

В Е С Т Н И К

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКОГО УНИВЕРСИТЕТА

Том 13
Выпуск 1

2022
Март

ПРАВО

ВЕСТНИК ЛЕНИНГРАДСКОГО УНИВЕРСИТЕТА ОСНОВАН В АВГУСТЕ 1946 ГОДА
ЖУРНАЛ «ВЕСТНИК СПбГУ. ПРАВО» ВЫХОДИТ В СВЕТ С МАРТА 2010 ГОДА

СОДЕРЖАНИЕ

ПУБЛИЧНОЕ И ЧАСТНОЕ ПРАВО: ПРИКЛАДНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

<i>Филипова И. А.</i> Стратегия развития искусственного интеллекта и последствия ее реализации для трудового права	5
<i>Мосечкин И. Н.</i> Уголовная ответственность за организацию устойчивой группы лиц, созданной для совершения преступлений в сфере компьютерной информации	28
<i>Афанасьев А. Ю.</i> Методологическая основа уголовно-процессуальных исследований.....	46
<i>Низамов В. Ю., Егеров И. М.</i> Тенденции применения тактических приемов в предварительном расследовании.....	70
<i>Ногина О. А., Овсянников С. В.</i> Защита законных ожиданий налогоплательщика в условиях действия и применения антиуклонительных налоговых правил: баланс частных и публичных интересов.....	83
<i>Алякин Д. С.</i> Добросовестное исполнение договорных обязательств по российскому праву.....	107
<i>Погосян Е. В.</i> Сущность и особенности доказывания в нотариальной деятельности....	125
<i>Давыдова И. А., Коробова И. Н., Сиряков А. Н.</i> Права осужденных и принудительное питание: национальные и международные подходы.....	142



© Санкт-Петербургский
государственный
университет, 2022

ЗАРУБЕЖНОЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Абашидзе А. Х., Черных И. А.</i> Политика и законодательство США в области освоения природных ресурсов небесных тел (международно-правовые аспекты)	158
<i>Pang Dongmei, Ma Jiahui.</i> Criminal Law Regulation of criminal acts involving COVID-19 epidemic	181
<i>Цзя Шаосюе, Ли Яо.</i> Участие прокурора в гражданском и административном процессе при защите общественных интересов в Китае	206
<i>Lener R.</i> Cryptocurrencies and crypto-assets in the Italian and EU perspective	219
<i>Крашенинникова Н. А., Трикоз Е. Н.</i> Уголовно-правовая охрана женщин в Индии: история и современность	230

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

<i>Должикова А. Э., Сембекова Б. Р., Ясин М.</i> Регулирование применения больших данных в Республике Корея и России	246
<i>Nakhova E. A.</i> The comparative analysis of the law of evidence in civil proceedings in France and Russia	257

ПРАВОВАЯ ЖИЗНЬ: НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ, КОММЕНТАРИИ И ОБЗОРЫ

<i>Завгородний А. В., Ахматшина Э. К.</i> Особенности и проблемы прекращения трудовых отношений с педагогическими работниками за совершение аморального проступка или за харассмент	271
---	-----

На журнал «Вестник Санкт-Петербургского университета. Право»
можно подписаться по каталогу «Пресса России».
Подписной индекс 32785

Свидетельство о регистрации СМИ № ФС77-71559
от 13 ноября 2017 г. (Роскомнадзор)

Учредитель: Санкт-Петербургский государственный университет

Главный редактор *Н. Г. Стойко*, д-р юрид. наук, проф.
Редактор русского текста *Н. С. Лосев*
Корректор *Т. В. Иванкова*
Компьютерная верстка *Ю. Ю. Тауриной*

Дата выхода в свет . Формат 70×100¹/₁₆.
Усл. печ. л. 00,0. Уч.-изд. л. 00,0. Тираж — 50 экз. Заказ № . Цена свободная.

Адрес редакции: 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7/9.
Адрес Издательства СПбГУ: 199004, Санкт-Петербург, В. О., 6-я линия, д. 11.
Тел./факс 328-44-22

Типография Издательства СПбГУ. 199034, С.-Петербург, Менделеевская л., д. 5.
Позиция редакции может не совпадать с позицией авторов.

CONTENTS

PUBLIC AND PRIVATE LAW: APPLIED RESEARCH

<i>Filipova I. A.</i> Artificial Intelligence Strategy and consequences of its implementation for labour law	5
<i>Mosechkin I. N.</i> Criminal liability for organizing a stable group of persons aimed at committing crimes in the field of computer information	28
<i>Afanasyev A. Yu.</i> Methodological basis for criminal procedure researches.....	46
<i>Nizamov V. U., Egerev I. M.</i> Trends in the use of tactical techniques in the preliminary investigation	70
<i>Nogina O. A., Ovsyannikov S. V.</i> Protecting the legitimate expectations of the taxpayer in the context of the operation and application of anti-avoidance rules: Balancing private and public interests	83
<i>Alyakin D. S.</i> Good faith performance of contractual obligations under Russian law	107
<i>Pogosyan E. V.</i> Concept and special features of proving in notarial activities	125
<i>Davydova I. A., Korobova I. N., Siryakov A. N.</i> Rights of convicted person in forced feeding: National and international approaches	142

FOREIGN AND INTERNATIONAL LAW

<i>Abashidze A. Kh., Chernykh I. A.</i> United States policy and legislation on the exploration of natural resources of celestial bodies (international legal aspects)	158
<i>Pang Dongmei, Ma Jiahui.</i> Criminal Law Regulation of criminal acts involving COVID-19 epidemic.....	181
<i>Jia Shaoxue, Li Yao.</i> Prosecutor's participation in civil and administrative proceedings in defense of public interests in the China.....	206
<i>Lener R.</i> Cryptocurrencies and crypto-assets in the Italian and EU perspective	219
<i>Krashenninnikova N. A.†, Trikoz E. N.</i> Criminal protection of women's rights in India: History and modernity	230

COMPARATIVE LAW

<i>Dolzhikova A. E., Sembekova B. R., Yasin M.</i> Regulation of the use of big data in the Republic of Korea and Russia.....	246
---	-----

<i>Nakhova E. A.</i> The comparative analysis of the law of evidence in civil proceedings in France and Russia.....	257
LEGAL LIFE: SCIENTIFIC-PRACTICAL CONCLUSIONS, COMMENTS AND REVIEWS	
<i>Zavgorodniy A. V., Akhmatshina E. K.</i> Characteristics and problems of the termination of the employment relationship with the teaching staff for committing immoral act or harassment.....	271

ПУБЛИЧНОЕ И ЧАСТНОЕ ПРАВО: ПРИКЛАДНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

УДК 349.2

Стратегия развития искусственного интеллекта и последствия ее реализации для трудового права*

И. А. Филипова

Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет
им. Н. И. Лобачевского,
Российская Федерация, 603022, Нижний Новгород, пр. Гагарина, 23

Для цитирования: Филипова, Ирина А. 2022. «Стратегия развития искусственного интеллекта и последствия ее реализации для трудового права». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 5–27. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.101>

Ускоряющееся развитие систем искусственного интеллекта в последние годы вызвало потребность в правовой регламентации новых явлений и процессов, связанных с внедрением результатов такого развития на практике. Более того, встал вопрос о формировании траектории дальнейшего развития искусственного интеллекта, формулировании принципов и перечислении базовых элементов, способных обеспечить минимизацию рисков его развития на будущее, что привело к созданию стратегий развития искусственного интеллекта в странах — лидерах экономического развития и государствах, стремящихся к достижению лидерских позиций, включая Россию. Российская национальная стратегия развития искусственного интеллекта четко обозначает цели развития, указывает на необходимость выполнения комплекса согласованных действий, в том числе в сфере правового регулирования, и предполагает серьезные изменения в обществе, охватывающие сферы производства и оказания услуг, что неизбежно повлияет на организацию наемного труда. В статье представлен анализ положений российской стратегии, аналогичных иностранных актов и дополняющих их документов в целях выявления ключевых факторов, способных воздействовать на трансформацию сферы труда и вызывающих потребность в изменении правового регулирования. Среди методов исследования преимущественно используются формально-логический, сравнительно-правовой, методы анализа и синтеза, методы правового моделирования и правового прогнозирования. По итогам исследования представлены выводы об уси-

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 19-011-00320.

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2022

ливающимся воздействию технологий искусственного интеллекта на производственную среду, содержание трудовых отношений и, как следствие, о необходимости в пересмотре ряда норм трудового права в целях его адаптации к меняющейся реальности.

Ключевые слова: искусственный интеллект, правовое регулирование, наемный труд, работник, работодатель, профессия, робот, рабочая сила, интеллектуальный анализ данных.

1. Введение

Развитие технологий, связанных с использованием искусственного интеллекта, становится одним из главных мировых приоритетов. В гонке «на опережение» участвуют научные группы, коллективы разработчиков, корпорации и государства. Указом Президента РФ от 10.10.2019 № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации»¹ утверждена Национальная стратегия развития искусственного интеллекта на период до 2030 г. (далее — Стратегия). Заявленные цели Стратегии следующие: обеспечение ускоренного развития искусственного интеллекта для вхождения России в группу мировых лидеров глобального рынка искусственного интеллекта, создание возможностей для доминирования на рынке и получения долгосрочных конкурентных преимуществ, сохранение технологической независимости и конкурентоспособности страны. Анализ основных положений Стратегии применительно к сфере труда, сравнение ее в этом аспекте с иностранными аналогами и уже имеющейся практикой трансформации сферы наемного труда позволят точнее определить направление изменений трудового права в России и в мире в целом.

2. Основное исследование

2.1. Стратегия

В разд. I Стратегии дается понятие искусственного интеллекта как комплекса технологических решений, позволяющего имитировать когнитивные функции человека, включая самообучение и поиск решений без заранее заданного алгоритма, и получать при выполнении конкретных задач результаты, сопоставимые с результатами интеллектуальной деятельности человека. В документе указывается на поощрение развития технологий, основанных на использовании искусственного интеллекта (компьютерное зрение, обработка естественного языка, распознавание и синтез речи, интеллектуальная поддержка принятия решений и т. д.), а также на поощрение разработок в области перспективных методов искусственного интеллекта, направленных на создание принципиально новой научно-технической продукции, в том числе на разработку универсального (сильного) искусственного интеллекта, способного мыслить, взаимодействовать и адаптироваться к изменяющимся условиям.

¹ Здесь и далее все ссылки на российские нормативные правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 14 января, 2022. <http://www.consultant.ru>.

Причины ускоренного развития искусственного интеллекта перечислены в п. 11 Стратегии: «сквозной» характер применения технологических решений, разработанных на основе искусственного интеллекта, на практике, высокая степень их влияния на результативность деятельности организаций и человека, потребность в обработке увеличивающихся по экспоненте объемов данных, создаваемых человеком и техническими устройствами.

Среди основных принципов развития и использования технологий искусственного интеллекта в п. 19 Стратегии названы:

- защита прав и свобод человека;
- безопасность;
- прозрачность;
- технологический суверенитет;
- целостность инновационного цикла;
- разумная бережливость;
- поддержка конкуренции.

Остановимся подробнее на первом из принципов — защите прав и свобод человека. В Стратегии указывается, что при ее реализации должны обеспечиваться защита гарантированных российским законодательством и международными нормами прав и свобод человека, в том числе права на труд, а также предоставление гражданам возможности получать знания и приобретать навыки для успешной адаптации к условиям цифровой экономики.

Приоритетные направления развития, заявленные в Стратегии (п. 21), таковы: автоматизация рутинных производственных операций, робототехнические комплексы, системы управления логистикой, снижение уровня непосредственного участия человека в процессах, связанных с повышенным риском для его жизни и здоровья, оптимизация процессов подбора и обучения кадров, составление оптимального графика работы сотрудников с учетом различных факторов и т. д. Данные направления серьезно повлияют на ситуацию в сфере наемного труда. Об этом же свидетельствуют и названные в Стратегии показатели достижения целей: увеличение количества организаций, включая организации социальной сферы, и государственных органов, использующих искусственный интеллект для повышения эффективности своей деятельности (п. 28), существенный рост количества разработанных на основе результатов интеллектуальной деятельности в области искусственного интеллекта прикладных технологических решений, используемых в практической деятельности к 2024 г. (подп. «в» п. 33), а к 2030 г. — вхождение в группу лидеров на мировом рынке российских организаций, разрабатывающих программное обеспечение, в котором используются технологии искусственного интеллекта, для решения задач в различных сферах деятельности (п. 36).

В качестве целей и основных задач Стратегии, имеющих прямое отношение к сфере труда, указаны:

- повышение уровня обеспечения российского рынка технологий искусственного интеллекта квалифицированными кадрами, в том числе через стимулирование работодателей к принятию мер, направленных на приобретение сотрудниками компетенций в области искусственного интел-

лекта, через создание благоприятных условий для привлечения ведущих российских специалистов, проживающих за рубежом, и иностранных специалистов мирового уровня к работе в России, включая обеспечение конкурентоспособного уровня заработной платы, информирование населения и организаций о преимуществах и безопасности применения технологических решений, разработанных на основе искусственного интеллекта, а также о доступности программ обучения и переобучения (подп. «д», «е» и «ж» п. 45);

- создание комплексной системы регулирования общественных отношений, возникающих в связи с развитием и использованием технологий искусственного интеллекта, через адаптацию нормативного регулирования в части, касающейся взаимодействия человека с искусственным интеллектом; при этом нельзя допускать избыточного регулирования, которое может существенно замедлить темп развития и внедрения технологических решений (п. 48); среди основных направлений регулирования присутствуют создание правовых условий для делегирования информационным системам, функционирующим на основе искусственного интеллекта, возможности принятия отдельных решений (за исключением решений, которые могут ущемлять права и законные интересы граждан), устранение административных барьеров при экспорте продукции (работ, услуг) гражданского назначения, созданной на основе искусственного интеллекта (подп. «в» и «г» п. 49).

Согласно п. 50 и 51 Стратегии до 2024 г. потребуются создание необходимых правовых условий для достижения целей, решения задач и реализации мер, предусмотренных Стратегией, а к 2030 г. в России должна функционировать гибкая система нормативно-правового регулирования в области искусственного интеллекта.

Одновременно с утверждением Стратегии на сайте Министерства цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ были опубликованы дорожные карты развития на ближайшие пять лет семи «сквозных» технологий: «Нейротехнологии и искусственный интеллект», «Компоненты робототехники и сенсорики», «Системы распределенного реестра», «Технологии беспроводной связи», «Новые производственные технологии», «Квантовые технологии» и «Технологии виртуальной и дополненной реальности». Перечисленные дорожные карты являются основополагающими документами для реализации Федерального проекта «Цифровые технологии» Национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации», утв. протоколом заседания президиума Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам от 04.06.2019 № 7. Эти документы включают цели, ожидаемые результаты внедрения и распространения технологий, оценку влияния на социальный прогресс и экономическое развитие страны. Дорожные карты подготовлены рядом научных учреждений и Сбербанком России, они представляют собой планы совместных действий органов государственной власти и бизнес-сообщества по разработке и применению «сквозных» цифровых технологий.

При обращении к п. 1 дорожной карты развития «сквозной» цифровой технологии «Нейротехнологии и искусственный интеллект» (далее — Дорожная карта

ИИ) можно увидеть, что искусственный интеллект планируется сделать «новым электричеством», освобождающим человека от монотонной работы путем автоматического создания программного обеспечения, поддержки в принятии решений, автоматизации опасных видов работ и поддержки коммуникаций между людьми, для чего применение искусственного интеллекта необходимо во всех экономических и социальных отношениях.

В рамках разработки Дорожной карты ИИ выделены семь субтехнологий: компьютерное зрение; обработка естественного языка; распознавание и синтез речи; рекомендательные системы и интеллектуальные системы поддержки принятия решений; перспективные методы и технологии в ИИ; нейропротезирование; нейроинтерфейсы, нейростимуляция и нейросенсинг. Каждая из этих технологий призвана изменить сферы здравоохранения, образования (п. 1.1 Дорожной карты ИИ), сельское хозяйство, добычу полезных ископаемых, обрабатывающие производства, строительство, торговлю, транспортировку, деятельность гостиниц и предприятий питания, сферу финансов (п. 1.3 Дорожной карты ИИ), иные отрасли экономики.

В п. 1.5 Дорожной карты ИИ перечислены основные тенденции развития рынка искусственного интеллекта в мировом масштабе:

- развитие роботизированных сервисов и избавление от человеческого фактора, освобождение человека от монотонной работы;
- расширение вычислительных и функциональных возможностей программных продуктов;
- новые методы машинного обучения, которые ускоряют разработку и реализацию решений в условиях ограниченного количества данных;
- повсеместное применение искусственного интеллекта.

Приоритетными субтехнологиями, обладающими высоким потенциалом коммерциализации именно в России, согласно п. 1.6 Дорожной карты ИИ, выступают: компьютерное зрение, рекомендательные системы и интеллектуальные системы поддержки принятия решений, обработка естественного языка, распознавание и синтез речи. Их использование планируется вместе с другими «сквозными» технологиями, например робототехническими, для обеспечения робота необходимой информацией об окружающем пространстве и коммуникации робота с людьми (табл. 5 Дорожной карты ИИ). В качестве ограничений, препятствующих развитию технологий, которые необходимо устранить, в табл. 6 Дорожной карты ИИ названы:

- дефицит специалистов на рынке труда и низкая готовность кадров в большинстве компаний;
- отсутствие обучения работе с технологиями искусственного интеллекта;
- отсутствие полноценной системы нормативно-технического регулирования в области искусственного интеллекта;
- несовместимость некоторых положений законодательства о защите данных с технологиями искусственного интеллекта и т. д.

Среди ожидаемых результатов решения технологических задач (табл. 8 Дорожной карты ИИ) заявлены в большинстве пунктов «получение прототипа», а затем «внедрение». В качестве примера можно привести п. 1.7.1–1.7.3 табл. 8, согласно которым в период с 2021 по 2024 г. предусмотрены разработка и тестирование алго-

ритмов, способных «автономно семантически сегментировать, классифицировать и идентифицировать, разбивать на объекты и распознавать мелкие детали, например, для широкого спектра сервисных роботов, использующих мелкую моторику, в том числе логистических, медицинских и социальных, для биометрической идентификации без потребности в физическом носителе, а также для применения в других сферах». Другой пример — п. 3.11.1–3.11.5 табл. 8, предусматривающие на период с 2019 по 2024 г. разработку, тестирование и внедрение на практике «продуктов, в которых используется искусственный интеллект для проектирования сложных объектов (систем, роботов, алгоритмов)». Дорожной картой ИИ предусмотрено развитие систем объединения данных для создания цифровых профилей, систем, способных обосновать решения, принятые на основе искусственного интеллекта, в целях поддержки принятия и верификации решений надзорных органов, внедрение средств управления эмоциями и смысловыми конструкциями в синтезированной речи, например, для синтезирования художественных произведений и для использования в других сферах (реклама, телевидение), тестирование прототипов продуктов, способных распознавать антропологические признаки на основе речи, например, для идентификации социального статуса и других атрибутов человека.

В Дорожной карте ИИ имеется также табл. 9, содержащая перечни групп мероприятий по развитию данной «сквозной» технологии, среди них: актуализация отраслевых стандартов и адаптация рынка труда; построение многоуровневой системы образования в области анализа данных и искусственного интеллекта; информирование граждан и организаций о преимуществах применения искусственного интеллекта в разных сферах; создание упрощенного административно-правового и нормативно-технического порядка тестирования и внедрения разработок в области искусственного интеллекта; поддержание эффективного баланса между интересами компаний, разрабатывающих и внедряющих искусственный интеллект, и интересами общества.

Еще один документ — дорожная карта развития «сквозной» технологии «Компоненты робототехники и сенсорики» (далее — Дорожная карта РТ) предусматривает разработку роботов, предназначенных «для замены человека при выполнении рутинных, грязных, опасных работ, а также там, где требуется высокая точность и повторяемость», при этом «основой взаимодействия с людьми являются человеко-машинные интерфейсы». Цели реализации Дорожной карты РТ — формирование отечественного рынка робототехники и сенсорики, решение проблемы дефицита кадров для цифровой экономики (что заслуживает особого внимания в контексте настоящей статьи), преодоление технологических, социальных и регуляторных барьеров. В табл. 1 Дорожной карты РТ перечислены субтехнологии, ею охватываемые, в том числе сенсоры и цифровые компоненты для человеко-машинного взаимодействия: технологии и интерфейсы ассистивной робототехники, технологии сервисной и социальной робототехники для взаимодействия с людьми, технологии безопасного взаимодействия человека с робототехническими системами. По уровню готовности этих технологий Россия пока отстает от лидеров, что продемонстрировано в табл. 3 Дорожной карты РТ, но именно на преодоление отставания и направлен перечень мер, предусмотренных данным документом. В табл. 4 Дорожной карты РТ представлены приоритетные области внедрения робототехнических технологий, среди них:

- сельское хозяйство: уход за растениями, уборка урожая, уход за животными, мониторинг сельскохозяйственных полей;
- добыча полезных ископаемых: разведка и диагностика, картографирование, ассистирование во время добычи;
- обрабатывающие производства: сборка, погрузка/разгрузка, нанесение клея и распыление, упаковка, укладка, маркировка;
- строительство: мониторинг строительной площадки, демонтаж строений и конструкций, уборка стройплощадок, земляные работы, остекление, внутренняя и внешняя отделка / штукатурные работы / малярные работы;
- торговля: консультирование покупателей, инвентаризация полок, выкладка товара, упаковка, сборка заказа, перемещение грузов;
- предприятия общепита: консультирование клиентов, приготовление пищи, выкладка продуктов;
- здравоохранение и социальные услуги: регистрация пациентов, заполнение медицинских карт, сопровождение пациентов, ассистирование при операции, реабилитация пациентов, обследование пациентов, протезирование и т. д.

В табл. 6 Дорожной карты РТ среди положительных эффектов от развития робототехнических технологий для социального прогресса названы: рост социальной защищенности людей, создание рабочих мест для обеспечения инновационной инфраструктуры, уменьшение количества рабочих мест, сопряженных с опасными и вредными условиями труда, развитие кадрового потенциала страны. Среди факторов, положительно влияющих на развитие робототехники, перечислены:

- постепенное снижение стоимости производства и комплектующих;
- снижение времени окупаемости роботов за счет оптимизации процессов проектирования робототехнических систем;
- увеличение роста рынка сервисной робототехники с наибольшим распространением в потребительском сегменте, индустрии развлечений, медицине;
- стремительная роботизация азиатской экономики (в настоящее время Китай и Япония лидируют по поставкам промышленных роботов);
- увеличение конкуренции на рынке робототехники;
- повсеместное распространение интернета, облегчающее сбор, распространение и анализ информации, поступающей в облачные сервисы для роботов.

Сюда же можно отнести присутствующие тенденции, в числе которых:

- естественная убыль населения в развитых странах, что приводит к повышенному спросу на робототехнические решения;
- увеличение количества проектов, публикующих свой программный код в свободном доступе;
- повышение распространения экзоскелетов, средств для индивидуальной реабилитации.

В качестве рисков социального характера в Дорожной карте РТ отмечено технологическое замещение профессий. Правда, среди экономических барьеров на пути роботизации, имеющих в России, названы небольшой размер российского рынка робототехники и нерентабельность промышленных роботов для российского производства. В свою очередь, вопросы промышленного применения роботов включены в дорожную карту развития «сквозной» цифровой технологии «Новые производственные технологии» (далее — Дорожная карта НПТ), выполнение которой призвано устранить препятствия и обеспечить эффективную реализацию Дорожной карты РТ. Как на одно из важнейших требований выполнения Дорожной карты НПТ указывается на обеспечение функциональной совместимости (интероперабельности) разрабатываемых российских технологических продуктов с широко распространенными зарубежными решениями.

В качестве субтехнологий в Дорожной карте НПТ обозначены, например, технологии «умного» производства — Smart Manufacturing, позволяющие реализацию производственного процесса с минимальным участием человека.

Приказом Росстандарта от 20.12.2019 № 1429-ст утвержден первый стандарт в области искусственного интеллекта — ГОСТ Р 58776-2019 «Средства мониторинга поведения и прогнозирования намерений людей. Термины и определения». К июню 2021 г. действовали уже девять ГОСТов в этой сфере, среди них: ГОСТ Р 59277-2020 «Системы искусственного интеллекта. Классификация систем искусственного интеллекта» и ГОСТ Р 59276-2020 «Системы искусственного интеллекта. Способы обеспечения доверия. Общие положения». Согласно Перспективной программе стандартизации по приоритетному направлению «Искусственный интеллект» на период 2021–2024 гг. запланировано утверждение 217 ГОСТов².

2.2. Иностранные аналоги и международные документы

Создание стратегии развития искусственного интеллекта — тренд не только для России, но и для других стран. Особого внимания заслуживают лидеры экономического развития и крупнейшие игроки на глобальном рынке — США, Европейский союз и Китай, которые стараются учитывать при подготовке программных документов по развитию искусственного интеллекта наработки своих главных конкурентов (друг друга) и стран — пионеров цифровизации, таких как Япония.

Президент США издал Распоряжение от 11.02.2019 «О сохранении американского лидерства в области искусственного интеллекта»³ (далее — Распоряжение об ИИ), в котором подчеркивается, что лидерство страны в области искусственного интеллекта имеет первостепенное значение для поддержания экономической и национальной безопасности, так как новые технологии являются движущей силой создания «индустрии будущего», а технологии искусственного интеллекта трансформируют практически все сферы жизни. Распоряжение об ИИ запускает аме-

² В России появятся стандарты в области искусственного интеллекта. 2020. Дата обращения 13 ноября, 2021. https://www.economy.gov.ru/material/news/v_rossii_poyavyatsya_standarty_v_oblasti_iskusstvennogo_intellekta.html.

³ Executive Order on Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence. Дата обращения 10 января, 2020. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-maintaining-american-leadership-artificial-intelligence>.

риканскую ИИ-инициативу как стратегию, сосредоточивающую ресурсы правительства на разработке искусственного интеллекта для повышения благосостояния страны, укрепления национальной и экономической безопасности и улучшения качества жизни американского народа. Американская ИИ-инициатива руководствуется пятью принципами: 1) внедрение технологических прорывов; 2) содействие разработке технических стандартов; 3) обучение работников навыкам разработки и применения технологий искусственного интеллекта; 4) защита национальных ценностей, прав и свобод личности, укрепление общественного доверия к технологиям искусственного интеллекта; 5) защита технологических преимуществ США при одновременном развитии международной среды, поддерживающей инновации.

Согласно Распоряжению об ИИ координация работы по реализации ИИ-инициативы возложена на Национальный комитет по искусственному интеллекту Национального совета по науке и технологиям США. Все государственные департаменты и агентства должны придерживаться следующих стратегических целей:

- содействие устойчивым инвестициям в исследования и разработки в области искусственного интеллекта;
- расширение доступа к данным, моделям и вычислительным ресурсам;
- снижение барьеров на пути использования технологий искусственного интеллекта;
- обеспечение того, чтобы технические стандарты минимизировали уязвимость к атакам злоумышленников;
- обучение национальных исследователей искусственного интеллекта;
- реализация плана действий по защите интересов США в области экономики и национальной безопасности.

В марте 2019 г. правительство США запустило сайт AI.gov для упрощения доступа к данным, связанным с ИИ-инициативой. Согласно информации на сайте акцент делается на нескольких областях: инновации, промышленность, работники и национальные ценности. Применительно к сфере труда ИИ-инициатива включает следующее: работник является жизненно важным национальным активом (*vital national asset*), а технологические достижения меняют рабочую силу (*workforce*). Искусственный интеллект позволяет сосредоточивать ресурсы на труде с более высокой стоимостью, в то же время позволяя работникам выполнять задачи более безопасно, эффективно и результативно. Возрастает потребность в высококвалифицированных работниках, которые могут внести свой вклад в достижения в области развития искусственного интеллекта; это должно учитываться при расставлении приоритетов в программах государственных стипендий и образовательных программах. Работники и работодатели должны воспринимать обучение на протяжении всей жизни (*life-long learning*) как путь будущего. Национальный совет по делам американских рабочих, созданный Указом Президента США от 19.07.2018⁴, признает, что квалифицированные работники являются наиболее ценным ресур-

⁴ Executive Order Establishing the President's National Council for the American Worker. Дата обращения 10 января, 2020. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-establishing-presidents-national-council-american-worker>.

сом страны, и работает над повышением осведомленности о проблемах рабочей силы, разработкой национальной стратегии по предоставлению работникам доступного образования, основанного на навыках обучения для работы сегодня и в будущем. Одновременно с запуском сайта AI.gov в марте 2019 г. был создан Американский консультативный совет по кадровой политике, призванный помочь Национальному совету по делам американских рабочих в формировании национальной стратегии, обеспечивающей всем американцам возможности для получения хорошо оплачиваемой работы, успешного преодоления технологических сбоев и быстро меняющегося характера работы.

При всем вышеперечисленном, по мнению некоторых американских исследователей, США проигрывают Китаю, так как ИИ-инициатива не является полноценной сформированной стратегией, в то время как Китай тратит огромные средства на исследования и разработки в этой области и опережает США в развертывании систем искусственного интеллекта в рамках программы «Made in China 2025», направленной на превращение Китая в глобального технологического лидера (Rasser 2019).

В Европейском союзе, в свою очередь, также принят ряд программных документов по развитию искусственного интеллекта. Причем авторы европейских документов акцентируют внимание на необходимости формирования этических границ и учете экологических проблем. В комплект общеевропейских программных документов могут быть включены: Декларация о сотрудничестве в области искусственного интеллекта от 10.04.2018⁵, Коммюнике «Искусственный интеллект для Европы» от 25.04.2018⁶, Согласованный план по искусственному интеллекту «Made in Europe» от 07.12.2018⁷, Руководство по этике для надежного искусственного интеллекта от 08.04.2019⁸, Политические и инвестиционные рекомендации для надежного искусственного интеллекта от 26.06.2019⁹.

Декларация о сотрудничестве в области искусственного интеллекта (далее — Декларация) подписана 25 представителями европейских стран, в том числе тех, которые не являются членами Европейского союза, например Норвегии. В Декларации содержатся положения о развитии технологий и необходимости учета социально-экономических изменений, особенно на рынке труда, потребности в обеспечении адекватной правовой и этической базы, основанной на правах личности и прозрачности. Государства, подписавшие Декларацию, договариваются работать над интегрированным европейским подходом к развитию искусственного интеллекта, проводя согласованную национальную политику в целях повышения конку-

⁵ EU Declaration of cooperation on Artificial Intelligence. Дата обращения 10 января, 2020. <https://ec.europa.eu/jrc/communities/en/community/digitranscope/document/eu-declaration-cooperation-artificial-intelligence>.

⁶ Communication Artificial Intelligence for Europe. Дата обращения 10 января, 2020. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-artificial-intelligence-europe>.

⁷ Coordinated Plan on Artificial Intelligence. Дата обращения 10 января, 2020. https://ec.europa.eu/knowledge4policy/publication/coordinated-plan-artificial-intelligence-com2018-795-final_en.

⁸ Ethics guidelines for trustworthy AI. Дата обращения 10 января, 2020. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

⁹ Policy and investment recommendations for trustworthy Artificial Intelligence. Дата обращения 10 января, 2020. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>.

рентоспособности Европейского союза в этой области, создавая центры цифровых инноваций на общеевропейском уровне (Moltzau 2019).

В документе «Искусственный интеллект для Европы», как и в российской Стратегии, проводится сравнение технологий искусственного интеллекта с электричеством по влиянию на экономику и общество, говорится о риске отставания от конкурентов (США и Китая), о необходимости в создании единого цифрового рынка с общими правилами защиты данных и требованиями по кибербезопасности, о подготовке к масштабным социально-экономическим изменениям.

В Согласованном плане по искусственному интеллекту «Made in Europe» среди рисков, связанных с развитием искусственного интеллекта, указано на изменения в социально-экономической сфере, в том числе риск потери работы трудящимися вследствие повышения уровня автоматизации, во избежание чего предлагается антропоцентричный, т. е. человекоориентированный, подход к развитию искусственного интеллекта.

В мае 2018 г. Европейская комиссия создала экспертную группу по изучению влияния цифровой трансформации на рынки труда Европейского союза. Итоговый отчет по результатам работы экспертной группы опубликован на сайте Европейской комиссии 08.04.2019¹⁰. В отчете представлены рекомендации по минимизации рисков, в том числе:

- создание личных учетных записей работников по обучению цифровым навыкам (digital skills personal learning accounts), что позволит отражать результаты получения работниками соответствующих навыков в течение всей карьеры, количество часов обучения в году, выделенные на это средства и т. д.;
- адаптация трудовых отношений к новым реалиям в целях предотвращения рисков для безопасности и гигиены труда, таких как проблемы психического здоровья и стресса, возникающие в результате цифровизации и повышенной волатильности в современном мире труда (профилактические программы помощи работникам посредством информированного дискурса и предоставления персонализированных, экономически эффективных решений, основанных на технологиях);
- выравнивание регулирования труда в условиях стандартной и нестандартной занятости: «новый социальный контракт» как модернизация социальной структуры рынков труда через обеспечение социальной защиты от безработицы, болезней и других жизненных обстоятельств независимо от статуса занятости, создание «страховки от неполной занятости» и перераспределение стоимости цифровых прав, например, когда данные рассматриваются как капитал, труд или интеллектуальная собственность;
- активизация диалога социальных партнеров, особенно в сфере труда на основе онлайн-платформ.

В целях реализации общеевропейской стратегии по развитию искусственного интеллекта в июне 2018 г. была запущена интернет-платформа AI Alliance, а в июне

¹⁰ Final report of the High-Level Expert Group on the Impact of the Digital Transformation on EU Labour Markets. Дата обращения 10 января, 2020. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>.

2019 г. состоялась первая Европейская ассамблея AI Alliance, в ходе которой обсуждались перспективы европейской стратегии по искусственному интеллекту, ее влияние на экономику и общество.

Еще в одном документе — «Ответственность за искусственный интеллект»¹¹, подготовленном в ноябре 2019 г. для Европейской комиссии группой экспертов по технологиям, — указывается на необходимость внесения корректив в режимы ответственности, установленные на уровне Европейского союза и его стран-участниц в целях минимизации рисков от использования новых технологий.

Китай, запустив в 2015 г. реализацию комплексной программы развития КНР «Made in China 2025», в июле 2017 г. сделал то же самое в отношении искусственного интеллекта, опубликовав принятый Государственным советом КНР План развития искусственного интеллекта следующего поколения¹² (далее — План КНР) и официально обозначив развитие искусственного интеллекта в качестве национального приоритета. В первой части Плана КНР «Стратегическая ситуация» подчеркивается, что искусственный интеллект стал новым двигателем экономического развития, его развитие будет способствовать созданию новых технологий, новых продуктов, новых отраслей промышленности, вызовет значительные изменения в экономической структуре общества, глубоко изменит производство, образ жизни и образ мышления людей (абз. 3 ч. 1). План КНР представляет собой национальную стратегию, включающую расширение научных исследований, развитие талантов, промышленные преобразования, установление нормативов, стандартов и этических норм, а также решение вопросов безопасности. Заявленная цель китайской стратегии — сделать страну мировым лидером в области искусственного интеллекта к 2030 г. В Плана КНР выделены три этапа его реализации: 1) занятие конкурентоспособной позиции в сфере искусственного интеллекта на мировом рынке (выровнять потенциал Китая с основными конкурентами) к 2020 г.; 2) достижение прорыва в теории искусственного интеллекта и его применении в различных секторах экономики к 2025 г.; 3) глобальное лидерство Китая в экономике искусственного интеллекта и связанных с ним технологиях к 2030 г. До недавнего времени Китай воспринимался как страна, игнорирующая многие этические проблемы в области искусственного интеллекта, но в 2018 г. Китайской ассоциации искусственного интеллекта (Chinese Association for Artificial Intelligence, CAAI) было поручено разработать этические руководящие принципы по ИИ в соответствии с глобальными тенденциями. Тем не менее ограничениям этического плана в Китае придается меньше значения: например, применение Китаем технологий распознавания лиц в общественных пространствах воспринимается европейскими исследователями как нарушение прав человека (Adamczyk 2019).

Министерство науки и технологий КНР и специально созданное Управление по продвижению Плана КНР отвечают за реализацию и координацию проектов, связанных с искусственным интеллектом, в основном осуществляемых за счет государственных субсидий. В мае 2019 г. опубликованы Пекинские принципы ис-

¹¹ Liability for Artificial Intelligence. Дата обращения 10 января, 2020. <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608>.

¹² New Generation of Artificial Intelligence Development Plan. Дата обращения 10 января, 2020. <https://flia.org/notice-state-council-issuing-new-generation-artificial-intelligence-development-plan>.

кусственного интеллекта¹³, созданные коалицией с участием Пекинской академии искусственного интеллекта (Beijing Academy of Artificial Intelligence, BAAI), Пекинского университета, Университета Цинхуа, Института автоматизации и Института вычислительных технологий Китайской академии наук, промышленной лиги AI, компаний Baidu, Alibaba и др. Принципы призывают к «созданию человеческого сообщества с общим будущим и реализации полезного для человечества и природы искусственного интеллекта» и включают в числе прочих: служение человеческим ценностям, таким как неприкосновенность частной жизни, достоинство и свобода, постоянное внимание к безопасности искусственного интеллекта, инклюзивность, открытость, поддержка международного сотрудничества и долгосрочное планирование.

Международное взаимодействие является одним из важнейших положений каждой из рассмотренных выше стратегий развития искусственного интеллекта. Такое взаимодействие реализуется на практике. Например, в мае 2019 г. появился первый межправительственный стандарт по искусственному интеллекту, включающий пять взаимодополняемых принципов и пять рекомендаций национальным правительствам, в виде Рекомендаций по искусственному интеллекту Организации экономического сотрудничества и развития¹⁴. Членами Организации экономического сотрудничества и развития являются 36 государств, включая страны — участницы Европейского союза, США, Канаду, Австралию и т. д. В июне 2019 г. страны — участницы G20 («Большой двадцатки») тоже одобрили принципы развития искусственного интеллекта, взятые из Рекомендаций по искусственному интеллекту Организации экономического сотрудничества и развития¹⁵. Среди стран — участниц G20: Россия, США, Китай, Германия, Франция, Италия, Великобритания, Австралия, Канада, Япония и др. В итоговом документе встречи министров экономики стран — участниц G20 зафиксировано признание необходимости антропоцентричности в развитии искусственного интеллекта и учета рисков возникновения новых социальных проблем, в том числе изменений на рынке труда (п. 19 документа).

2.3. Влияние на сферу труда

Внедрение новых технологий меняет современное производство, сферу услуг и сельское хозяйство: компьютерные программы и промышленные роботы выполняют часть работы, которую ранее выполняли сотрудники, коллаборативные и сервисные роботы функционируют в непосредственном контакте с людьми. Прогнозируемое экспертами развитие искусственного интеллекта в ближайшие годы усилит его влияние на сферу труда. Так, по мнению аналитиков ведущей консалтинговой компании McKinsey, развитие искусственного интеллекта сегодня является одной из определяющих бизнес-возможностей для лидеров, выиграют те предприниматели

¹³ Beijing AI Principles. Дата обращения 10 января, 2020. <https://www.baai.ac.cn/blog/beijing-ai-principles>.

¹⁴ OECD Council Recommendation on Artificial Intelligence. Дата обращения 10 января, 2020. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

¹⁵ G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy. Дата обращения 10 января, 2020. <https://www.mofa.go.jp/files/000486596.pdf>.

ли, которые смогут конкурировать в «эпоху данных», те, чьи работники смогут эффективно использовать искусственный интеллект, в идеале — организация должна быть полностью основана на искусственном интеллекте и постоянно развиваться, чтобы быть лидером в конкурентной борьбе (Brown et al. 2019).

Чтобы понять, какие проблемы возникают вследствие внедрения искусственного интеллекта в область наемного труда, обратимся к трудам ученых-экономистов. Исследования показывают, что развитие технологий значительно опережает развитие трудовых ресурсов и ведет к росту неравенства в обществе; статистические данные подтверждают, что после Второй мировой войны доля в доходах от производства, которую получают работники, снижается (Korinek 2019, 1).

На то, что многие работники низкой квалификации в недалекой перспективе потеряют работу, указывают как европейские, так и американские исследователи, признавая, что использование робототехники на производстве уже сократило долю занятости среди низкоквалифицированных работников. Компании могут использовать роботов наряду с работниками, снижение цен на робототехнику увеличивает ее использование, о чем свидетельствуют данные отчетов Международной федерации робототехники за предыдущие годы¹⁶, а также результаты научных исследований (Graetz, Michaels 2018, 3).

Каждая происходившая ранее промышленная революция лишала часть работников конкретных рабочих мест, но экономика создавала новые рабочие места, стимулировала перемещение на них лиц, задействованных в сфере наемного труда, и выводила на более высокий уровень оплаты труда. Если период адаптации к изменениям занимал больше времени, то по крайней мере дети этих работников находили достойную работу, что позволяло экономистам заявлять: технический прогресс однозначно полезен для работников. За последние десятилетия реальная зарплата работников, не обладающих высокой квалификацией, в развитых странах снижается, так как экономике нужно все меньше неквалифицированной рабочей силы.

Технологические инновации, которые снижают затраты за счет автоматизации труда, уменьшают потребность в рабочих, в то время как создание новых продуктов, способных удовлетворить ранее неизвестные потребности, увеличивает, но особенностью новой волны технологического прогресса является цифровизация, акцент делается на информационные товары, после создания которых их масштабирование не требует значительных издержек, а в компаниях IT-сектора, их продающих, нередко работает небольшое количество высококвалифицированных работников.

Кроме того, как отмечает исследователь-экономист из Университета Вирджинии А. Коринек, системы искусственного интеллекта сегодня играют важную роль в экономике, участвуя в принятии различных решений: отбор соискателей на рабочие места, решения о предоставлении кредитов и т. д. С точки зрения экономики как люди, так и системы искусственного интеллекта — это объекты, обладающие

¹⁶ Executive Summary World Robotics 2019. Industrial Robots. International Federation of Robotics. Дата обращения 13 ноября, 2021. <https://ifr.org/downloads/press2018/Executive%20Summary%20WR%202019%20Industrial%20Robots.pdf>; Executive Summary World Robotics 2019. Industrial Robots. International Federation of Robotics. Дата обращения 13 ноября, 2021. https://ifr.org/downloads/press2018/Executive_Summary_WR_2018_Industrial_Robots.pdf.

определенными базовыми экономическими свойствами; в первую очередь, они поглощают ограниченные ресурсы: люди — питание, машины — электричество и др. Оба типа объектов предоставляют свои услуги экономике — человеческий труд или машинный труд, и оба они следуют определенным законам развития. Поскольку наступает период, когда системы искусственного интеллекта все более превосходят возможности людей в разных областях, конкуренция за дефицитные ресурсы будет разыгрываться между людьми и искусственным интеллектом. Современные высокотехнологичные корпорации поглощают возрастающую долю экономических ресурсов (человеческий труд, сырье, электричество), умножая свой капитал. Хотя условно они принадлежат людям, фактический уровень контроля со стороны их владельцев уже значительно ограничен, поскольку системы искусственного интеллекта получают все большую автономию, и вопрос «кто владеет интеллектуальными машинами или алгоритмами» теряет значение, так как владение без контроля бессмысленно, реальными хозяевами поступательно становятся сами алгоритмы (Korinek 2019, 7).

По мнению исследователя из Стэнфорда М. Вебба, технологии искусственного интеллекта должны вызывать наибольшее беспокойство в связи с изменениями на рынке труда. Автоматизация производства меняет спрос на рабочую силу. По мере увеличения производительности машин спрос работодателей на работников будет уменьшаться. Помимо автоматизации существующих задач, технологии искусственного интеллекта могут создавать совершенно новые задачи. Если работы, выполнение которых возможно лицами низкой квалификации, больше подвержены воздействию роботов, профессии, требующие среднего уровня квалификации, более подвержены замене программным обеспечением, то профессии, требующие высокого уровня квалификации, подпадают под наибольший риск замены развивающимся искусственным интеллектом. В отличие от компьютерных программ и робототехники, искусственный интеллект направлен на решение сложных задач, что повлияет на занятость высококвалифицированных работников (Webb 2019, 46).

В совместном исследовании А. Коринека и лауреата Нобелевской премии по экономике 2001 г. профессора Колумбийского университета Дж. Стиглица подчеркивается, что труд людей вполне может стать в принципе неактуальным на рынке труда через несколько десятилетий (Korinek, Stiglitz 2019, 351). Исследователи из Массачусетского технологического института Д. Айсемоглу и П. Рестрепо разделяют их опасения и придерживаются мнения, что искусственный интеллект, являясь одной из наиболее перспективных групп технологий, которые в настоящее время разрабатываются и внедряются, может как автоматизировать задачи, ранее выполнявшиеся человеком, так и создавать новые виды деятельности, в которых люди смогут продуктивно работать, но реализованные технологические изменения сейчас смещены в сторону автоматизации. Последствием такого выбора стали стагнация спроса на рабочую силу, снижение доли рабочей силы в национальном доходе, рост неравенства и замедление роста производительности. Присутствующая тенденция развития искусственного интеллекта в направлении дальнейшей автоматизации может означать упущение возможности создания антропоцентричного искусственного интеллекта, использование которого привело бы к позитивным социальным результатам (Acemoglu, Restrepo 2019, 3).

Традиционный подход как в популярных дискуссиях, так и в научных трудах предполагает, что любое изменение, которое увеличивает производительность труда, имеет тенденцию стимулировать спрос на рабочую силу и, следовательно, повышать занятость и заработную плату. Изменения в одном секторе экономики могут привести к потере работы в этом секторе, но другие секторы будут развиваться и способствовать общему росту занятости и заработной платы. При таком подходе экономическое влияние новых технологий — это обеспечение возможности для труда стать более продуктивным практически во всех видах деятельности. По мнению Д. Айсемоглу и П. Рестрепо, реальность современных технологических изменений несколько иная: многие новые технологии не повышают производительность труда, а явно направлены на замену людей более дешевым капиталом (машинами). Технологии автоматизации сокращают трудозатраты и могут снизить общий спрос на рабочую силу, вытесняя работников из сферы реализации задач, которые они ранее выполняли. Автоматизация всегда уменьшает долю труда в добавленной стоимости; таким образом, в эпоху быстрой автоматизации положение рабочей силы ухудшится, спрос на нее будет снижаться, это уже хорошо видно на примере технологий использования промышленных роботов (Acemoglu, Restrepo 2019, 3).

Большинство разработчиков в области искусственного интеллекта и экономистов, анализирующих ситуацию в производстве, говорят об устойчивой тенденции к дальнейшему расширению круга выполняемых искусственным интеллектом задач. Прогнозируемые последствия для рабочей силы выглядят неутешительными: снижение доли рабочей силы и увеличение неравенства доходов, что создаст значительные социальные проблемы, вызванные безработицей и сокращением оплаты труда. Об этом говорится и в докладе, подготовленном в 2019 г. междисциплинарной группой исследователей для Массачусетского технологического института (Autor, Mindell, Reynolds 2019). Цель авторов доклада — понять то, что происходит сегодня и к чему это приведет в следующем десятилетии. По заключению исследователей, прогнозы о замене работников искусственным интеллектом могут быть излишне мрачными, но они отражают суть проблемы. Хотя в настоящее время промышленно развитый мир переживает рост занятости и ожидается, что в следующие два десятилетия в развитых странах окажется больше вакансий, чем работников, способных заполнить их, искусственный интеллект и робототехника будут играть увеличивающуюся роль в устранении этих пробелов. Кроме того, продолжается поляризация занятости: технологии меняют разделение труда между людьми и машинами, усиливая тенденцию по вытеснению работников среднего звена, выполняющих рутинные кодифицируемые задачи. Это уже привело к концентрации вознаграждения на рынке труда среди наиболее квалифицированных и высокообразованных работников, обесценив значительную часть оставшейся работы. Дальнейшее развитие технологий искусственного интеллекта вызовет дополнительное вытеснение части работников средней квалификации со своих рабочих мест. Пока, в отличие от компьютерного софта, роботы гораздо менее распространены на производстве и в сфере услуг, они значительно дороже и сложны для интеграции в производственную среду, поэтому компании стараются заполнить вакансии работниками, но нехватка специалистов и удешевление робототехники при одновременном повышении ее потенциала скорректируют ситуацию не в пользу работ-

ников. Перспективные проблемы рынка труда, по мнению авторов доклада, будут связаны не только с занятостью, но и с изменением условий труда.

Другая группа исследователей, также связанных с Массачусетским технологическим институтом, подчеркивает, что современные возможности машинного обучения (machine learning) позволяют создавать значительную экономическую ценность, следствием этого в ближайшие годы станут серьезные преобразования практически во всех отраслях экономики и во многих профессиях. Даже если речь не идет о полной автоматизации рабочих мест, необходимо учитывать изменение круга задач работников и потребность в реинжиниринге производственной среды (Brynjolfsson, Mitchell, Rock 2018, 44). Машинное обучение позволяет нейросетям самообучаться, улучшая себя и выходя за пределы первоначального программирования. Применительно к трудовым отношениям необходимо понимать, что самообучающаяся интеллектуальная система «использует интеллектуальную аналитику в своей постоянно растущей нейронной сети, работая с информацией, отслеживая ее изменения, что позволяет предвидеть последующие шаги сотрудника или работодателя», а отсутствие регулирования увеличивает риск неблагоприятных последствий оптимизации рабочей силы (Gay, Kagan 2018, 201).

Еще один доклад, подготовленный в 2019 г. группой исследователей из Нью-Йоркского университета, касается вероятных социальных последствий развития искусственного интеллекта. В работе содержатся рекомендации о необходимости установления правовых ограничений по использованию искусственного интеллекта при принятии решений, влияющих на жизнь людей. Речь идет, в частности, о применении технологий распознавания эмоций, психического здоровья и других внутренних состояний при опросе соискателей работы. Авторы доклада констатируют, что использование искусственного интеллекта не исключает дискриминации, зато усиливает дисбаланс в соотношении сил «работодатель — работник». Растет доля работодателей, полагающихся на системы искусственного интеллекта в управлении работниками и определении рабочей нагрузки. Например, Amazon использует интеллектуальную систему, которая устанавливает для сотрудников целевые показатели производительности, рассчитываемые автоматически и постоянно меняющиеся. При невыполнении норм выработки к работникам применяются дисциплинарные меры, на многих складах компании увольнение является автоматизированным процессом, мало отличающимся от прекращения доступа к онлайн-платформам при нестандартной занятости. Некоторые работодатели уже применяют датчики для отслеживания движения сотрудников, показывающие, с кем они взаимодействуют и как долго остаются в конкретном месте (Crawford K. et al. 2019, 15).

Системы искусственного интеллекта с помощью интеллектуального анализа данных (data mining) при найме на работу проводят отбор соискателей с учетом выстраивания перспективных моделей поведения потенциального работника, а после найма — осуществляют контроль за ним в течение всего периода работы. Накопление больших объемов данных позволяет системе на основе многих неочевидных связей прогнозировать поведение работника в будущем. В то время как сами данные представляют исходную информацию, искусственный интеллект, обеспечивая необходимую их обработку, строит модели и формирует прогнозы с использованием многих параметров, которые работодатели ранее не учитывали.

2.4. Адаптация трудового права

Право, являющееся социальным регулятором, не может проигнорировать происходящие в экономике и обществе изменения, вызываемые расширением использования искусственного интеллекта в различных сферах. Необходимость разработки правовых и этических норм взаимодействия систем искусственного интеллекта с человеком обозначена на уровне программных документов международного характера и национальных стратегий развития искусственного интеллекта. Кроме того, в этих документах, в том числе в российской Стратегии, указывается на важность снижения барьеров для развития искусственного интеллекта и потребность в корректировке имеющейся нормативно-правовой базы в целях обеспечения возможностей распространения технологий искусственного интеллекта на практике. Такая корректировка началась, например, в марте 2019 г., когда Гражданский кодекс РФ был дополнен ст. 141.1 «Цифровые права» (введена Федеральным законом от 18.03.2019 № 34-ФЗ).

В трудовое законодательство разных стран, в том числе России, уже внесены поправки, позволяющие вводить электронный документооборот, а в некоторых случаях и требующие его ведения. Специалисты — исследователи в области трудового права поставили вопросы о необходимости включения в сферу регулирования трудовым правом нетипичной занятости на основе интернет-платформ (De Vos 2018, 14), использования работодателями роборекрутеров, программ интеллектуального анализа данных, получаемых при мониторинге, осуществляемом в отношении работников и повышающем качество оценки сотрудников в интересах работодателя (De Stefano 2018, 7). Интеллектуальная автоматизация производственных процессов повлияет на содержание трудовых отношений и потребует обновления правового регулирования (Filipova 2019, 71). Некоторые исследователи настаивают на безотлагательной потребности реформирования трудового права, которое уже не в состоянии защитить работников от «достижений в области робототехники, искусственного интеллекта и машинного обучения... изменивших условия труда, способствующих снижению трудовых стандартов и росту неравенства»; при этом «доминирующая юридическая реакция на проблему — повышение юридической ответственности компаний перед работниками — не решает задачу, поставленную автоматизацией» (Estlund 2018, 256).

Трудовое право как часть материи права будет вынуждено реагировать на происходящие изменения. Есть несколько вариантов развития событий. Крайними являются следующие два: 1) трудовое законодательство законсервируется, изменения будут носить декоративный характер и не отражать глубины происходящих трансформационных преобразований в сферах производства и услуг (мотивом станет желание сохранить достигнутый уровень правовых гарантий работникам); 2) в трудовое право начнут включаться совершенно новые институты, произойдет оперативная перестройка отрасли с учетом происходящих изменений (мотив — обеспечить минимизацию рисков на будущее). Оба эти варианта маловероятны: первый потому, что, если законодательство хочет сохранить актуальность, ему придется быстро адаптироваться к новым задачам (Stone et al. 2016, 45), предельная консервативность закона сделает его неэффективным инструментом для управления серьезными изменениями, которые повлечет в сфере труда быстрое развитие

технологий искусственного интеллекта; второй потому, что, поскольку право консервативно, оно по своей природе выполняет ограничительную функцию, а трудовое право, кроме того, носит социальный характер и призвано защищать слабую сторону трудовых отношений — работника.

Соответственно, будет реализован некий средний вариант: модернизация действующего трудового законодательства с учетом происходящих изменений, вызванных развитием искусственного интеллекта, а точнее, его распространением в производственной и непроизводственной среде, с сохранением социального характера трудового права, т.е. формулированием ограничений, направленных против радикального изменения баланса сил в пользу работодателей, получающих дополнительные возможности вследствие развития искусственного интеллекта. Удержание баланса сил «люди — машины» будет находиться преимущественно за пределами трудового права.

Прогнозы, содержащиеся в упоминаемых выше исследованиях экономистов и юристов, позволяющие сделать выводы о том, что в ближайшие годы потребуются внесение принципиальных изменений в следующие институты и субинституты трудового права:

- рабочее время и нормирование труда (требуется эффективная защита работников от перегрузок при труде рядом с робототехникой, которой не нужно перерывов на отдых и производительность которой будет значительно выше, чем производительность труда работников);
- охрана труда (необходимость введения стандартов безопасности труда при совместной работе людей и робототехники, проблема снижения уровня психосоциальных рисков работников из-за тесных контактов с киберфизическими системами);
- переподготовка и повышение квалификации работников, гарантии и компенсации работникам (в том числе при вытеснении их с конкретных рабочих мест вследствие замены системами искусственного интеллекта и робототехникой);
- защита персональных данных работника (системы, осуществляющие интеллектуальный анализ данных, способны деанонимизировать данные работника, даже если изначально предполагалось их обезличивание при обработке в целях выявления каких-то общих тенденций; это происходит за счет сопоставления имеющихся данных с информацией из иных баз данных в интернете, социальных сетей) и т.д.

Изменения такого масштаба требуют учета многих факторов и вызывают затруднения при создании проектов поправок в законодательство. Отдельными исследователями высказывается предложение об использовании искусственного интеллекта для подготовки изменений в действующее трудовое законодательство через применение методов data mining (интеллектуального анализа данных) в целях обнаружения ранее неизвестных связей и построения на их основе моделей правового регулирования (Morozov 2019). При согласии с этим предложением следующим логичным шагом будет использование методов machine learning (машинного обучения на основе массивов данных, сформированных в результате интеллектуального анализа данных) для «тренировки» искусственного интеллекта по созда-

нию проектов нормативных правовых актов. Предложение использования этих методов при реформировании трудового, и не только трудового, законодательства интересно тем, что способствует алгоритмизации права, приведению норм права в машиночитаемый вид, а значит, перестройки механизма правового регулирования с учетом цифровизации общества. В свою очередь, идея приведения права в машиночитаемый вид уже отражена в Федеральном проекте «Нормативное регулирование цифровой среды», разработанном в рамках упоминаемой ранее программы «Цифровая экономика Российской Федерации». В паспорте данного проекта предусмотрено внедрение механизмов «формирования и использования машиночитаемых норм, технологий искусственного интеллекта, обработки больших данных и иных технологий в целях автоматизации и повышении эффективности системы правоприменения» (раздел «Дополнительные и обосновывающие материалы федерального проекта»).

3. Выводы

Вопрос о внесении изменений, учитывающих уровень развития систем искусственного интеллекта и их возрастающее влияние на сферу труда, в трудовое законодательство уже поднят исследователями из разных регионов мира. Наличие потребности в изменениях не оспаривается, разногласия касаются в основном объемов изменения и уточнения вектора развития трудового законодательства в условиях технологизации социума. В последние несколько лет этот вопрос стал выноситься на повестку дня и российскими исследователями, о чем свидетельствует тематика ряда недавних российских научно-практических конференций. Сейчас научное сообщество находится на стадии перехода от осознания необходимости включения в процесс формирования трудовых основ меняющегося общества к стадии формулирования и обоснования конкретных предложений по изменению трудового законодательства. С учетом одобренных на национальном уровне стратегических программ, подчеркивающих приоритетность развития искусственного интеллекта и внедрения его во все сферы общества, потребность в этих изменениях существенно возрастает.

В ближайшие пять лет расширяющееся использование работодателями систем искусственного интеллекта приведет к значимым изменениям трудового законодательства как минимум путем включения в него следующих норм:

- ограничивающих использование искусственного интеллекта при трудоустройстве; первым примером может служить уже действующий с 01.01.2020 Закон штата Иллинойс о проведении видеопросов с использованием искусственного интеллекта от 09.08.2019¹⁷;
- повышающих ответственность работодателя за наступление неблагоприятных последствий, даже произошедших по вине работника, если работодатель использует искусственный интеллект для контроля за работником, ведь с помощью предиктивной аналитики система искусственного интел-

¹⁷ Illinois General Assembly, Public Act 101-0260. AN ACT concerning employment. Artificial Intelligence Video Interview Act. Дата обращения 30 марта, 2020. <http://www.ilga.gov/legislation/publicacts/fulltext.asp?Name=101-0260>.

лекта в состоянии просчитать риски этого заранее (Aguilar Del Castillo 2020, 272);

- препятствующих работодателю произвольно заменять работников системами искусственного интеллекта (через установление требований о получении одобрения представительных органов работников, участия работников в принятии решений и содействии в профессиональной переподготовке высвобождаемых работников) в целях сдерживания процессов вытеснения работников работодателями ради получения конкурентных преимуществ вследствие быстрого внедрения технологических достижений;
- регламентирующих работу онлайн-платформ, связывающих фактических работодателей и лиц, выполняющих работу по их заказам.

Насколько удачной будет трансформация трудового законодательства, зависит от многих факторов, но в первую очередь от степени адекватности реагирования и обеспечения системности в проведении преобразований материи трудового права. И наоборот, фрагментарность и несвоевременность реагирования на новые задачи, которые ставятся меняющейся действительностью, снижают позитивное воздействие правового регулирования на общественные отношения и ведут к понижению эффективности трудового права как инструмента, способного обеспечить минимизацию издержек перехода от индустриального общества к постиндустриальному и поддержать создание правового каркаса для цивилизации на новом этапе ее существования.

Библиография/References

- Acemoglu, Daron, Pascual Restrepo. 2019. *The wrong kind of AI? Artificial intelligence and the future of labor demand*. Cambridge, National Bureau of Economic Research. Accessed January 14, 2020. <https://www.nber.org/papers/w25682.pdf>.
- Adamczyk, Wojciech. 2019. "Comparing China's and EU's Artificial Intelligence Strategies". *China Observers in Central and Eastern Europe (CHOICE)*. Accessed January 14, 2020. <https://chinaobservers.eu/comparing-chinas-and-eus-artificial-intelligence-strategies>.
- Aguilar Del Castillo, María C. 2020. "El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales". *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 8 (1): 262–293.
- Autor, David, David A. Mindell, Elisabeth B. Reynolds. 2019. *The work of the future: Shaping technology and institutions. Fall 2019 report*. Massachusetts, Massachusetts Institute of Technology. Accessed January 14, 2020. https://workofthefuture.mit.edu/sites/default/files/2019-09/WorkoftheFuture_Report_Shaping_Technology_and_Institutions.pdf.
- Brown, Solly, Darshit Gandhi, Louise Herring, Ankur Puri. 2019. "The analytics academy: Bridging the gap between human and artificial intelligence". *McKinsey Quarterly*. Accessed January 14, 2020. <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-analytics/our-insights/the-analytics-academy-bridging-the-gap-between-human-and-artificial-intelligence>.
- Brynjolfsson, Erik, Tom Mitchell, and Daniel Rock. 2018. "What can machines learn and what does it mean for occupations and the economy?" *AEA Papers and Proceedings* 108: 43–47.
- Crawford, Kate, Roel Dobbe, Theodora Dryer, Genevieve Fried, Ben Green, Elizabeth Kaziunas, Amba Kak, Varoon Mathur, Erin McElroy, Andrea Nill Sánchez, Deborah Raji, Joy Lisi Rankin, Rashida Richardson, Jason Schultz, Sarah Myers West, Meredith Whittaker. 2019. *AI Now 2019 Report*. New York, AI Now Institute. Accessed January 14, 2020. https://ainowinstitute.org/AI_Now_2019_Report.html.
- De Stefano, Valerio. 2018. "Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence and labour protection". *Employment Policy Department Working Paper* 246: 1–31.

- De Vos, Marc. 2018. "Work 4.0 and the future of labour law". *SSRN Electronic Journal*. Accessed January 14, 2020. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3217834.
- Estlund, Cynthia. 2018. "What should we do after work? Automation and employment law". *Yale Law Journal* 128 (2): 254–326.
- Filipova, Irina A. 2019. "Artificial intelligence, labour relations and law: Influence and interaction". *Gosudarstvo i pravo* 11: 69–77. (In Russian)
- Gay, Darrell S., Abigail M. Kagan. 2018. "Big data and employment law: What employers and their legal counsel need to know". *ABA Journal of Labor & Employment Law* 33 (2): 191–209.
- Graetz, Georg, Guy Michaels. 2018. "Robots at work". *The Review of Economics and Statistics* 100 (5): 753–768. Accessed January 14, 2020. http://personal.lse.ac.uk/michaels/Graetz_Michaels_Robots.pdf.
- Korinek, Anton, Joseph E. Stiglitz. 2019. "Artificial intelligence and its implications for income distribution and unemployment". *The economics of artificial intelligence: An agenda*, ed. by Ajay Agrawal, Joshua Gans, Avi Goldfarb, 349–390. Chicago: University of Chicago Press.
- Korinek, Anton. 2019. "Labor in the age of automation and artificial intelligence". *Economists for Inclusive Prosperity*. Accessed January 14, 2020. <https://econfp.org/wp-content/uploads/2019/02/6.Labor-in-the-Age-of-Automation-and-Artificial-Intelligence.pdf>.
- Moltzau, Alex. 2019. "AI strategy in EU towards 2020. A summary of the various strategies and policies relating to artificial intelligence 2018–2019". *Towards. Data Science*. Accessed January 14, 2020. <https://towardsdatascience.com/ai-strategy-in-eu-2018-2019-44393b7eaf28>.
- Morozov, Pavel E. 2019. *The way out of scientific stagnation: The need to use data mining technology in the science of labour law*. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Rasser, Martijn. 2019. "The United States needs a Strategy for Artificial Intelligence". *Foreign Policy*. Accessed January 14, 2020. <https://foreignpolicy.com/2019/12/24/national-artificial-intelligence-strategy-united-states-fall-behind-china>.
- Stone, Peter, Rodney Brooks, Erik Brynjolfsson, Ryan Calo, Oren Etzioni, Greg Hager, Julia Hirschberg, Shivaram Kalyanakrishnan, Ece Kamar, Sarit Kraus, Kevin Leyton-Brown, David Parkes, William Press, AnnaLee Saxenian, Julie Shah, Milind Tambe, Astro Teller. 2016. *Artificial intelligence and life in 2030. One hundred year study on artificial intelligence: Report of the 2015–2016*. Stanford, Stanford University. Accessed January 14, 2020. <http://ai100.stanford.edu/2016-report>.
- Webb, Michael. 2019. *The impact of artificial intelligence on the labor market*. Stanford, Stanford University. Accessed January 14, 2020. https://web.stanford.edu/~mww/webb_jmp.pdf.

Статья поступила в редакцию 16 января 2020 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Филипова Ирина Анатольевна — канд. юрид. наук; irinafilipova@yandex.ru

Artificial Intelligence Strategy and consequences of its implementation for labour law*

I. A. Filipova

National Research Lobachevsky State University of Nizhny Novgorod,
23, pr. Gagarina, Nizhny Novgorod, 603022, Russian Federation

For citation: Filipova, Irina A. 2022. "Artificial Intelligence Strategy and consequences of its implementation for labour law". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 5–27. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.101> (In Russian)

The rapid development of artificial intelligence in recent years has necessitated the legal regulation of new phenomena related to the introduction of artificial intelligence in practice.

* The reported study was funded by the Russian Foundation for Basic Research according to the research project No. 19-011-00320.

Scientists and politicians raised questions about the development of artificial intelligence, and about the formulation of principles and basic conditions for minimizing risks of developing artificial intelligence in the future. This discussion led to the adoption of Artificial Intelligence Strategies in countries that are leaders in economic development and countries seeking leadership, including in Russia. The Russian Artificial Intelligence Strategy for the period up to 2030 indicates development goals and the need to carry out a set of coordinated actions, including in the field of legal regulations. This Strategy involves major changes that will affect the production and services sectors, which will inevitably affect the organization of wage labor. This article presents an analysis of the provisions of this Strategy and similar foreign acts, which allows identification of key factors that can affect the transformation of the world of work and compel changes in legal regulation. This study was carried out using the following methods: formal-logical, comparative-legal methods of analysis and synthesis, methods of legal modelling and legal forecasting. The results of the study provide insights into the increasing impact of artificial intelligence technologies on the work environment, on the content of labor relations, and about the need to revise some norms of labor law to adapt it to changing reality.

Keywords: artificial intelligence, legal regulation, wage labour, worker, employer, profession, robot, workforce, data mining.

Received: January 16, 2020
Accepted: December 10, 2021

Author's information:

Irina A. Filipova — PhD in Law; irinafilipova@yandex.ru

Уголовная ответственность за организацию устойчивой группы лиц, созданной для совершения преступлений в сфере компьютерной информации

И. Н. Мосечкин

Вятский государственный университет,
Российская Федерация, 610000, Киров, ул. Московская, 36

Для цитирования: Мосечкин, Илья Н. 2022. «Уголовная ответственность за организацию устойчивой группы лиц, созданной для совершения преступлений в сфере компьютерной информации». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 28–45.
<https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.102>

В статье анализируются правовые проблемы, возникающие в связи с установлением уголовной ответственности за организацию устойчивой группы лиц, созданной для совершения преступлений в сфере компьютерной информации. Актуальность темы исследования обусловлена негативной динамикой преступлений, связанных с использованием компьютерных технологий и совершенных преступными сообществами или преступными организациями, а также постоянным ростом ущерба от них. Автор осуществляет оценку действующих уголовно-правовых мер противодействия организованной киберпреступности, выявляя их недостатки. Проанализированы положения отечественного и зарубежного уголовного законодательства, что позволило установить некоторые правовые пробелы и выявить пути их преодоления. В статье доказывается, что Уголовный кодекс РФ не в полной мере охватывает случаи создания организованных преступных формирований, созданных для совершения противоправной деятельности в сфере компьютерной информации. В частности, не дифференцирована ответственность между группой лиц по предварительному сговору и организованной группой; категория преступлений и отсутствие цели извлечения прибыли не позволяют квалифицировать деяние как совершенное преступным сообществом или преступной организацией. По мнению автора, целесообразно признать отдельным деликтом сам факт создания противоправных организованных формирований, как это сделано в законодательстве отдельных стран семьи общего права, а также в отечественных нормах, регулирующих противодействие терроризму и экстремизму. Предлагается включить в УК РФ норму, предусматривающую ответственность за организацию устойчивой группы лиц в целях совершения преступлений в сфере компьютерной информации. Сформулирована редакция соответствующей статьи, которая может быть использована как рекомендация при совершенствовании законодательства.

Ключевые слова: компьютерная информация, компьютерное преступление, организованная группа, преступное сообщество, киберпреступление, общественная безопасность.

1. Введение

Преобразования в информационно-телекоммуникационной среде оказывают существенное влияние на преступность. Представители криминальных сообществ

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2022

достаточно быстро реагируют на появление новых технологий и предпринимают попытки их использования в противоправных целях. Если не так давно киберпреступления представляли собой новое, неизученное явление, то к настоящему времени они получили значительное распространение, а противодействие им стало предметом исследований ряда отечественных и зарубежных ученых (Xiaobing, Yongfeng 2018, 794; Бегишев, Хисамова, Никитин 2020; Грачева, Маликов, Чучаев 2020). Более того, такие традиционные для человечества преступления, как кража или мошенничество, перетекают в интернет-среду, поскольку она обеспечивает достаточную прибыль и высокий уровень латентности. Появление компьютерной преступности, как правильно отмечают С. В. Скляров и К. Н. Евдокимов, стало одной из социальных проблем технократического общества, а проблема информационной безопасности физических и юридических лиц все более актуализируется (Скляров, Евдокимов 2016, 322). Если изначально компьютерные преступления совершались одиночками, то сейчас можно говорить о тенденции возрастания групповой и организованной преступности в данной сфере.

Организованная преступность, являясь одной из самых опасных разновидностей преступности, также претерпевает серьезные изменения. Основной ее целью выступает, как правило, извлечение материальных выгод. При этом деятельность скрывается от правоохранительных органов, например, с помощью коррупции или иных методов криминальной маскировки (Rose-Ackerman, Palifka 2018, 75–76). Цифровая среда становится все более привлекательной для организованной преступности как раз потому, что позволяет извлекать значительные материальные выгоды и избегать внимания со стороны органов власти.

Как показывают статистические сведения Генеральной прокуратуры РФ, наблюдается рост преступлений, совершенных организованной группой или преступным сообществом. Так, в 2016 г. число подобных деликтов составило 12 581, в 2017 г. — 13 232, в 2018 г. — 15 628, в 2019 г. — 16 290. При этом за январь — декабрь 2019 г. правоохранительными органами РФ зарегистрировано 294 409 преступлений (на 68,5 % больше, чем в 2018 г.), совершенных с использованием информационно-телекоммуникационных технологий или в сфере компьютерной информации¹. Таким образом, даже по показателям официальной статистики можно отметить рост организованной и компьютерной преступности, определенную связь между которыми отрицать невозможно. Вместе с тем следует учитывать высокую латентность, которая составляет от нескольких десятков до нескольких тысяч процентов по разным видам преступных деяний (Скляров, Евдокимов 2016, 323–324). Не останавливаясь на уровне скрытой и скрываемой преступности, а также методах ее оценки, согласимся с общепринятой позицией: реальное число таких преступлений выше, чем отраженное в официальной статистике (как в России, так и за рубежом).

В странах Европейского союза возрастают расходы на противодействие так называемым сложным организованным преступным группам (Serious and Organized Crime Threat Assessment, SOCTA). Европол в настоящее время ведет борьбу против более чем 5000 международных преступных групп. Для сравнения, в 2013 г. это чис-

¹ Состояние преступности в России за январь — декабрь 2019 г. Сборник Генеральной прокуратуры Российской Федерации. *Генеральная прокуратура РФ*. 2020. Дата обращения 15 июня, 2020. https://genproc.gov.ru/upload/iblock/034/sbornik_12_2019.pdf.

ло составляло около 3600. Значительная часть преступных формирований использует компьютерные технологии для осуществления своей деятельности (Jirovský et al. 2018, 2–3).

По справедливому мнению А. Л. Осипенко, криминальную активность в интернет-пространстве проявляют преимущественно две категории лиц:

- «обычные» преступники, переносящие в цифровую среду отдельные виды преступной деятельности (наркоторговля, мошенничество и др.);
- киберпреступники, обладающие навыками в сфере информационных технологий, позволяющими совершать преступления, возможные только в киберпространстве (несанкционированный дистанционный доступ к информационным ресурсам, нарушение функционирования сетевых объектов и т. п.) (Осипенко 2017, 183).

В настоящее время и «обычные», и киберпреступники объединяются в преступные формирования, поскольку это облегчает совершение преступлений и обеспечивает более высокую вероятность успеха.

В зарубежных научных трудах подчеркивается, что многие киберпреступники тесно связаны между собой, объединяются для совершения преступлений и изучают противоправную деятельность других лиц (Hutchings 2014, 3–4). Другие авторы провели продолжительное, многолетнее исследование (включающее анализ уголовных дел в нескольких странах и анонимные интервью), по итогам которого были сделаны выводы, заслуживающие пристального внимания. Ученые полагают, что, с одной стороны, роль организованной киберпреступности среди других видов чрезмерно преувеличена, с другой — она существует и активно проявляет себя в корыстных преступлениях. В большинстве случаев преступные формирования состояли из стабильной группы основных членов, т. е. совершали преступления с одинаковым составом в течение определенного времени. Вместе с тем имели место группы, объединившиеся в социальных сетях на непродолжительный период (Leukfeldt, Lavorgna, Kleemans 2017, 288–289).

Несмотря на кратковременность существования киберпреступности, можно заметить не только количественные, но и качественные ее изменения. Появилось множество видов, которые продолжают развиваться и совершенствоваться. Сложилась компьютерная преступность, отвечающая всем признакам профессиональной. В цифровой среде осуществляют деятельность лица, специализирующиеся на компьютерных мошенничествах, кражах, вымогательствах, незаконном доступе к информации, создании вредоносных программ, фишинге и других высокотехнологических преступлениях (Boddy 2018, 9).

Одним из наиболее новых и наименее изученных направлений является «хактивизм» (от англ. *hack* — взламывать и *activism* — активность). Изначально хактивисты занимались политическими акциями в информационно-телекоммуникационных сетях, что часто сопровождалось компьютерными атаками. Так, с 2008 г. группа «Аноним» (Anonymous) совершила ряд кибератак в поддержку некоторых политических и общественных целей. Мишенями стали государственные и религиозные организации, а также отдельные юридические лица. Поводы для атак были самыми разными: поддержка политических движений, уголовные дела по отношению к активистам, религиозная деятельность (Li 2013, 302).

Хактивисты отличаются от представителей организованной киберпреступности тем, что, как правило, не преследуют корыстных целей. Однако нельзя исключать и пересечения этих видов противоправных организаций. Хотя существует множество трудов о киберпреступности, кибертерроризме и иных преступлениях в цифровой среде, хактивизму посвящено не так много исследований. Отдельные криминологи считают это движение новой, уникальной и вместе с тем опасной формой девиации (Tanczer 2016, 1614–1615).

Достаточно трудно говорить о статистике хактивизма. Как следует из зарубежной литературы, по мнению опрошенных респондентов, хактивизм составлял 58 % всех нарушений, связанных с незаконным доступом к компьютерной информации в 2011 г. В то же время, по данным опросов, проводившихся с 2004 по 2010 г., ни один из респондентов не называл хактивизм в качестве причины таких нарушений². К сожалению, небольшое число исследований не позволяет получить объективное представление о данной разновидности организованной преступности.

Ученые подчеркивают, что существует необходимость в уникальном подходе к различным формам хактивизма (Webber, Yip 2018, 253–254). Думается, с этим мнением можно согласиться, причем даже в более широком масштабе. В последнее время в науке преобладает позиция, согласно которой компьютерные атаки совершаются, как правило, в корыстных целях (McDaniel 2018, 161–162). Вместе с тем можно наблюдать случаи создания целых противоправных групп, занимающихся взломом компьютерных систем. Речь идет не только о хактивистах, но и об иных преступных формированиях, проявляющихся в цифровой среде. Они хорошо организованы, владеют необходимыми навыками, а их цели и задачи не связаны (по крайней мере прямо) с получением финансовой или иной материальной выгоды. Таким образом, возможно, сам факт создания подобных формирований должен влечь наступление уголовной ответственности?

Целью настоящего исследования выступает разрешение отдельных теоретических и прикладных проблем применения уголовно-правовых норм, охраняющих безопасность компьютерной информации. Задачи исследования: проанализировать зарубежное законодательство, связанное с регулированием сферы компьютерной информации, а также мнения ученых по поводу его состояния; оценить уголовно-правовые нормы об ответственности за компьютерные преступления в контексте их противодействия организованной преступности; обосновать и сформулировать предложения по совершенствованию главы Уголовного кодекса РФ от 13.06.1996 № 63-ФЗ³ (далее — УК РФ) о преступлениях в сфере компьютерной информации.

Методологической основой работы традиционно выступили универсальные принципы и требования диалектического метода познания (объективности и всесторонности рассмотрения объекта познания, всеобщей связи явлений, системности и др.). Для исследования особенностей правового регулирования организованной киберпреступности в зарубежных странах использовался сравнительно-правовой метод. Для изучения эмпирического материала применен документальный метод (исследованы известные факты совершения общественно опасных деяний

² 2012 Data Breach Investigations Report. Дата обращения 24 июня, 2020. https://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2012/03/Verizon-Data-Breach-Report-2012.pdf.

³ Здесь и далее все ссылки на российские нормативно-правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 29 июля, 2020. <http://www.consultant.ru>.

организованными преступными формированиями, изучен законодательный материал). Применен формально-юридический метод, который позволил должным образом оценить правовые категории, выявить и истолковать их признаки. Для оценки состояния организованной и компьютерной преступности использовались статистические методы.

2. Основное исследование

Изучение зарубежного опыта уголовно-правового противодействия организованной преступности может внести большой вклад в разработку направлений совершенствования отечественного законодательства. Кроме того, заслуживают внимания выводы ученых, исследовавших нормативные акты различных стран. В частности, в одной из работ, посвященных сравнительно-правовой характеристике, указывается, что законодательство США и Великобритании позволяет применять меры уголовной ответственности не только в случае совершения конкретного компьютерного преступления, но и за создание преступных формирований в противоправных целях (Мосечкин 2021, 166).

В указанных странах действуют похожие правовые положения: в США в 1986 г. принят Закон о компьютерном мошенничестве и злоупотреблениях⁴, а в Великобритании применяется Закон о неправомерном использовании компьютеров 1990 г.⁵ Ученые подчеркивают, что уголовное законодательство США охватывает в качестве отдельных преступлений подстрекательство и сговор, что увеличивает вероятность привлечения к ответственности. Вместе с тем в правоприменительной практике Великобритании встречаются факты назначения наказания за сговор и дачу советов в совершении компьютерных преступлений. Такая деятельность признается отдельным нарушением (Karagiannopoulos 2018, 135–136).

Ученые, посвятившие труды законодательству Ямайки, отмечают, что в перечень противоправных деяний, установленный Законом о компьютерных преступлениях 2015 г., включены все виды соучастия в совершении таких преступлений (в качестве самостоятельного деликта). Важная особенность заключается в том, что все соучастники независимо от роли подлежат наказанию, как и исполнитель (Barclay 2017, 85).

В Австралии действует Уголовный закон от 1995 г., в котором использован подход, характерный для вышеуказанных стран: соучастие в совершении каких-либо преступлений само по себе является отдельным преступлением⁶. Однако имеются и специальные нормы. В частности, ст. 478.4 предусматривает наказание за разновидности соучастия в совершении киберпреступлений. Похожим образом, как следует из зарубежной литературы, регулируется ответственность в странах Южной Африки, где с 2002 г. действует Закон об электронных коммуникациях и сделках (ECT Act) (Shultz 2016).

⁴ H. R. 4718 — Computer Fraud and Abuse Act of 1986. Дата обращения 25 июня, 2020. <https://www.congress.gov/bill/99th-congress/house-bill/4718>.

⁵ Computer Misuse Act 1990. Дата обращения 25 июня, 2020. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/18/contents>.

⁶ Criminal Code Act 1995. Дата обращения 29 июня, 2020. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00235>.

Для англосаксонской правовой семьи достаточно характерно установление ответственности за разновидности соучастия в тех или иных преступлениях. Иначе говоря, лица, объединившиеся для совершения противоправных деяний, привлекаются к ответственности независимо от того, удалось ли им достигнуть желаемых результатов. Для борьбы с организованной киберпреступностью в уголовный закон часто вводятся специальные нормы, что отражает особенное отношение к ним со стороны законодателя. Ученые, анализирующие зарубежное законодательство, говорят о неуловимом характере киберпреступности, который привел к широко распространенной криминализации любой подготовки (сговор, владение техническими устройствами). Авторы поддерживают такую криминализацию, но отмечают, что многие страны не рассматривают простую подготовку преступного поведения как наказуемое деяние (Viano 2016, 21–22).

Настоящее исследование не было бы объективным без изучения нормативно-правовых актов зарубежных стран, входящих в группу романо-германской правовой семьи (в контексте выявления особенностей уголовно-правового противодействия хакерским сообществам).

В уголовном законе Венгрии не содержится норм, устанавливающих ответственность лишь за создание объединений с целью совершения компьютерных преступлений. Однако в зарубежной литературе отмечается, что налицо правовой пробел, который должен быть преодолен посредством внесения соответствующих изменений. Вместе с тем подчеркивается, что новые статьи должны действовать только в комплексе с мерами криминологического характера (Béla 2016, 173–174).

Уголовный закон Финляндии усиливает ответственность за совершение компьютерных преступлений посредством закрепления различных видов соучастия в качестве квалифицирующего признака. При этом само противоправное объединение не образует отдельного состава преступления, а рассматривается как неоконченная стадия. Однако исследователи подчеркивают, что законодательство сталкивается все с большими вызовами со стороны киберпреступности и нуждается в совершенствовании. Это отвечает действующей Директиве Европейского парламента и Совета от 12.08.2013, согласно п. 13 которой целесообразно предусмотреть более суровые меры наказания, если нападение на информационную систему совершено преступной организацией (Calcara, Sund, Tolvanen 2019, 94–97).

Как отмечает А. В. Пелевина, ст. 216.1 Пениitenciарного кодекса Эстонии устанавливает уголовную ответственность за подготовку компьютерного преступления (Пелевина 2017, 246). Любопытно, что данное правонарушение может быть вменено юридическим лицам, т. е. к ответственности привлекаются не только конкретные физические лица, но и общность людей.

Исследование нормативных актов иных стран, принадлежащих к правовой семье континентального права, позволяет сделать вывод о том, что организация группы лиц, направленной на совершение преступлений в сфере компьютерной информации, чаще признается квалифицирующим признаком, чем отдельным составом преступления. Среди таких стран можно назвать ФРГ, Нидерланды, Французскую Республику, Социалистическую Республику Вьетнам, Китайскую Народную Республику, Чешскую Республику и др. (Мосечкин 2021, 167). В основном уголовное законодательство данных стран охватывает создание таких организаций

через институты соучастия и неоконченных преступлений, т. е. ответственность наступает за приготовление или покушение.

Изложенное позволяет сформулировать промежуточный вывод: в законодательстве ряда зарубежных стран использован подход, в соответствии с которым любое соучастие, возникшее для совершения компьютерных преступлений, признается отдельным оконченным деянием. Как правило, такие страны входят в группу англосаксонской правовой семьи. Для законодательства стран, принадлежащих к романо-германской правовой семье, более характерно конструирование квалифицирующих составов с помощью признаков, охватывающих тот или иной вид соучастия. При этом часть ученых указывает на то, что законы нуждаются в совершенствовании и должны включать отдельные нормы, учитывающие организованную киберпреступность.

Разумеется, в науке существуют мнения и о том, что влияние организованной киберпреступности чрезмерно преувеличено. Так, отдельные авторы, критикуя законодательство Великобритании, отмечают, что терминология в нормативных актах далека от действительности и при принятии изменений в законодательстве не было должного понимания соотношения форм соучастия в совершении компьютерных преступлений (Lavorgna, Sergi 2016, 182–183). Другие ученые полагают, что такие формы объединения, как хактивизм, не нуждаются в репрессивном регулировании, поскольку выступают своеобразной разновидностью протеста, на которую распространяется свобода слова (Li 2013, 311–312).

Думается, что общественная опасность и нанесенный вред от деятельности киберпреступности, тем более организованной, будут только возрастать. В связи с этим следует поднять вопрос о криминализации самого факта объединения в преступное формирование в целях совершения компьютерных преступлений. Решение данного вопроса невозможно без учета оснований криминализации деяния. В науке уголовного права сложился ряд парадигм, в которых количество и виды оснований определяются неоднозначно: плюралистическая, монистическая, смешанная, волюнтаристская (Нечаев 2017, 91–92). Среди оснований наиболее часто выделяются следующие: общественная опасность криминализуемого деяния, реже — широкая распространенность; ожидаемые положительные последствия, превышающие отрицательные последствия; отсутствие противоречия действующему законодательству и др.

Наличие общественной опасности в противоправной деятельности организованных преступных формирований в сфере компьютерной информации вполне очевидно. Наличие в УК РФ гл. 28 уже указывает на то, что компьютерные преступления способны наносить существенный вред общественным отношениям, иначе законодатель не стал бы вводить в уголовный закон ст. 272–274¹. Ущерб от таких преступлений ежегодно возрастает, а соучастие еще более повышает общественную опасность. Распространенность организованной киберпреступности является достаточно спорным моментом. По данным официальной статистики, приведенным выше, преступления в сфере компьютерной информации не отличаются значительным количеством, но имеют тенденцию к возрастанию (в том числе в соучастии). Не следует забывать и о высокой латентности подобных деликтов.

Правовые аспекты криминализации следует рассмотреть более подробно. Уголовный закон предусматривает деяния, которые связаны с компьютерными тех-

нологиями, но посягают на другие охраняемые объекты. К ним можно отнести, например, мошенничество в сфере компьютерной информации (ст. 159⁶ УК РФ), неправомерный оборот средств платежей (ст. 187 УК РФ) и иные. Хотя в зарубежной литературе (и в ряде трудов отечественных авторов, разделяющих широкий подход) подобные деяния часто включаются в понятие киберпреступности, настоящее исследование сосредоточено на преступлениях в сфере компьютерной информации, включенных в гл. 28 УК РФ (Fortes, Boff 2017, 7–8). Иными словами, компьютерная преступность далее будет пониматься в контексте узкого подхода.

Анализ отечественного уголовного законодательства позволяет сделать вывод, что оно охватывает практически все возможные виды противоправной деятельности в сфере компьютерной информации, обладающие высокой общественной опасностью. Вместе с тем отдельные ученые указывают на необходимость криминализации иной деятельности, например, связанной с неправомерным воздействием на информационную систему (Грачева, Маликов, Чучаев 2020, 196) или приобретением вредоносных программ (Гребенкин, Коврижных 2017, 75).

Различные формы соучастия охватываются квалифицирующими признаками ст. 272–274¹ УК РФ. Так, ч. 3 ст. 272 УК РФ предусматривает ответственность за неправомерный доступ к компьютерной информации, совершенный группой лиц по предварительному сговору или организованной группой. Часть 2 ст. 273 УК РФ признает наказуемым создание, использование и распространение вредоносных компьютерных программ, совершенные группой лиц по предварительному сговору или организованной группой. Одна из самых новых статей в этой главе — ст. 274¹ УК РФ — в ч. 4 также содержит квалифицирующий признак, связанный с совершением преступления группой лиц по предварительному сговору или организованной группой.

Хотя законодатель включил различные формы соучастия как квалифицирующие признаки, представляется не совсем логичным отсутствие дифференциации в зависимости от степени организованности. Думается, что совершение преступления организованной группой является более опасным деянием, чем совершение группой лиц по предварительному сговору. Соответственно, должно быть предусмотрено более строгое наказание.

Тем не менее анализ статей, охватывающих преступления в сфере компьютерной информации, показывает, что совершение деяния в соучастии влечет наступление более строгой уголовной ответственности. Правда, вид и форма соучастия не влияют на квалификацию, поскольку охватываются одной частью статьи. Вместе с тем пока не совершено общественно опасное деяние (а в ряде случаев — пока не наступило общественно опасное последствие), не образуется оконченного преступления, даже если планировалось его совершение группой лиц по предварительному сговору или организованной группой. В этом случае речь может идти только о приготовлении или покушении.

Действующий уголовный закон содержит нормы, предусматривающие ответственность за сам факт создания отдельных видов организованных групп или за участие в них. Так, ст. 205⁴ УК РФ закрепляет противоправность создания террористических сообществ или участия в них. В ст. 282¹ УК РФ похожим образом устанавливается ответственность за организацию экстремистского сообщества. В пояснительной записке к проекту Федерального закона № 203317-3 «О внесении

изменений и дополнений в законодательные акты РФ в связи с принятием Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности»», результатом которого стало принятие ст. 282¹ УК РФ, отмечалось, что «лица, объединившиеся для осуществления экстремистской деятельности, являясь, по сути, членами организованной группы лиц, заранее объединившимися для совершения преступления (ч. 3 ст. 35 УК РФ), должны подлежать аналогичному преследованию».

Введением данных статей законодатель подчеркнул: общественная опасность объединения в определенных преступных целях столь велика, что необходимо привлечение к ответственности даже без реализации деликтов, ради которых создана группа. Диспозиция указанных статей неоднократно подвергалась заслуженной критике. В частности, одним из недостатков называется смешение различных форм соучастия — организованной группы и преступного сообщества (Абдулатипов 2016, 93). С. М. Кочои относительно ст. 205⁴ и 205⁵ УК РФ отмечает, что законодательные разночтения вносят лишь путаницу в теорию и практику применения уголовного закона, касающегося форм соучастия в «террористических преступлениях» (Кочои 2016, 743). Ю. А. Клименко, анализируя ст. 282¹ и 282² УК РФ, подчеркивает, что легальная дефиниция экстремистского сообщества сформулирована законодателем весьма противоречиво. С одной стороны, в ч. 1 ст. 282¹ УК РФ говорится о том, что экстремистское сообщество — это организованная группа лиц. Следовательно, можно отнести данное объединение к разновидности организованной группы. С другой стороны, в норме указано, что сообщество имеет части или входящие в него структурные подразделения, а это означает наличие у экстремистского сообщества такой же структуры, как у преступного сообщества (Клименко 2017, 125).

Ученые подчеркивают некоторую нелогичность и бессистемность конструирования рассматриваемых уголовно-правовых норм. Вместе с тем многие авторы не отрицают их необходимости. Напротив, наличие соответствующих статей в уголовном законе позволяет привлекать к уголовной ответственности лиц, объединившихся для совершения преступлений, обладающих повышенной общественной опасностью. Как отмечают представители науки, до введения ст. 205⁴ УК РФ иногда складывалась несколько абсурдная ситуация: факт существования террористического сообщества выявлялся, но запретить деятельность этого сообщества не представлялось возможным, и оно продолжало существование. Кроме того, криминализация организаторской деятельности при создании террористического сообщества имела и имеет большое профилактическое значение (Аулов 2016, 102). Наконец, в связи с указанием на цель организации террористических и экстремистских сообществ производится их отграничение от других организованных групп и преступных сообществ (преступных организаций).

Несмотря на сохраняющееся несовершенство ст. 205⁴ и 282¹ УК РФ, а также критику со стороны научных работников (с которыми во многом следует согласиться), закрепленные нормы не являются «мертвыми» и применяются в практике. Так, по ст. 205⁴ УК РФ в 2016 г. осуждены 2 чел., в 2017 г. — 1, в 2018 г. — 1, в 2019 г. — 1. По ст. 282¹ УК РФ в 2016 г. осуждены 16 чел., в 2017 г. — 4, в 2018 г. — 4, в 2019 г. — 6⁷.

⁷ Уголовное судопроизводство. Данные о назначенном наказании по статьям УК. Дата обращения 23 июля, 2020. <http://stat.xn----7sbqk8achja.xn--p1ai/stats/ug/t/14/s/17>.

Подчеркнем: речь идет о лицах, в отношении которых вступил в силу приговор суда. В то же время в данной статистике не отражены граждане, уголовное производство по делам которых было прекращено на более ранней стадии, а также скрытая часть преступности. Таким образом, ст. 205⁴ и 282¹ УК РФ весьма трудно назвать «нерабочими». Следовательно, вышеуказанные недостатки не оказывают существенного влияния на востребованность статей и необходимость ответственности за организацию и участие в отдельных преступных формированиях. Изучение ст. 205⁴ и 282¹ УК РФ позволило рассмотреть подходы законодателя к противодействию различным проявлениям организованной преступности посредством уголовного права. Соответственно, такие подходы могли бы быть использованы и в борьбе с киберпреступностью.

Для решения этого вопроса вновь следует обратиться к содержанию гл. 28 УК РФ. Действующий уголовный закон не позволяет охватить в полной мере деятельность по организации хакерских сообществ, как и участие в них. Статьями данной главы предусматривается ответственность за совершение преступлений группой лиц по предварительному сговору или организованной группой. Если же в противоправных целях были созданы преступное сообщество или преступная организация, то при наличии всех признаков возможно привлечение к уголовной ответственности по ст. 210 УК РФ. Именно здесь наблюдается одна из возможных правовых проблем. В соответствии со ст. 210 УК РФ, преступное сообщество (преступная организация) создается в целях совершения одного или нескольких тяжких или особо тяжких преступлений, а ст. 35 УК РФ указывает на намерение получения прямо или косвенно финансовой или иной материальной выгоды.

Если соотносить хакерское сообщество с преступным сообществом, то в ряде случаев могут отсутствовать признаки, предусмотренные ч. 4 ст. 35 УК РФ. Как уже отмечалось ранее, хакерские сообщества, пусть и в большинстве случаев, но не всегда создаются с корыстной целью. Так, большую известность получили публикации в средствах массовой информации о преступлениях, совершенных организованной группой «Шалтай-Болтай». Целью группы было получение незаконного доступа к компьютерной информации должностных лиц. Полученная информация публиковалась в ряде источников цифровой среды и средствах массовой информации. При совершении первых преступлений участники группы действовали не в целях получения материальной выгоды, а скорее из хулиганских побуждений. В дальнейшем полученная информация стала использоваться для извлечения прибыли, в основном путем вымогательства⁸.

Таким образом, данный пример показывает, что в отдельных случаях лица действительно объединяются в группы для совершения компьютерных преступлений не в корыстных целях. Наличие специальной нормы, предусматривающей ответственность за создание таких групп и участие в них, могло бы оказать профилактический эффект и установить меру наказания, соответствующую деянию.

Также обратим внимание на тот факт, что преступления, предусмотренные ч. 1–3 ст. 272, ч. 1 и 2 ст. 273 УК РФ, относятся к категориям небольшой и средней тяжести. Как указано в п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от

⁸ Мосгорсуд огласил приговор лидеру хакерской группировки «Шалтай-Болтай». 2017. Дата обращения 24 июля, 2020. <https://www.gazeta.ru/social/2017/07/06/10775462.shtml>.

10.06.2010 № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участии в нем (ней)», преступное сообщество (преступная организация) отличается от иных видов преступных групп, в том числе от организованной группы, помимо прочего, более сложной внутренней структурой, а также возможностью объединения двух или более организованных групп. Следовательно, может сложиться ситуация, при которой преступное формирование будет обладать сложной внутренней структурой, сплоченностью и целью совершения преступлений, предусмотренных ст. 272 и 273 УК РФ. Такое формирование нельзя признать преступным сообществом или преступной организацией в связи с тем, что данные деяния относятся к категориям небольшой и средней тяжести.

В связи с этим необходимо попробовать соотнести противоправные хакерские объединения с организованной группой, особенности которой раскрыты в ч. 3 ст. 35 УК РФ. Очевидно, что большая часть признаков совпадет. Правда, организованная группа не обладает структурированностью, сплоченностью и целями, как преступное сообщество. Вместе с тем если признать хакерское объединение организованной группой лиц, объединившихся для совершения компьютерных преступлений, то возможно их привлечение к ответственности только за приготовление или покушение на преступление.

Думается, что хакерские сообщества еще несколько лет назад были значительно менее опасными, чем террористические или экстремистские, поэтому сложившиеся правовое регулирование и практика применения норм на тот момент достаточно адекватно отвечали обстановке. В настоящее время цифровизация продолжает охватывать все больше сфер человеческой жизни, а ущерб от компьютерных преступлений возрастает. Соответственно, можно говорить о повышенной общественной опасности хакерских сообществ.

В науке уголовного права предлагаются соответствующие рекомендации по криминализации. В зарубежной литературе отмечается, что объединения людей способны совершать то же самое, что и отдельные лица, и зачастую лучше. При этом почти все виды преступных формирований (включая высокоорганизованные традиционные формирования) потенциально могут участвовать в совершении компьютерных преступлений (Broadhurst et al. 2014, 2). В связи с этим объединение в целях совершения киберпреступлений должно наказываться строже.

Так, И. Р. Бегишев, З. И. Хисамова и С. Г. Никитин подчеркивают, что необходимы изменения в уголовном законе, специально охватывающие ответственность за создание хакерского сообщества и участие в нем. По мнению авторов, введение новой нормы обеспечит адекватную правовую оценку деятельности участников организаций, связанных с совершением преступлений в сфере компьютерной информации. В новой норме для придания ей универсального характера следует избегать описания конкретных преступлений, на совершение которых направлена организация (Бегишев, Хисамова, Никитин 2020, 102–103).

Похожего мнения придерживается Л. В. Глазкова, подчеркивая, что «уголовно-правовые меры противодействия преступности нуждаются в разработке новых понятий, соответствующих изменениям в способах формирования организованных групп и сообществ». Она предлагает дополнить гл. 28 УК РФ нормами об ответственности за создание организованной преступной группы (кибергруппы)

и за создание преступного сообщества, имеющего цели совершения преступлений в сфере компьютерной информации (Глазкова 2019, 58–59).

Думается, что позиции вышеуказанных ученых стоит поддержать. Действительно, правильным решением было бы привлечение к уголовной ответственности с момента организации преступного формирования, созданного для совершения компьютерных преступлений, как за оконченное преступление. С учетом реального существования хакерских организаций (сообществ), совершения ими различных преступлений (в том числе некорыстной направленности) необходимо усовершенствовать уголовный закон путем внесения в него положений, закрепляющих ответственность за создание таких формирований, руководство ими или участие в них.

Вместе с тем не в полной мере можно поддержать мнение о том, что следует избегать описания конкретных преступлений, на совершение которых направлена организация. Напротив, следует уделить большое внимание способам законодательного отграничения от иных видов преступных формирований, например террористических или экстремистских. Именно так поступил законодатель при конструировании ст. 205⁴ и 282¹ УК РФ. В диспозиции перечислены либо конкретные деяния (в ст. 205⁴ УК РФ), либо общий признак преступлений (в ст. 282¹ УК РФ).

В случае криминализации ответственности за создание хакерских групп также необходимо указание на вид преступлений, ради совершения которых такие группы образуются. В противном случае возникнут сложности при разграничении отдельных составов преступлений со сходными признаками. Так, общими чертами с хакерским сообществом могут обладать организованные группы, объединившиеся для совершения дистанционных мошенничеств или краж. Однако считаем оправданным напомнить, что лица, объединившиеся для совершения компьютерных преступлений, не всегда преследуют корыстные цели. Вместе с тем их сходство заключается в противоправном посягательстве на компьютерную информацию.

В связи с этим при формулировании статьи, предусматривающей ответственность за организацию хакерского сообщества, следует указать цель как обязательный признак. Такой целью может быть совершение преступлений в сфере компьютерной информации, что позволит отграничить киберпреступность от общеуголовной преступности, реализуемой с применением компьютерных технологий, а также от других разновидностей сообществ.

При конструировании соответствующей статьи вряд ли оправданно использовать слова «хакер» или «хакерский», поскольку действующий уголовный закон, а также иные нормативные правовые акты их не используют и не раскрывают. Законодатель, регулируя отношения, связанные с неправомерными действиями в сфере компьютерной информации, использует другие конструкции, а введение новых определений целесообразно только в тех случаях, когда применяющиеся формулировки не соответствуют новым явлениям. Полагаем, именно цель, указанная выше, поможет избежать неоправданного использования слов «хакер» или «хакерский» в уголовном законе.

Как уже отмечалось ранее, действующие редакции ст. 205⁴ и 282¹ УК РФ подвергаются аргументированной критике, связанной в основном со смещением форм соучастия. К сожалению, при конструировании статьи, предусматривающей ответственность за организацию хакерского сообщества, не избежать тех же спорных

решений, в том числе смешения таких форм соучастия, как преступное сообщество и организованная группа. В соответствии с принципами системности и языковой стандартизованности конструкции вводимых в уголовный закон статей должны соответствовать уже существующим статьям. В связи с этим предлагаемая редакция статьи не может существенным образом отличаться от ст. 205⁴ и 282¹ УК РФ. Их преобразование и устранение недостатков допустимы только одновременно, однако данную проблему следует отнести к предмету отдельного, гораздо более объемного научного исследования.

Вместе с тем полагаем возможным отказаться от термина «сообщество», поскольку именно оно сбивает с толку многих ученых и практиков (в силу его различающихся значений), а его исключение не окажет негативного влияния на правоприменение.

3. Выводы

Проведенное исследование, дополняющее уже имеющиеся научные труды, подтвердило, что организованная преступность продолжает развиваться, в том числе в области совершения деяний в цифровой среде. В отечественной и зарубежной литературе отмечается рост киберпреступлений, совершенных в различных формах соучастия, в то время как уголовное законодательство не всегда адекватно отражает регулирование существующих отношений.

Одна из существующих проблем связана с ответственностью за создание преступных формирований с целью совершения компьютерных преступлений. В зарубежном законодательстве сложились разные подходы к мерам уголовно-правового противодействия таким явлениям. В странах, относящихся к семье общего права, достаточно распространены положения, позволяющие привлекать к уголовной ответственности за любое объединение с целью совершить компьютерное преступление как за оконченное деяние. В странах континентальной правовой семьи более характерно закрепление форм соучастия в качестве квалифицирующих признаков, в том числе в составах преступления, связанных с компьютерной информацией.

В науке также сложилась дискуссия о целесообразности криминализации создания хакерских сообществ. Имеются аргументированные мнения за и против. В рамках проведенного исследования мы привели дополнительные доводы в пользу криминализации хакерских сообществ. Такое изменение в законодательстве представляется весьма актуальным и отвечающим сложившейся ситуации противодействия киберпреступности.

В УК РФ статью, предусматривающую ответственность за указанное деяние, можно разместить в гл. 28 под номером 274². Предлагаем следующую формулировку ее диспозиций:

Статья 274². Организация устойчивой группы лиц в целях совершения преступлений в сфере компьютерной информации

1. Создание устойчивой группы лиц, заранее объединившихся в целях совершения преступлений в сфере компьютерной информации, а равно руководство такой группой, ее частью или входящими в такую группу структурными подразделениями...

2. Участие в устойчивой группе лиц, заранее объединившихся в целях совершения преступлений в сфере компьютерной информации...

Предложенная рекомендация по совершенствованию уголовного закона является лишь примерной и, безусловно, нуждается в уточнении после проведения соответствующих научных изысканий. При формулировании диспозиции ст. 274² УК РФ был принят во внимание подход законодателя, который уже использовался при создании ст. 205⁴ и 282¹. Законодатель допустил противоречия между признаками террористических и экстремистских сообществ, и признаками, закрепленными в ст. 35 УК РФ. В таком случае получается, что все будущие предложения по криминализации разных видов преступных сообществ не будут соответствовать действующим статьям либо Общей части, либо Особенной части.

В свою очередь, при формулировании ст. 274² УК РФ мы вынуждены занять одну из позиций в дискуссионном вопросе, посчитав недопустимым отклонение от тех методов, которые уже были использованы и показали свою эффективность, даже если в науке обращается внимание на противоречия с положениями, закрепленными в ст. 35 УК РФ. Если использовать кардинально различающиеся способы закрепления в законе похожих явлений, то нарушается целостность уголовного закона, затрудняются квалификация и применение норм, что ведет к снижению эффективности борьбы с организованной преступностью.

Вместе с тем выбранное направление уголовно-правового противодействия организованной киберпреступности представляется правильным. Очевидно, что разработка уголовно-правовых норм, регулирующих данную сферу, должна носить комплексный и всесторонний характер. При этом желательно единство подхода со стороны не только отечественных, но и зарубежных ученых, что обусловлено транснациональным характером компьютерной преступности. В связи с изложенным надеемся, что данное исследование пробудит научный интерес иных ученых и это приведет к оптимальному решению о совершенствовании закона.

Библиография

- Абдулатипов, Абдулатип М. 2016. «Организация террористического сообщества и участие в нем (уголовно-правовые аспекты)». *Юридический вестник Дагестанского государственного университета* 18 (2): 91–99.
- Аулов, Артем Н. 2016. «Организация террористического сообщества (ч. 1 ст. 205⁴ УК РФ): вопросы уголовно-правового содержания». *Теория и практика общественного развития* 6: 101–104.
- Бегишев, Ильдар Р., Зарина И. Хисамова, Сергей Г. Никитин. 2020. «Организация хакерского сообщества: криминологический и уголовно-правовой аспекты». *Всероссийский криминологический журнал* 14 (1): 96–105.
- Глазкова, Лилия В. 2019. «Особенности современных организованных преступных групп». *Мониторинг правоприменения* 1 (30): 54–60.
- Грачева, Юлия В., Сергей В. Маликов, Александр И. Чучаев. 2020. «Предупреждение девиаций в цифровом мире уголовно-правовыми средствами». *Право. Журнал Высшей школы экономики* 1: 188–210.
- Гребенкин, Федор Б., Любовь А. Коврижных. 2017. «Некоторые проблемные вопросы объективных признаков состава преступления, предусмотренного ст. 273 УК РФ». *Вестник гуманитарного образования* 2: 71–77.
- Клименко, Юрий А. 2017. «Организация экстремистского сообщества: проблемы квалификации». *Lex Russica* 3 (124): 123–132.

- Кочои, Самвел М. 2016. «Пробелы в законодательстве о терроризме и предложения по их устранению». *Всероссийский криминологический журнал* 10 (4): 740–749.
- Мосечкин, Илья Н. 2021. «Уголовная ответственность за создание организованных групп, направленных на совершение компьютерных преступлений, по законодательству зарубежных стран». *Наука, технологии, общество — НТО-2021: сборник научных статей по материалам Всероссийской научной конференции*, 165–168. Красноярск: Красноярский краевой Дом науки и техники Российского союза научных и инженерных общественных объединений.
- Нечаев, Алексей Д. 2017. «Основания и поводы (де)криминализации». *Российский юридический журнал* 4 (115): 91–101.
- Осипенко, Анатолий Л. 2017. «Организованная преступная деятельность в киберпространстве: тенденции и противодействие». *Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России* 4 (40): 181–188.
- Пелевина, Алла В. 2017. «Ответственность за преступления в сфере компьютерной информации в странах Балтии». *Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики: материалы XIV Международной научно-практической конференции: в 4 т. Т. 2*, 245–248. Тольятти, Волжский университет имени В. Н. Татищева (институт).
- Склярков, Сергей В., Константин Н. Евдокимов. 2016. «Современные подходы к определению понятия, структуры и сущности компьютерной преступности в Российской Федерации». *Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права* 10 (2): 322–330.
- Barclay, Corlane. 2017. “Cybercrime and legislation: A critical reflection on the Cybercrimes act, 2015 of Jamaica”. *Commonwealth Law Bulletin* 43 (1): 77–107.
- Béla, Simon. 2016. “Hacktivism and its status in Hungary”. *Magyar Rendészeti* 16 (2): 161–174.
- Boddy, Matt. 2018. “Phishing 2.0: The new evolution in cybercrime”. *Computer Fraud & Security* 11: 8–10.
- Broadhurst, Roderic, Peter Grabovsky, Mamoun Alazab, Brigitte Bouhours, Steve Chon. 2014. “An analysis of the nature of groups engaged in cyber crime”. *International Journal of Cyber Criminology* 8 (1): 1–20.
- Calcara, Giulio, Peter Sund, Matti Tolvanen. 2019. *Cybercrime, law and technology in Finland and beyond*. Tampere, Police University College of Finland Publ.
- Fortes, Vinícius B., Salet O. Boff. 2017. “An analysis of cybercrimes from a global perspective on penal law”. *Revista Brasileira de Direito* 13 (1): 7–24.
- Hutchings, Alice. 2014. “Crime from the keyboard: Organised cybercrime, co-offending, initiation and knowledge transmission”. *Crime, Law and Social Change* 62 (1): 1–20.
- Jirovský, Václav, Andrej Pastorek, Max Mühlhäuser, Andrea Tundis. 2018. “Cybercrime and organized crime”. *Proceedings of the 13th International Conference on Availability, Reliability and Security — ARES 2018*. Hamburg: Association for Computing Machinery Publ. Accessed August 14, 2020. <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/3230833.3233288>.
- Karagiannopoulos, Vasileios. 2018. “Contemporary norms and law and hacktivism”. *Living with Hacktivism*, 91–142. Cham, Palgrave Macmillan.
- Lavorgna, Anita, Anna Sergi. 2016. “Serious, therefore organised? A critique of the emerging ‘cyber-organised crime’ rhetoric in the United Kingdom”. *International Journal of Cyber Criminology* 10 (2): 170–187.
- Leukfeldt, Rutger E., Anita Lavorgna, Edward R. Kleemans. 2017. “Organised cybercrime or cybercrime that is organised? An assessment of the conceptualisation of financial cybercrime as organised crime”. *European Journal on Criminal Policy and Research* 23 (3): 287–300.
- Li, Xiang. 2013. “Hacktivism and the First Amendment: Drawing the line between cyber protests and crime”. *Harvard Journal of Law & Technology* 27 (1): 302–323.
- McDaniel, Brandon. 2018. “An in-depth look into cybercrime”. *Themis: Research Journal of Justice Studies and Forensic Science* 6 (1): 148–162.
- Rose-Ackerman, Susan, Bonnie J. Palifka. 2018. “Corruption, organized crime, and money laundering”. *Institutions, Governance and the Control of Corruption*, 75–111. Cham, Palgrave Macmillan.
- Shultz, Charlotte B. 2016. “Cybercrime: An analysis of current legislation in South Africa”. LLM diss., University of Pretoria.
- Tanczer, Maria L. 2016. “Hacktivism and the male-only stereotype”. *New Media & Society* 18 (8): 1599–1615.

- Viano, Emilio C. 2016. "Cybercrime: Definition, typology, and criminalization". *Cybercrime, Organized Crime, and Societal Responses*, 3–22. Cham, Springer.
- Webber, Craig, Michael Yip. 2018. "The rise of Chinese cyber warriors: Towards a theoretical model of on-line hacktivism". *International Journal of Cyber Criminology* 12 (1): 230–254.
- Xiaobing, Li, Yongfeng Qin. 2018. "Research on criminal jurisdiction of computer cybercrime". *Procedia Computer Science* 131: 793–799.

Статья поступила в редакцию 16 августа 2020 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Мосечкин Илья Николаевич — канд. юрид. наук, доц.; weretowelie@gmail.com

Criminal liability for organizing a stable group of persons aimed at committing crimes in the field of computer information

I. N. Mosechkin

Vyatka State University,
36, ul. Moskovskaya, Kirov, 610000, Russian Federation

For citation: Mosechkin, Ilya N. 2022. "Criminal liability for organizing a stable group of persons aimed at committing crimes in the field of computer information". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 28–45. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.102> (In Russian)

The article analyzes legal problems arising in connection with the establishment of criminal liability for organizing a stable group of persons for committing crimes in the field of computer information. The urgency of this topic is due to the negative dynamics of crimes associated with computer technology and committed by criminal communities or organizations as well as the constant growth of damage from them. The author evaluates the current criminal law measures to counter organized cybercrime, identifying their shortcomings. The provisions of domestic and foreign criminal legislation were analyzed, which made it possible to identify some legal gaps and identify ways to overcome them. The article proves that the Criminal Code of the Russian Federation does not fully cover cases of the creation of organized criminal groups aimed at committing illegal activities in the field of computer information. In particular, responsibility is not differentiated between a group of persons by prior conspiracy and an organized group; the category of crimes and the absence of the purpose of making profit do not allow qualifying the act as committed by a criminal community or a criminal organization. It is advisable to recognize the very fact of the creation of illegal organized formations as a separate tort, as is done in the legislation of individual countries of the "common law" legal family, as well as in domestic norms regulating countering terrorism and extremism. It is proposed to include in the Criminal Code of the Russian Federation a norm providing for responsibility for organizing a stable group of persons aimed at committing crimes in the field of computer information. The wording of the corresponding article has been formulated, which can be used as a recommendation when improving legislation.

Keywords: computer information, computer crime, organized group, criminal community, cybercrime, public safety.

References

- Abdulatipov, Abdulatip M. 2016. "Organizing a terrorist community and participating in it (criminal-legal aspects)". *Iuridicheskii vestnik Dagestanskogo gosudarstvennogo universiteta* 18 (2): 91–99. (In Russian)

- Aulov, Artem N. 2016. "Organization of terrorist community (part 1 of the Article 205⁴ of the Russian Federation Criminal Code): Questions of criminal legal content". *Teoriia i praktika obshchestvennogo razvitiia* 6: 101–104. (In Russian)
- Barclay, Corlane. 2017. "Cybercrime and legislation: A critical reflection on the Cybercrimes act, 2015 of Jamaica". *Commonwealth Law Bulletin* 43 (1): 77–107.
- Begishev, Il'dar R., Zarina I. Khisamova, Sergei G. Nikitin. 2020. "The Organization of hacking community: Criminological and criminal law aspects". *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal* 14 (1): 96–105. (In Russian)
- Béla, Simon. 2016. "Hacktivism and its status in Hungary". *Magyar Rendészet* 16 (2): 161–174.
- Boddy, Matt. 2018. "Phishing 2.0: The new evolution in cybercrime". *Computer Fraud & Security* 11: 8–10.
- Broadhurst, Roderic, Peter Grabovsky, Mamoun Alazab, Brigitte Bouhours, Steve Chon. 2014. "An analysis of the nature of groups engaged in cyber crime". *International Journal of Cyber Criminology* 8 (1): 1–20.
- Calcara, Giulio, Peter Sund, Matti Tolvanen. 2019. *Cybercrime, law and technology in Finland and beyond*. Tampere, Police University College of Finland Publ.
- Fortes, Vinícius B., Salette O. Boff. 2017. "An analysis of cybercrimes from a global perspective on penal law". *Revista Brasileira de Direito* 13 (1): 7–24.
- Glazkova, Liliia V. 2019. "Features of modern organised criminal groups". *Monitoring pravoprimeniia* 1 (30): 54–60. (In Russian)
- Gracheva, Iuliia V., Sergei V. Malikov, Aleksandr I. Chuchayev. 2020. "Preventing deviations in the digital world by criminal law means". *Pravo. Zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki* 1: 188–210. (In Russian)
- Grebenkin, Fedor B., Liubov' A. Kovrizhnykh. 2017. "Some of the problems of objective evidence of a crime under Article 273 of the Criminal Code of Russian Federation". *Vestnik gumanitarnogo obrazovaniia* 2: 71–77. (In Russian)
- Hutchings, Alice. 2014. "Crime from the keyboard: Organised cybercrime, co-offending, initiation and knowledge transmission". *Crime, Law and Social Change* 62 (1): 1–20.
- Jirovský, Václav, Andrej Pastorek, Max Mühlhäuser, Andrea Tundis. 2018. "Cybercrime and organized crime". *Proceedings of the 13th International Conference on Availability, Reliability and Security — ARES 2018*. Hamburg, Association for Computing Machinery Publ. Accessed August 14, 2020. <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/3230833.3233288>.
- Karagiannopoulos, Vasileios. 2018. "Contemporary norms and law and hacktivism". *Living with Hacktivism*, 91–142. Cham, Palgrave Macmillan.
- Klimenko, Iurii A. 2017. "Extremist community formation: Qualification problems". *Lex Russica* 3 (124): 123–132. (In Russian)
- Kochoi, Samvel M. 2016. "Gaps in anti-terrorism legislation and proposals for bridging them". *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal* 10 (4): 740–749. (In Russian)
- Lavorgna, Anita, Anna Sergi. 2016. "Serious, therefore organised? A critique of the emerging "cyber-organised crime" rhetoric in the United Kingdom". *International Journal of Cyber Criminology* 10 (2): 170–187.
- Leukfeldt, Rutger E., Anita Lavorgna, Edward R. Kleemans. 2017. "Organised cybercrime or cybercrime that is organised? An assessment of the conceptualisation of financial cybercrime as organised crime". *European Journal on Criminal Policy and Research* 23 (3): 287–300.
- Li, Xiang. 2013. "Hacktivism and the First Amendment: Drawing the line between cyber protests and crime". *Harvard Journal of Law & Technology* 27 (1): 302–323.
- McDaniel, Brandon. 2018. "An in-depth look into cybercrime". *Themis: Research Journal of Justice Studies and Forensic Science* 6 (1): 148–162.
- Mosechkin, Ilya N. 2021. "Criminal liability for the creation of organized groups aimed at committing computer crimes under the laws of foreign countries". *Nauka, tekhnologii, obshchestvo — NTO-2021: Sbornik nauchnykh statei po materialam Vserossiiskoi nauchnoi konferentsii*, 165–168. Krasnoyarsk, Krasnoyarskii kraevoi Dom nauki i tekhniki Rossiiskogo soiuza nauchnykh i inzhenernykh obshchestvennykh ob'edinenii Publ. (In Russian)
- Nechaev, Aleksei D. 2017. "The grounds and occasions of (de)criminalization". *Rossiiskii iuridicheskii zhurnal* 4 (115): 91–101. (In Russian)
- Osipenko, Anatolii L. 2017. "Organized criminal activities in cyberspace: Trends and fighting". *Iuridiches-*

- kaia nauka i praktika: Vestnik Nizhegorodskoi akademii MVD Rossii* 4 (40): 181–188. (In Russian)
- Pelevina, Alla V. 2017. “Accountability for crimes in the field of computer information in the Baltic States”. *Tatishchevskie chteniia: Aktual’nye problemy nauki i praktiki: materialy XIV Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii*: in 4 vols. Vol. 2, 245–248. Tolyatti, Volzhskiy universitet imeni V.N. Tatishcheva (institut) Publ. (In Russian)
- Rose-Ackerman, Susan, Bonnie J. Palifka. 2018. “Corruption, organized crime, and money laundering”. *Institutions, Governance and the Control of Corruption*, 75–111. Cham, Palgrave Macmillan.
- Shultz, Charlotte B. 2016. “Cybercrime: An analysis of current legislation in South Africa”. LLM diss., University of Pretoria.
- Skliarov, Sergei V., Konstantin N. Evdokimov. 2016. “Modern approaches to the concept, structure and nature of computer crime in The Russian Federation”. *Kriminologicheskii zhurnal Baikal’skogo gosudarstvennogo universiteta ekonomiki i prava* 10 (2): 322–330. (In Russian)
- Tanczer, Maria L. 2016. “Hacktivism and the male-only stereotype”. *New Media & Society* 18 (8): 1599–1615.
- Viano, Emilio C. 2016. “Cybercrime: Definition, typology, and criminalization”. *Cybercrime, Organized Crime, and Societal Responses*, 3–22. Cham, Springer.
- Webber, Craig, Michael Yip. 2018. “The rise of Chinese cyber warriors: Towards a theoretical model of on-line hacktivism”. *International Journal of Cyber Criminology* 12 (1): 230–254.
- Xiaobing, Li, Yongfeng Qin. 2018. “Research on criminal jurisdiction of computer cybercrime”. *Procedia Computer Science* 131: 793–799.

Received: August 16, 2020
Accepted: December 10, 2021

Author’s information:

Ilya N. Mosechkin — PhD in Law, Associate Professor; weretowelie@gmail.com

Методологическая основа уголовно-процессуальных исследований

А. Ю. Афанасьев

Нижегородская академия МВД России,
Российская Федерация, 603950, Нижний Новгород, Анкудиновское шоссе, 3
Нижегородский государственный университет им. Н. И. Лобачевского,
Российская Федерация, 603022, Нижний Новгород, пр. Гагарина, 23

Для цитирования: Афанасьев, Алексей Ю. 2022. «Методологическая основа уголовно-процессуальных исследований». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 46–69. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.103>

Современная уголовно-процессуальная наука содержит множество нерешенных вопросов теоретического и методологического характера. По сей день методология уголовно-процессуальных исследований и в целом всей уголовно-процессуальной науки остается нераспознанной. Большинство ученых-процессуалистов при проведении исследований слабо ориентируются как в объекте и предмете исследования, так и в методологической основе. Основные затруднения вызваны неверным пониманием именно методологии исследования. Имеющиеся в области уголовного процесса работы подтверждают не только узость подхода в понимании методологии, но и ошибочность в трактовке и применении методов научного познания. Подобная ситуация сложилась в основном вследствие несформированности методов уголовно-процессуальной науки и ограниченной внутринаучной рефлексии. В связи с этим требуется произвести переоценку устоявшихся методологических ценностей и традиций и аргументированно предложить обновленный взгляд на методологию уголовно-процессуальной науки. В статье формируется представление о методологии науки, подвергается критическому анализу сложившаяся в уголовно-процессуальной науке методологическая основа исследований. Формулируются авторские предложения по универсальной схеме методологии и системе методов уголовно-процессуального исследования, а также приводятся логические этапы уголовно-процессуального исследования. Автор приходит к выводу о необходимости понимания методологии как пути научного познания, как результата внутринаучной рефлексии относительно организации собственной научной деятельности, об универсальности общенаучных и частнонаучных методов исследования и их восполняемости уголовно-процессуальной наукой. Кроме того, производится оценка научности уголовно-процессуальной области знаний. Приведенные в статье предложения могут лечь в основу дальнейших разработок в области уголовного процесса, а также послужить в качестве рекомендаций при формулировании методологической основы исследований.

Ключевые слова: методология, уголовно-процессуальная наука, критерии науки, методы исследования, научное познание, закономерности, рефлексия.

1. Введение

Методологию традиционно понимают тремя: 1) как совокупность методов; 2) как учение о методах; 3) как систему принципов и способов организации и построения теоретической и практической деятельности. В этом можно убедиться, обратившись к какому-либо философскому или толковому словарю либо сложившейся доктрине в области методологии, в том числе методологии науки. Например, в философском словаре М. М. Розенталя и П. Ф. Юдина методология трактуется как совокупность приемов исследования, применяемых в какой-либо науке, а также как учение о методах научного познания и преобразования мира (Розенталь, Юдин 1963, 268). На такое же значение ссылаются в философском словаре И. Т. Фролова (Фролов 2001, 329). В толковом словаре С. И. Ожегова под методологией понимается учение о научном методе вообще или о методах отдельных наук (Ожегов 2010, 292).

Аналогичное понимание проникло в науку и активно применяется исследователями всех областей научного знания. В монографиях, диссертациях, научных статьях в качестве методологической основы понимаются в основном отдельные методы научного познания, т. е. способы, приемы, позволяющие получать научно обоснованные результаты и достигать цели исследования. В действительности ситуация выглядит иначе. Зачастую исследователи, не задумываясь, один за другим переписывают методологическую часть, указанную во введении, например, к диссертациям. Тем самым содержание работы может говорить об одних реально использованных методах, а введение — о других. Но это полбеды. Гораздо существеннее непонимание не только места и значения каждого метода научного познания для конкретного исследования, но и общей классификации методов и истинного смысла методологии исследования.

Так, в диссертационных исследованиях по уголовному процессу традиционно при описании методологической основы указывают на три (иногда четыре) группы методов научного познания: общенаучные, частнонаучные, специальные. Однако подобное понимание разделяется не всеми. Что мы имеем на самом деле?

Большинство исследователей при описании методологической основы своей диссертации во главу угла ставят некий всеобщий метод научного познания — диалектического материализма. Его именуют по-разному: материалистическая диалектика (Кунашев 2019, 10), диалектический метод (Литвин 2018, 7), универсальный диалектический метод познания (Коломеец 2019, 11), диалектический метод познания (Кушнерев 2019, 9; Стрелкова 2018, 7), всеобщий диалектический метод познания (Беляев 2019, 12), диалектико-материалистический метод научного познания (Винокуров 2019, 12), диалектический метод научного познания (Кунев 2019, 14), всеобщий диалектический метод научного познания (Попова 2019, 8), всеобщий метод материалистической диалектики (Писаревский 2019, 9) и др.

Здесь явно смешение не только понятий «общий», «всеобщий», «универсальный», но и диалектического идеализма и диалектического материализма. Одни авторы якобы используют в принципе диалектический метод без разграничения на идеалистический или материалистический, не говоря уже об исторической или механистической (или любой иной) диалектике, а другие прямо указывают на диалектический материализм (материалистическую диалектику). Сам факт одномоментного применения диалектического идеализма и диалектического материализ-

ма должен ставить под сомнение обоснованность всей методологической основы. Есть и позиции, указывающие на совокупность методов научного познания, среди которых ведущее место занимает диалектический метод, и в то же время этот же метод признается общенаучным наряду с анализом и синтезом, абстрагированием и конкретизацией (Зайцев, Пастухов 2019, 753). Также имеются работы, где диалектическим признается лишь способ изучения, а основополагающим является иной метод. Например, в одной из докторских диссертаций в методологическую основу помещается сравнительный метод, необходимо предполагающий диалектическое изучение правовых систем (Стойко 2009, 8). Разумеется, имеются и работы по специальности 12.00.09, где в методологии не указывается на диалектический метод. В частности, приводятся общенаучный системный метод познания, частнонаучные методы (Логинов 2019, 8), общенаучные и частнопровые методы познания (Симагина 2019, 10), общенаучные и специально-юридические средства и способы познания (Соловьев 2019, 8–9) и др.

Однако это единичные случаи. Наиболее распространенный сценарий при описании методологии заключается в возвышении диалектического метода и дополнении его следующим:

- общенаучные и частнонаучные методы: исторический, формально-логический, сравнительно-правовой, системно-структурный, статистический, конкретно-социологические методы (анкетирование и анализ документов, обобщение прокурорской практики и включенное наблюдение) и др. (Колومهц 2019, 11);
- общенаучные методы: системно-исторический, эмпирический, формально-логический, системно-структурный, а также метод сравнительного и факторного анализа; специальные методы познания: методы уголовной статистики и социологический подход (Винокуров 2019, 12);
- общенаучные: анализ, синтез, системно-структурный и др.; и частнонаучные методы: формально-юридический, статистический анализ, социологический, метод включенного наблюдения, правового моделирования и др. (Попова 2019, 8);
- метод анализа, формально-логический, исторический, сравнительно-правовой, юридико-технический и герменевтический методы (Стрелкова 2018, 7);
- общенаучные и частнонаучные методы, такие как методы функционального анализа, историко-правового анализа, сравнительного правоведения, правовой статистики, анализа, синтеза, сравнения, моделирования, абстрагирования, лингвистического анализа, социологического опроса и др. (Писаревский 2019, 9).

Даже при самом минимальном сопоставлении можно выявить ряд существенных противоречий:

- при перечислении методов не проводится четкого разграничения между общенаучными и частнонаучными методами научного познания;
- в случае разграничения к общенаучным относят те методы, которые являются частнонаучными, и наоборот (например, системно-структурный метод указывается частнонаучным);

- специальные методы (т. е. методы истинно уголовно-процессуальной науки) не выделяются либо ошибочно указываются как специальные (например, социологический подход — метод социологии, а не уголовного процесса);
- неверно трактуется значение применяемых методов научного познания;
- обозначенные в методологической основе методы научного познания не находят соответствующего применения в тексте исследования.

Если с первыми двумя противоречиями можно так или иначе справиться, сославшись на опечатку либо авторский взгляд на тот или иной метод, то с остальными — гораздо сложнее. Основной причиной этого выступает отсутствие четко сформированных методов уголовно-процессуальной науки. Так, если учитывать, что наличие собственной методологии есть один из основных критериев научности знания, а методология сама по себе совокупность методов (наиболее популярная точка зрения на методологию), то, исходя из имеющейся доктрины, можно заключить, что уголовно-процессуальная наука и не наука вовсе.

2. Основное исследование

Уровень проводимых исследований позволяет характеризовать современное состояние уголовно-процессуальной науки как кризисное. На первый взгляд, за упущения исследователей наука уголовного процесса не в ответе, но в действительности она является полным олицетворением того, что происходит в умах ученых-процессуалистов. Хаосом назвать это нельзя, поскольку значимые для науки и практики результаты по итогам исследований имеются. Есть и предложения для развития уголовно-процессуального закона и т. д. Однако остаются существенные вопросы к методологии. Парадокс современной уголовно-процессуальной науки и, вероятно, не только ее состоит в том, что объект и предмет исследуются без понимания того, как их исследовать и что такое методология.

Методология в виде совокупности методов научного познания есть самое узкое ее понимание, способное привести науку к «зарыванию» самой в себе либо к околонучным выводам и предложениям. На самом деле для прояснения ситуации следует сформировать следующие основные вопросы:

- действительно ли методологию уголовно-процессуальной науки нужно понимать исключительно как совокупность методов научного познания или учение о методе;
- в чем состоит система методов научного познания, как следует трактовать каждый из методов и в чем типичные ошибки исследователей при их применении;
- может ли отсутствие специальных методов научного познания либо их недостаточная сформированность свидетельствовать о ненаучности соответствующей области знания;
- существует ли уголовно-процессуальная наука.

Отвечая на первый вопрос, нельзя не обратиться к доктринальным позициям, которые сформировались применительно к методологии науки и в целом к мето-

дологии. Ряд авторов относят методологию не только к научной деятельности. Например, А. М. Новиков и Д. А. Новиков указывают, что методология есть там, где есть продуктивная деятельность — объективно новое (творчество, главным образом научная деятельность) и субъективно новое (упорядочивающая деятельность, заключающаяся в установлении норм деятельности, функционирующих, в частности, в форме стандартов, законов, приказов и т. д.) (Новиков, Новиков 2007, 20). Следовательно, названные авторы отмечают, что методология свойственна практически любой деятельности, будь то профессиональная, учебная или научная. Вероятно, этот тезис может встретить возражения. Исходя из того, что мы в первую очередь затрагиваем методологию науки, оставим размышления относительно обоснованности данного утверждения для дальнейших разработок.

Что касается соотношения метода и методологии, то мы солидарны с тем, что они соотносятся так, что в методе речь идет об отношении «человек — предстоящая деятельность», а в методологии — «человек — программа деятельности» (Щедровицкий и др. 1992, 51, 64). Более того, мы полагаем, что в методологии речь идет не только о программе, но и об организации деятельности. Тем самым утверждение «методология — это учение об организации деятельности» (Новиков, Новиков 2007, 20) принимается нами как наиболее верно раскрывающее методологию применительно к науке, в том числе уголовно-процессуальной. Поэтому объяснение методологии как совокупности методов составляет лишь малую часть истинного толкования методологии как учения об организации науки. Подобное узкое значение отсекает существенную часть методологии и при неправильном применении может нанести ущерб не только отдельному исследованию, но и всей науке.

А. М. Новиков справедливо указывает, что «организовать деятельность означает упорядочить ее в целостную систему с четко определенными характеристиками, логической структурой и процессом ее осуществления — временной структурой», а деятельность — это целенаправленная активность человека (Новиков, Новиков 2007, 24). Подобное разъяснение весьма удачно переносится и в плоскость уголовно-процессуальной науки. Отсюда перейдем к ответу на второй вопрос.

Разграничение методов научного познания является следствием двух обстоятельств: во-первых, нельзя свести одни и те же методы ко всем конкретным наукам; во-вторых, метод есть движение самого содержания и не может рассматриваться вне содержания (Розенталь, Юдин 1963, 268). Существует немалое количество различных классификаций методов научного познания. Обширная научная литература в области методологии и методов научного исследования убедительно указывает на это. Одним из ключевых оснований для разграничения соответствующих методов выступают границы их применения. В данной группе можно выделить всеобщий, общенаучные, частнонаучные, специальные методы научного познания. Имеются и иные вариации. Зачастую различие строится вокруг частнонаучных и специальных методов — у одних приводятся оба метода, у других — специальные охватываются частнонаучными, а также общенаучным противопоставляются общелогические, что небесспорно.

В нашем понимании всеобщий метод означает то, что он лежит в основе всего научного познания и процесс познания строится по законам, определяемым им; общенаучные методы исходят от всеобщего и относятся ко всем областям наук; частнонаучные — берут начало от всеобщего и общенаучных методов и ведут

к отдельной отрасли науки; специальные — имеют отношение к конкретной науке, отдельной отрасли науки. Здесь стоит вспомнить и классификацию наук. Хотя в этой области также нет единого мнения, предпримем попытку усечения лишнего и акцентирования внимания на одной из устоявшихся позиций в зависимости от основных областей знаний (природа, человек, техника, общество). Покажем на примере уголовно-процессуальной науки. Восхождение начнем от частного к общему, поскольку частное нам известно — это есть уголовно-процессуальная наука (уровень специальных методов). Она, как конкретная наука, входит в отрасль юридической науки (уровень частнонаучных методов), которая, в свою очередь, относится к социальным (общественным) наукам (уровень общенаучных методов), входящим в целом в науку (уровень всеобщего метода). Данная классификация условна — начало действия и окончание того или иного уровня методов научного познания в каждом случае индивидуально. Также следует понимать, что ни на одном из уровней не перестают действовать методы более высокого уровня.

Основываясь на наиболее часто используемых в уголовно-процессуальной науке методах, представим, что входит в ту или иную их группу, и дадим краткие пояснения. В силу того, что методологическая основа отражается в основном в диссертационных исследованиях, нами были изучены 103 диссертации на соискание ученой степени по научной специальности 12.00.09, защищенные с 2018 по 2019 г. (см. таблицу). В таблице мы не обращаем внимания на ошибки авторов (о них мы поговорим чуть ниже) в интерпретации того или иного метода и его места в общей системе, а лишь указываем на частоту отражения в методологической основе, а также на те методы, которые не называются авторами в исследованиях.

Таблица. Методы в уголовно-процессуальных исследованиях

№ п/п	Наименование метода (подхода)	Краткое объяснение	Количество указаний в методологической основе исследований
1. Всеобщий метод (его разновидности лежат в основе всего научного познания; процесс познания строится по законам, определяемым им)			
1.1	Диалектический	изучение и понимание объектов в их действительном изменении и развитии через критику и противоречия	68
1.2	Диалектический материализм (материалистическая диалектика)	исследование объекта на основе онтологической первичности материи относительно сознания	13
1.3	Восхождение от абстрактного к конкретному	движение теоретической мысли ко все более полному, всестороннему и целостному воспроизведению предмета	5
1.4	Философский	представление и изучение объектов на высшем уровне абстракции	4
1.5	Догматический	восприятие окружающего мира через призму догм — раз и навсегда принятых убеждений, недоказуемых, «данных свыше» и носящих абсолютный характер	3

№ п/п	Наименование метода (подхода)	Краткое объяснение	Количество указаний в методологической основе исследований
1.6	Диалектический идеализм (идеалистическая диалектика)	исследование объекта на основе онтологической первичности сознания относительно материи	0
1.7	Метафизический	изучение и понимание объектов абстрагированно, в статике, вне их изменения и развития	0
2. Общенаучные подходы и методы (исходят от всеобщего и относятся ко всем областям наук)			
2.1	Синтез	мысленное формирование целого из составных частей	66
2.2	Анализ	мысленное расчленение целого на составные части	64
2.3	Формально-логический (логический)	логические умозаключения и обоснования разных суждений при проведении исследования	45
2.4	Системный	рассмотрение объекта как системы, как целостного комплекса взаимосвязанных элементов	40
2.5	Системно-структурный	использование последовательности действий по установлению структурных связей между переменными или элементами исследуемой системы	26
2.6	Дедукция	мысленное выведение единичного из общего	24
2.7	Индукция	мысленное наведение от единичного к общему	23
2.8	Структурно-функциональный	описание и объяснение систем, при котором исследуются их элементы и зависимости между ними в рамках единого целого	22
2.9	Моделирование	исследование объектов познания на их моделях	19
2.10	Наблюдение (включенное наблюдение)	целенаправленное и организованное восприятие и регистрация поведения изучаемого объекта	15
2.11	Абстрагирование	мысленное отвлечение от ряда свойств и отношений изучаемых явлений	13
2.12	Аналогия	перенос умозаключений и наблюдений из одной сферы в другую, менее доступную	9
2.13	Обобщение	аккумулирование на основе установленных общих свойств и признаков предмета	9

№ п/п	Наименование метода (подхода)	Краткое объяснение	Количество указаний в методологической основе исследований
2.14	Сравнение	сопоставление двух и более объектов, выделение в них общего и различного с целью классификации и типологии	9
2.15	Гипотеза	вынесение предположений и их проверка с целью подтверждения либо опровержения	5
2.16	Сопоставление	см. «Сравнение»	5
2.17	Экстраполяция	распространение / перенос исследовательских выводов из одной области в другую	3
2.18	Герменевтический	понимание через постижение смыслов и значения знаков	3
2.19	Деятельностный	рассмотрение знания под углом порождающих его структур и особенностей деятельности	2
2.20	Прогнозирование	мысленное представление возможных вариантов развития процессов и явлений	2
2.21	Классификация	разбиение совокупности объектов на отдельные схожие (однотипные) между собой классы	2
2.22	Систематизация	исследуемые объекты организуются в некую систему на базе выбранного принципа	2
2.23	Описание	процедура сбора, первичного анализа и изложения данных и их характеристик	2
2.24	Аксиологический	изучение объекта через систему ценностей	2
2.25	Телеологический	объяснение развития с помощью конечных, целевых причин	2
2.26	Генетический	изучение возникновения, происхождения и становления развивающихся явлений	1
2.27	Конкретизация	представление объекта в конкретной, наглядной форме	1
2.28	Идеализация	мысленное конструирование понятий об объектах, не существующих и не осуществимых в действительности	0
3. Частнонаучные методы (берут начало от всеобщего и общенаучных методов и ведут к отдельной отрасли науки)			
3.1	Сравнительно-правовой	изучение правовых систем различных государств путем сопоставления одноименных государственных и правовых институтов, их основных принципов и категорий	83

№ п/п	Наименование метода (подхода)	Краткое объяснение	Количество указаний в методологической основе исследований
3.2	Социологический (конкретно-социологический)	изучение объектов как социальных явлений приемами и средствами социологии	71
3.3	Статистический	приемы и средства изучения статистических данных	64
3.4	Исторический	изучение объекта в становлении и хронологическом развитии	40
3.5	Формально-юридический	определенная система обработки и анализа действующих норм права и существующей юридической практики	33
3.6	Историко-правовой	изучение государственных и правовых явлений, процессов, институтов в их историческом развитии	31
3.7	Юридико-технический	применение особых правил при выработке и систематизации нормативно-правовых актов для обеспечения их совершенства	10
3.8	Правовое моделирование	исследование объектов юридической науки на основе построения правовых моделей	10
3.9	Исследование (анализ) документов	сбор данных в ходе проведения исследований, основанный на применении информации, зафиксированной в документах различных форм	8
3.10	Юридическая интерпретация	толкование юридических документов и использование его результатов в исследовании	6
3.11	Сравнительно-исторический	сравнение общего и особенного в развитии разных стран и народов	5
3.12	Математический	количественное изучение и анализ состояния и/или поведения объектов и систем	3
3.13	Логико-юридический	формирование логических умозаключений из толкования тех или иных признаков норм	3
3.14	Правовое прогнозирование	мысленное представление возможных вариантов развития правовых процессов и явлений	2
3.15	Логико-языковой (логико-лингвистический)	изучение логической основы текста исходя из его языковой особенности	2
3.16	Грамматический	уяснение смысла правового предписания путем грамматического, лексического, семантического анализа текста предписания	1

№ п/п	Наименование метода (подхода)	Краткое объяснение	Количество указаний в методологической основе исследований
4. Специальные методы (имеют отношение к конкретной науке отдельной отрасли науки)			
4.1	Обобщение и изучение следственной и судебной практики	аккумулирование следственной и судебной практики на основе установленных общих свойств и признаков предмета	3
4.2	Программированное изучение правоприменительной практики	использование компьютерных программ для обобщения и анализа правоприменительной практики	2

Составлено по: Официальный сайт ВАК при Минобрнауки России. Дата обращения 16 июня, 2020. https://vak.minobrnauki.gov.ru/adverts_list#tab=_tab:advert~.

Методологическую основу уголовно-процессуальных исследований, несмотря на весьма обширный перечень, можно представить из совокупности следующих наиболее часто применяемых методов: всеобщие — диалектический; общенаучные — синтез, анализ, формально-логический (логический), системный подход, системно-структурный, дедукция, индукция, структурно-функциональный подход; частнонаучные — сравнительно-правовой, социологический (конкретно-социологический), статистический, исторический, формально-юридический, историко-правовой. Таким образом, методологическая основа современной уголовно-процессуальной науки имеет шаблонный характер и заключается в основном в диалектическом методе научного познания и исходящих от него классических общенаучных методах и подходах, а также частнонаучных методах социогуманитаристики. Последние при этом перекрывают все частноюридическое начало. Лишь отдельные работы по уголовному процессу содержат упоминания о чисто юридических методах (например, юридико-техническом), остальные сформированы путем слияния методов общенаучных либо иных наук. Вероятно, в этом есть определенная логика.

Что касается методологической основы конкретных уголовно-процессуальных исследований, то там не все обстоит благополучно. Зыбкость процесса научного познания избавляет современных исследователей от обязанности точного понимания и верного применения методов научного исследования. Становится практически нереальным выявление признаков того или иного метода научного познания в витиеватых и сложных текстах работ монографического характера. Дело осложняется отсутствием единого мнения относительно значения каждого из методов и их места в общей системе методов и в процессе познания в целом. В подобных условиях большинство авторов ограничивается упоминанием лишь части методов научного познания, происходит сплошная универсализация методологической основы уголовно-процессуальных исследований.

Изучение значительного массива работ монографического характера по уголовному процессу позволяет представить обобщенные результаты в виде отрицательных и положительных примеров. Начнем с отрицательных.

Так, в одной из работ, вероятно, следуя правилу «если не разграничивать методы научного познания между собой, вопросов будет меньше», при описании ме-

тодологической основы приводится следующая формулировка: «...комплекс общенаучных и специальных методов исследования: диалектический, исторический, формально-логический, сравнительно-правовой, структурно-системный и другие методы научного исследования» (Угренинова 2018, 7). Как можно заметить, в этом «комплексе» смешались методы всеобщего, общенаучного, частнонаучного уровня, но специальные так и не были названы. Разумеется, это не единственные работы с такой методологической основой (Медведева 2018, 10).

Есть исследования, которые к общенаучным методам относят сравнительно-правовой — частнонаучный метод, а к частнонаучным, наоборот, общенаучные — формально-логический, системно-структурный (Машовец 2018, 15); указывают методы, которые не нашли отчетливого применения в работе (например, метод наблюдения (Никифоренко 2018, 10)); при описании методологической основы и путей применения конкретных методов обходят стороной отдельные из них, вероятно, не понимая как сущности, так и содержания соответствующих методов (например, структурно-функциональный (Нгуен 2018b, 9)).

Некоторые настолько увлекаются описанием методологической основы, что один и тот же метод указывают и как общенаучный, и как частнонаучный, например логический (Шишов 2019, 9). Другим авторам в методологической основе вместо исторического метода следовало бы указать на метод историко-правовой, поскольку в диссертации исследованы становление и развитие соответствующего законодательства (Карпушов 2018, 11). Третьи, несмотря на тематику исследования, уделяют методологической основе слабое внимание и ошибочно к методам юридической науки наряду с сравнительным правоведением относят такие, как системно-структурный (общенаучный метод), исторический (частнонаучный метод исторической науки (Зазулин 2018, 9)).

Имеются работы, в которых, несмотря на весьма наглядную демонстрацию применения методов научного познания, допущены достаточно стандартные ошибки. Вероятно, именно наглядность их отображения, которой так усердно избегают большинство исследователей, и привела к подобному последствию. За смелость приходится платить. В частности, в одной из диссертаций привлекает внимание тот факт, что автор отнес к специальным методам общенаучные (функциональный, системный, сравнительный) и частнонаучные (статистический, математический, конкретно-социологический, сравнительно-правовой) (Гуськова 2018, 10–11). В то же время при описании методов исследования на конкретных примерах и непосредственном их применении автором допущен ряд неточностей:

- применение метода аналогии сводится к сравнению содержания функции переводчика на территории РФ и на территории иностранных государств, а также сравнению моделей профессиональных переводчиков, сложившихся в различных правовых системах; в действительности в такой интерпретации речь должна идти о сравнительном методе, который, в свою очередь, уже был применен автором практически для этих же целей (для сравнения законодательства различных стран); в случае с аналогией следовало бы прибегнуть не к прямому сравнению, а к переносу умозаключений или наблюдений из одной сферы в другую, менее доступную;
- метод анализа использован для определения места функции переводчика в комплексе основных, вспомогательных и факультативных функций уго-

ловного процесса, хотя в отношении данного объекта должен был применяться системный подход; в то же время автор при описании «системного метода» указывает практически на тот же объект научного познания — функцию переводчика, ее место в системе других функций уголовного процесса.

Аналогичная систематизация методов и, соответственно, те же ошибки содержатся в другой диссертации (Царева 2018, 11).

Немалое количество неточностей обнаруживается еще в одной диссертации, начиная от наименований методов и групп методов, заканчивая их направлением применения в работе: указывается, что понятийный аппарат выработан исключительно методом абстрагирования, что в принципе невозможно; историко-правовой метод, необходимый для исследования уголовно-процессуального законодательства, подменяется чисто историческим методом; социологический метод, ошибочно указываемый специальным методом, неверно приводится как единственный метод для количественно-качественного анализа эмпирического материала, поскольку здесь следовало бы обратиться как минимум и к статистическому, и математическому методам, что подтверждается в тексте исследования, где приводятся количественные показатели результатов опроса и т. д. (Гарусов 2018, 8). Ухудшает ситуацию и то, что авторы зачастую копируют вместе с чужой методологической основой и их ошибки. Например, ошибки из предыдущей работы полностью перекочевали в исследование другого автора (Долгаев 2018, 9).

Очевидно, присутствуют и работы, методологическая основа которых может послужить в качестве положительного примера.

В одной из диссертаций, несмотря на ограниченный характер описания методологической основы, автором весьма верно объяснены и соответственно применены отдельные подходы и методы (Адаменко 2018, 10–11). Например, указывается, что деятельностный подход использован при разработке структуры и основных компонентов уголовно-процессуальной деятельности, а уже системный подход — при объяснении и характеристике связи компонентов уголовно-процессуальной деятельности. Здесь можно обнаружить четкое разграничение этих двух подходов.

Также имеются труды с верным пояснением применения иных методов научного познания: например, формально-юридический метод — формулирование авторского определения процессуальной самостоятельности следователя, выявление его признаков, толкование содержания правовых предписаний (Огородов 2017, 9); метод моделирования — формулирование модели решения задач, поставленных перед судом на завершающем этапе производства в суде первой инстанции (Разяпова 2018, 8); формально-юридический метод — анализ содержания текстов нормативно-правовых актов, регулирующих порядок реализации субъективных прав обвиняемым в уголовно-процессуальных правоотношениях (Желева 2018, 8); методы дедукции и индукции — рассмотрение динамики уголовно-процессуальных отношений, связанных с избранием, применением, изменением и отменой меры пресечения в виде присмотра (Ерофеева 2018, 8); формально-логический метод — анализ элементов понятия и значения прекращения уголовного дела или прекращения уголовного преследования (Ченцов 2018, 9).

Несмотря на общие вопросы к методологической основе, ряд авторов отличился основательностью при описании отдельных методов. Например, в одной ра-

боте с весьма усеченным описанием методологической основы, в том числе без упоминания специальных методов, весьма верно приведены общенаучные и частнонаучные методы исследования (Коновалов 2018, 7), в другой — без какого-либо разграничения достаточно солидно охарактеризован каждый из использованных методов (Потапов 2019, 9–10).

Есть диссертации, в которых авторы не прибегали к диалектическому методу как всеобщему, заменяя его системным подходом (Козубенко 2018, 14; Нгуен 2018а, 9).

Наличие специальных методов, как уже было отмечено, указывает на то, что в соответствующей области научного знания имеются свойственные только ей методы научного познания. В паспорте научной специальности 12.00.09 ничего не говорится о специальных методах. Так, в нем приводятся принципы: развития предмета исследования, его логической определенности, исторической конкретности и диалектической связи между логическим и историческим способами познания, системности и всесторонности исследования; общенаучные подходы: системный, генетический, деятельностный; методы анализа и синтеза, теоретического моделирования, культурно-исторического анализа, исторической реконструкции, аналогии, экстраполяции, юридической интерпретации и другие исследовательские средства современной социогуманитаристики¹, якобы образующие методы уголовно-процессуальных исследований.

Также в десятках изученных диссертаций не обнаружены соответствующие специальные методы, если не говорить о тех, которые именуется так ошибочно, а на самом деле при их упоминании указываются частнонаучные или даже общенаучные. Например, к специальным методам относят системный подход (является общенаучным), статистический, математический (являются частнонаучными (Царева 2018, 11)), функциональный подход, системный, сравнительный (выступают общенаучными), статистический, математический, конкретно-социологический (выступают частнонаучными (Гуськова 2018, 10–11)). И таких примеров множество. Уголовно-процессуальная наука так и не разработала соответствующих специальных методов научного познания, которые относятся исключительно к ней самой. Разумеется, такие попытки были. Например, «анализ материалов судебно-следственной практики» зачастую относят к якобы специальным методам, однако это лишь разновидность такого общенаучного метода, как анализ. Некоторые меняют формулировку и указывают на «изучение материалов судебно-следственной практики» в качестве специального метода, но от этого сущность не меняется, метод остается одним из видов анализа. До настоящего времени каких-либо весомых предложений относительно специальных методов так и не поступило. Вероятно, уголовно-процессуальная наука их и не содержит. По крайней мере, ее текущее состояние не демонстрирует их наличия. В большинстве случаев уголовно-процессуальная специфика лишь накладывается на общенаучные и частнонаучные методы научного познания.

Несмотря на то что мы столкнулись с отсутствием четко структурированной системы методов уголовно-процессуальной науки, а также совокупности специ-

¹ Паспорт научной специальности 12.00.09 «Уголовный процесс». Дата обращения 10 апреля, 2020. <https://vak.minobrnauki.gov.ru/uploader/loader?type=18&name=2192110001&f=1094>.

альных методов научного познания, говорить об отсутствии методологии уголовно-процессуальной науки нельзя. Это объясняется следующим.

Во-первых, отсутствие специальных методов не свидетельствует о полном отсутствии методов науки. Об этом же говорят наиболее общие и устойчивые условия применения методов научного познания:

- каждый метод применяется не изолированно;
- ни один метод не является панацеей;
- в зависимости от конкретных условий каждый метод модифицируется;
- методы могут переноситься в различные сферы;
- любой метод используется эффективно только в его целостности (Липчиу, Липчиу 2013, 76–79).

Тем самым любой метод, будь то общенаучный или частнонаучный, в каждой науке, в том числе уголовно-процессуальной, имеет специфику и применяется по-своему. Это отчетливо проявляется, например, когда в отдельном уголовно-процессуальном исследовании используется общенаучный (например, функциональный — при исследовании функций уголовного процесса) или же частнонаучный (например, сравнительно-правовой — при сравнении уголовно-процессуального законодательства разных исторических периодов или разных государств) метод. Отсутствие специальных методов может компенсироваться за счет помещения специального смысла в общенаучные и частнонаучные методы. Это происходит по аналогии с восполнением уголовно-процессуальной науки различными общими и частными теориями (среди которых теории познания, отражения, информации, функционализма, дифференциации, рисков и т. д.).

Во-вторых, методология больше чем просто совокупность методов или учение о методе. Методология науки есть учение об организации научной деятельности, она представляет собой своего рода путь научного познания, стратегию решения научной проблемы. Методология демонстрирует то, как происходит научное исследование. Так называемая внутринаучная рефлексия, которая, по сути, и есть методология, показывает, что происходит внутри каждой науки и каждого исследования. Именно с помощью нее автор указывает на то, чем его путь отличается от другого пути научного познания, и здесь же можно проследить соответствие полученных им результатов критериям научности. Тем самым в каждом исследовании имеется собственная методология, но при этом есть и универсальная для всей науки, например уголовно-процессуальной. Методология уголовно-процессуальной науки, обусловленная уголовно-процессуальной деятельностью по применению уголовно-процессуального закона, определяет всю парадигму этой науки. Специфика этой методологии исходит из закономерностей уголовно-процессуальных правоотношений, уголовно-процессуальной деятельности и развития уголовно-процессуального закона. Тем самым такой путь научного познания становится уникальным и непохожим ни на один другой. Объект и предмет уголовно-процессуальной науки определяют ее методологию, и наоборот. Вопрос лишь в уровнях методологии. В действительности мы можем сталкиваться с методологией уровня методов (примитивный уровень — используются различные методы без понимания не только их значения, но и места в исследовании), уровня подражания (средний уровень — автор экстраполирует уже разработанный путь научного познания

на собственное исследование) и уровня созидания (высший уровень — автор от постановки научной проблемы до ее разрешения прокладывает собственный путь научного познания).

Существуют различные варианты построения научного исследования. А. М. Новиков и Д. А. Новиков предлагают выстраивать указанный «путь» в виде универсальной «схемы методологии», которая включает в себя:

- характеристики деятельности (особенности, принципы, условия, нормы деятельности);
- логическую структуру деятельности (субъект, объект, предмет, формы, средства, методы, результат деятельности);
- временную структуру деятельности (фазы, стадии, этапы деятельности) (Новиков, Новиков 2007, 24).

Как можно заметить, такая методология в самом широком смысле включает в себя и объект, и предмет, и методы деятельности. Насколько эта «схема» универсальна и применима для уголовно-процессуальной науки, покажет конкретное исследование в области науки уголовного процесса. На этом этапе лишь обозначим, что указанная «схема методологии» как минимум способна продемонстрировать путь научного исследования. Покажем на примере логической структуры: субъект — лицо, обнаружившее научную проблему, выделяет в ней определенный объект, а в объекте — предмет (закономерности объекта), определяет формы, средства и методы изучения избранного предмета и применяет их, а далее получает результат — решение задач и достижение цели научного исследования. Более кратко это выглядит следующим образом: постановка научной проблемы — выдвижение гипотез — применение методов научного познания для проверки гипотез — получение научно обоснованного результата — применение результата на практике. Подобный исследовательский сценарий с определенными изъятиями и дополнениями уже лег в основу множества фундаментальных трудов по уголовному процессу (см., напр.: Поляков 2002; Головки 2003). Такая же схема применялась и в современных исследованиях (см., напр.: Андреева и др. 2018; Андреева, Трубникова 2019; и др.).

Не меньшее значение должно отводиться и характеристике деятельности, и временной структуре. Например, А. Ф. Лубин, помимо использования убедительной логической структуры, весьма наглядно и успешно продемонстрировал временную структуру криминалистического исследования механизма преступной деятельности, обозначив три этапа исследования:

- работа по изучению практики расследования различных видов и групп преступлений с упором на гипотезу о том, что криминалистические характеристики применяются некорректно;
- разработка гипотезы о методологической уязвимости научного подхода к формированию криминалистических характеристик преступной деятельности;
- разработка общенаучной базы исследования, формирование и апробирование авторской модели механизма преступной деятельности, построение методологической программы ее исследования и т. д. (Лубин 1997, 11).

Временная структура, как, впрочем, и характеристика научного исследования, — вещь сугубо авторская, индивидуальная. Логическая структура исследования также уникальна, однако у нее есть и те признаки, которые могут быть универсальны для всей уголовно-процессуальной науки. В частности, проектирование исследования, концептуализация и моделирование исследования, конструирование исследования, проведение исследования, применение результатов исследования могут относиться к любому серьезному исследованию. Наполнение же индивидуально. Именно степень погружения в собственное исследование указывает на уровень методологии.

Данная «схема методологии» не претендует на безусловность и исключительность. Однако имеются и преимущества: она позволяет проследить авторский путь научного исследования, начиная от формирования предпосылок исследования и постановки проблемы и заканчивая применением авторской модели решения научной проблемы на практике; она может быть универсализирована. Кроме этого, в указанной схеме прослеживается, на каком этапе применяется тот или иной метод научного познания.

Таким образом, приближаясь к последнему вопросу, следует заявить, что имеющаяся методологическая основа уголовно-процессуальной науки, несмотря на ее дефектный и ограниченный характер, включая несформированность специальных методов, не указывает на отсутствие самой уголовно-процессуальной науки. На ее отсутствие не указывают и ошибки, допускаемые учеными-процессуалистами при формулировании методологической основы. Об этом говорят лишь результаты, к которым приходят исследователи, а также путь научного познания и используемые методы. В этом плане выступает справедливо, что методология уголовно-процессуальной науки, да и в целом юридической науки, должна сводиться главным образом к применению в целях научного познания, с одной стороны — методов социально-гуманитарных наук, с другой — количественных методов. Данное обстоятельство объясняется следующим: 1) общественные отношения и общественное поведение лежат в основе предмета уголовно-процессуальных и в целом юридических исследований, а это уже социально-гуманитарная сфера; 2) описательные методы не могут привести к объективным, достоверным, проверяемым, а самое главное — к новым знаниям по результатам исследования (действительность в виде правила «текст рождает текст и ничего более» не имеет будущего); 3) эмпирические методы придают результатам исследований обоснованность, убедительность и определяют ценность получаемых результатов. Об этом свидетельствуют и набор наиболее часто используемых в уголовно-процессуальных исследованиях методов научного познания, и прошедшее проверку утверждение, согласно которому юридическая наука есть только там, где для исследования социально-правовых явлений и процессов используются социологический подход и эмпирические методы (М. Вебер, И. Бентам, Р. Познер, В. Н. Кудрявцев и др.).

Сплошное повествование не способствует ни решению исследовательских задач, ни достижению цели. Достаточно обратиться к работам, в которых нет ни постановки проблемы с обращением к показателям объективной действительности, ни последующего решения с применением количественных данных, полученных из статистики, результатов опроса, математического многомерного анализа и др. Выводы, полученные таким образом, неубедительны, оставляют сомнения отно-

нительно их достоверности, получаемые знания статичны и неverifiedируемы. Подобные знания не отвечают критериям научности, а, следовательно, область, в которой они образуются, нельзя именовать наукой. Это относится как к уголовно-процессуальной науке, так и ко всей юриспруденции. Обратим внимание на принципиальные условия признания и сохранения научности уголовно-процессуальной области знаний, важные для исследователей:

- следует четко ориентироваться в объекте, предмете и методах всей уголовно-процессуальной науки и собственного исследования, знать, какой именно метод научного познания пригоден для избранного предмета исследования и приводит к конкретному результату;
- избегать теоретизации исследования и дублирования уже имеющихся в уголовно-процессуальной науке результатов;
- избирать предмет исследования либо на стыке с другими науками, в том числе естественными, либо с постоянным обращением к ним с целью исключения изолированности получаемых выводов и предложений;
- стремиться к выявлению и изучению закономерностей объекта уголовно-процессуального исследования во взаимосвязи с экономическими, социальными, политическими и иными явлениями, процессами и институтами;
- применять методы, соответствующие объекту и предмету исследования, с упором на те, которые позволяют произвести количественную характеристику изучаемых явлений, процессов, институтов;
- стремиться к обнаружению и разработке специальных методов уголовно-процессуальной науки, которые до настоящего времени не имеют соответствующего очертания.

Разумеется, нельзя заявить, что уголовно-процессуальная или даже вся юридическая наука исчезнет в случае несоблюдения обозначенных условий. Однако отсутствие методологических ориентиров и установок вполне может привести к выхолащиванию любой области научного знания и в конечном счете к оскудению результатов проводимых исследований.

3. Выводы

Методологическая основа современной уголовно-процессуальной науки имеет шаблонный характер и содержит дефекты. Набор таких ошибок и неточностей демонстрирует, с одной стороны, слаборазвитость самой методологии уголовно-процессуальной науки, с другой — недостаточное внимание авторов к ее формулированию и применению конкретных методов. В уголовно-процессуальных исследованиях прослеживается непонимание не только места и значения каждого метода научного познания для конкретного исследования, но и общей классификации методов и истинного смысла методологии исследования. Различные упущения и противоречия происходят в том числе от смешения уровня методов научного познания.

Методологию уголовно-процессуальной науки следует понимать как результат внутринаучной рефлексии организации самой науки уголовного процесса.

Подобное толкование предполагает значительную корректировку устоявшегося подхода к методологической основе. Методы научного познания в уголовно-процессуальной науке — это лишь часть методологии, с помощью которой происходит изучение закономерностей уголовно-процессуальной деятельности по применению уголовно-процессуального закона для разрешения уголовно-правового спора. Разграничение методологии необходимо проводить на трех уровнях: методов, подражания и созидания. Современное состояние методологии уголовно-процессуальной науки сводится к применению методов социально-гуманитарных наук и количественных методов.

Универсальная схема методологии уголовно-процессуального исследования такова: постановка научной проблемы — выдвижение гипотез — применение методов научного познания для проверки гипотез — получение научно обоснованного результата — применение результата на практике. Логическими этапами исследования выступают проектирование, концептуализация и моделирование, конструирование, проведение, применение результатов исследования.

Для признания и сохранения научности уголовно-процессуальной области знаний следует четко ориентироваться в объекте, предмете и методах всей уголовно-процессуальной науки и собственного исследования, а также учитывать ряд других методологических установок и условий.

Библиография

- Адаменко, Игорь Е. 2018. «Уголовно-процессуальная деятельность: системообразующие основания и компоненты». Дис. ... д-ра юрид. наук, Нижегородская академия МВД России.
- Андреева, Ольга И., Виктор Н. Григорьев, Олег А. Зайцев, Татьяна В. Трубникова. 2018. «Злоупотребление правом, его предупреждение и пресечение в уголовном процессе России: некоторые итоги исследования». *Всероссийский криминологический журнал* 12.6: 914–924. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2018.12\(6\).914-924](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2018.12(6).914-924).
- Андреева, Ольга И., Татьяна В. Трубникова. 2019. «Принятие судом решения о наличии в деянии лица злоупотребления правом и его последствия». *Вестник Томского государственного университета* 438: 194–200. <https://doi.org/10.17223/15617793/438/26>.
- Беляев, Максим В. 2019. «Судебные решения в российском уголовном процессе: теоретические основы, законодательство и практика». Дис. ... д-ра юрид. наук, Университет прокуратуры Российской Федерации.
- Винокуров, Лев В. 2019. «Процессуальные основы взаимоотношений участников уголовного судопроизводства со стороны обвинения и суда на стадии предварительного расследования». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова.
- Гарусов, Андрей В. 2018. «Оценка показаний участников уголовного судопроизводства, заинтересованных в исходе дела». Дис. ... канд. юрид. наук, Санкт-Петербургский университет МВД России.
- Головко, Леонид В. 2003. «Альтернативы уголовному преследованию как форма процессуальной дифференциации: современные тенденции развития». Дис. ... д-ра юрид. наук, Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова.
- Гуськова, Анна В. 2018. «Функция переводчика в уголовном процессе». Дис. ... канд. юрид. наук, Нижегородская академия МВД России.
- Долгаев, Виктор В. 2018. «Протоколы следственных действий и иные документы как источники доказательств в уголовном судопроизводстве». Дис. ... канд. юрид. наук, Санкт-Петербургский университет МВД России.
- Ерофеева, Виктория А. 2018. «Присмотр за несовершеннолетним подозреваемым, обвиняемым в уголовном судопроизводстве». Дис. ... канд. юрид. наук, Академия управления МВД России.

- Желева, Ольга В. 2018. «Злоупотребление обвиняемым субъективными правами в ходе предварительного расследования: понятие, виды и пути его преодоления». Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, Национальный исследовательский Томский государственный университет.
- Зазулин, Анатолий И. 2018. «Правовые и методологические основы использования цифровой информации в доказывании по уголовному делу». Дис. ... канд. юрид. наук, Уральский государственный юридический университет.
- Зайцев, Олег А., Павел С. Пастухов. 2019. «Формирование новой стратегии расследования преступлений в эпоху цифровой трансформации». *Вестник Пермского университета. Юридические науки* 46: 752–777. <https://doi.org/10.17072/1995-4190-2019-46-752-777>.
- Карпушов, Михаил А. 2018. «Правовое обеспечение представительства в досудебном уголовном судопроизводстве». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский университет МВД России им. В. Я. Кикотя.
- Козубенко, Юрий В. 2018. «Уголовно-процессуальные аспекты межотраслевого механизма уголовно-правового регулирования». Дис. ... д-ра юрид. наук, Уральский государственный юридический университет.
- Коломеец, Елена В. 2019. «Использование прокурором средств реагирования в досудебном производстве». Дис. ... канд. юрид. наук, Университет прокуратуры Российской Федерации.
- Коновалов, Сергей Г. 2018. «Элементы германской модели досудебного производства в уголовном процессе постсоветских государств». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский государственный юридический университет им. О. Е. Кутафина (МГЮА).
- Кунашев, Маррат А. 2019. «Усмотрение следователя в уголовном судопроизводстве». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский университет МВД России им. В. Я. Кикотя.
- Кунев, Денис А. 2019. «Противодействие перемещению преступных активов за рубеж и их возврат в российскую федерацию: уголовно-процессуальные аспекты». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский государственный институт международных отношений (университет).
- Кушнерев, Вячеслав И. 2019. «Реализация принципа разумного срока уголовного судопроизводства в нормах, регулирующих процессуальные сроки в досудебном производстве». Дис. ... канд. юрид. наук, Академия управления МВД России.
- Липчиу, Нина В., Кирилл И. Липчиу. 2013. *Методология научного исследования*. Краснодар: КубГАУ.
- Литвин, Илья И. 2018. «Современные технические средства и проблемы их применения в доказывании на досудебных стадиях уголовного судопроизводства». Дис. ... канд. юрид. наук, Уральский государственный юридический университет.
- Логинов, Николай А. 2019. «Обеспечение права на защиту в стадии возбуждения уголовного дела в Российской Федерации и иных государствах — членах СНГ». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский государственный институт международных отношений (университет).
- Лубин, Александр Ф. 1997. «Методология криминалистического исследования механизма преступной деятельности». Дис. ... д-ра юрид. наук, Нижегородский юридический институт МВД России.
- Машовец, Асия О. 2018. «Теоретическая модель правовой организации судебного следствия в уголовном процессе Российской Федерации». Дис. ... д-ра юрид. наук, Уральский государственный юридический университет.
- Медведева, Мария О. 2018. «Уголовно-процессуальная форма информационных технологий: современное состояние и основные направления развития». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский университет МВД России им. В. Я. Кикотя.
- Нгуен, Ван Тиен. 2018а. «Возмещение вреда, причиненного преступлением, в досудебном производстве: сравнительно-правовое исследование по материалам Российской Федерации и Социалистической Республики Вьетнам». Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, Московский университет МВД России им. В. Я. Кикотя.
- Нгуен, Тхи Нгок Иен. 2018б. «Доказательства и доказывание в уголовном процессе социалистической Республики Вьетнам и Российской Федерации: сравнительно-правовое исследование». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский университет МВД России им. В. Я. Кикотя.
- Никифоренко, Юлия Л. 2018. «Осуществление уголовного преследования в упрощенных формах: доктрина, законодательная техника и правоприменительная практика». Дис. ... канд. юрид. наук, Нижегородская академия МВД России.

- Новиков, Александр М., Дмитрий А. Новиков. 2007. *Методология*. М.: СИНТЕГ.
- Огородов, Антон Н. 2017. «Процессуальная самостоятельность следователя в уголовном судопроизводстве». Дис. ... канд. юрид. наук, Университет прокуратуры Российской Федерации.
- Ожегов, Сергей И. 2010. *Толковый словарь русского языка*. 26-е изд., испр. и доп. М.: Оникс; Мир и Образование.
- Писаревский, Илья И. 2019. «Обоснованность и мотивированность приговора в российском уголовном процессе». Дис. ... канд. юрид. наук, Национальный исследовательский Томский государственный университет.
- Поляков, Михаил П. 2002. «Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности». Дис. ... д-ра юрид. наук, Нижегородская академия МВД России.
- Попова, Людмила В. 2019. «Особенности уголовно-процессуального регулирования досудебного производства по уголовным делам об экономических преступлениях, совершенных в сфере предпринимательской деятельности». Дис. ... канд. юрид. наук, Волгоградская академия МВД России.
- Потапов, Денис В. 2019. «Проблемы взаимодействия следователя, руководителя следственного органа и прокурора в досудебном производстве по уголовному делу». Дис. ... канд. юрид. наук, Академия управления МВД России.
- Разяпова, Лилия М. 2018. «Деятельность суда после провозглашения решения, завершающего рассмотрение уголовного дела в суде первой инстанции». Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, Уральский государственный юридический университет.
- Розенталь, Марк М., Павел Ф. Юдин. 1963. *Философский словарь*. М.: Издательство политической литературы.
- Симагина, Наталья А. 2019. «Меры пресечения и обстоятельства, учитываемые при их избрании (теория и современная практика)». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский государственный институт международных отношений (университет).
- Соловьев, Сергей А. 2019. «Благоприятствование защите как процессуальный механизм обеспечения равенства сторон в уголовном судопроизводстве России». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский государственный юридический университет им. О. Е. Кутафина (МГЮА).
- Стойко, Николай Г. 2009. «Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем». Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук, Санкт-Петербургский государственный университет.
- Стрелкова, Юлия В. 2018. «Вердикт присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве: теоретические основы и правоприменительная практика». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский государственный юридический университет им. О. Е. Кутафина (МГЮА).
- Угренинова, Анна М. 2018. «Подсудность в уголовном процессе». Дис. ... канд. юрид. наук, Уральский государственный юридический университет.
- Фролов, Иван Т. (ред.) 2001. *Философский словарь*. 7-е изд., перераб. и доп. М.: Республика.
- Царева, Юлия В. 2018. «Залог как мера пресечения в уголовном процессе России: доктрина, юридическая техника, правоприменительная практика». Дис. ... канд. юрид. наук, Нижегородская академия МВД России.
- Ченцов, Виталий В. 2018. «Прекращение уголовного дела или уголовного преследования с назначением судебного штрафа: теория, законодательство, правоприменение». Дис. ... канд. юрид. наук, Академия управления МВД России.
- Шишов, Виктор В. 2019. «Прекращение уголовного дела или уголовного преследования в связи с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа в досудебном производстве». Дис. ... канд. юрид. наук, Московский университет МВД России им. В. Я. Кикотя.
- Щедровицкий, Георгий П., Вадим М. Розин, Никита Г. Алексеев, Нелли И. Непомнящая. 1992. *Педагогика и логика*. М.: Касталь.

Статья поступила в редакцию 27 июля 2020 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Афанасьев Алексей Юрьевич — канд. юрид. наук; afanasev_alexey@bk.ru

Methodological basis for criminal procedure researches

A. Yu. Afanasyev

Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of the Interior of the Russian Federation,
3, Ankudinovskoye shosse, Nizhny Novgorod, 603950, Russian Federation
Lobachevsky State University of Nizhny Novgorod,
23, pr. Gagarina, Nizhny Novgorod, 603950, Russian Federation

For citation: Afanasyev, Alexey Yu. 2022. "Methodological basis for criminal procedure researches". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 46–69. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.103> (In Russian)

Modern criminal procedure science contains many outstanding issues, both theoretical and methodological. To date, the methodology of criminal procedure research, and in general the whole of criminal procedure science, remains unrecognized. Most procedural scientists have little focus in research, both in the object and subject of the study, and in the methodological basis. The main difficulties are caused by incorrect understanding of the methodology of the study. The existing in the field work of criminal procedure confirms not only the narrow approach in the understanding of methodology, but also the error in the interpretation and application of scientific knowledge methods. This situation is mainly based on the lack of formalization of methods of criminal procedure science and limited intra-scientific reflection. In this regard, it is necessary to reassess established methodological values and traditions and to offer a reasoned view of the methodology of criminal procedure science. The article provides an idea of the methodology of science and undertakes a critical analysis of the methodological basis of research in criminal procedure science. As a result of the audit, the author's proposals are formulated on the universal scheme of methodology and system of methods of criminal procedure study, as well as the logical stages of criminal procedure study. The author concludes that it is necessary to understand methodology as a way to obtain scientific knowledge, as a result of intrascientific reflection on the organization of their own scientific activities, the universality of popular and private scientific methods of research and their replenishment by criminal procedure science. In addition, the conclusion is made on the scientific nature of the criminal procedure field of knowledge. The proposals in the article may form the basis of further developments in the field of criminal proceedings and may also serve as recommendations in the formulation of the methodological basis for research.

Keywords: methodology, criminal procedure science, criteria of science, methods of research, scientific knowledge, patterns, reflection.

References

- Adamenko, Igor' E. 2018. "Criminal procedure: Systemically important grounds and components". Dr. Sci. diss., Nizhegorodskaya akademiiya MVD Rossii. (In Russian)
- Andreeva, Ol'ga I., Viktor N. Grigor'ev, Oleg A. Zaitsev, Tat'yana V. Trubnikova. 2018. "The abuse of law, its prevention and suppression in the criminal process of Russia: Some results of the study". *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal* 12.6: 914–924. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2018.12\(6\).914-924](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2018.12(6).914-924). (In Russian)
- Andreeva, Ol'ga I., Tat'yana V. Trubnikova. 2019. "The adoption by the court of a decision on the presence in the act of a person of abuse of law and its consequences". *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta* 438: 194–200. <https://doi.org/10.17223/15617793/438/26>. (In Russian)
- Beliaev, Maksim V. 2019. "Judicial decisions in the Russian criminal process: Theoretical foundations, legislation and practice". Dr. Sci. diss., Universitet prokuratury Rossiiskoi Federatsii. (In Russian)

- Chentsov, Vitalii V. 2018. "Termination of a criminal case or criminal prosecution with a court fine: Theory, legislation, enforcement". PhD diss., Akademiia upravleniia MVD Rossii. (In Russian)
- Dolgaev, Viktor V. 2018. "Records of investigative actions and other documents as sources of evidence in criminal proceedings". PhD diss., Sankt-Peterburgskii universitet MVD Rossii. (In Russian)
- Erofeeva, Viktoriia A. 2018. "Supervision of a minor suspect accused of criminal proceedings". PhD diss., Akademiia upravleniia MVD Rossii. (In Russian)
- Frolov, Ivan T. (ed.) 2001. *Philosophical Dictionary*. 7th ed., rev. and enlarged. Moscow, Respublika Publ. (In Russian)
- Garusov, Andrei V. 2018. "Assessment of the testimony of participants in criminal proceedings interested in the outcome of the case". PhD diss., Sankt-Peterburgskii universitet MVD Rossii. (In Russian)
- Golovko, Leonid V. 2003. "Alternatives to criminal prosecution as a form of procedural differentiation: Current development trends". Dr. Sci. diss., Moskovskii gosudarstvennyi universitet im. M. V. Lomonosova. (In Russian)
- Gus'kova, Anna V. 2018. "The function of a translator in criminal proceedings". PhD diss., Nizhegorodskaiia akademiia MVD Rossii. (In Russian)
- Karpushov, Mikhail A. 2018. "Legal representation in pre-trial criminal proceedings". PhD diss., Moskovskii universitet MVD Rossii im. V. Ia. Kikotia. (In Russian)
- Kolomeets, Elena V. 2019. "Use by the prosecutor of means of response in pre-trial proceedings". PhD diss., Universitet prokuratury Rossiiskoi Federatsii. (In Russian)
- Konovalov, Sergei G. 2018. "Elements of the German model of pre-trial proceedings in the criminal proceedings of the post-Soviet states". PhD diss., Moskovskii gosudarstvennyi iuridicheskii universitet im. O. E. Kutafina (MGiUa). (In Russian)
- Kozubenko, Iurii V. 2018. "Criminal procedure aspects of the intersectoral mechanism of criminal law regulation". Dr. Sci. diss., Ural'skii gosudarstvennyi iuridicheskii universitet. (In Russian)
- Kunashev, Marrat A. 2019. "Investigator's discretion in criminal proceedings". PhD diss., Moskovskii universitet MVD Rossii im. V. Ia. Kikotia. (In Russian)
- Kunev, Denis A. 2019. "Countering the transfer of criminal assets abroad and their return to the Russian Federation: Criminal procedural aspects". PhD diss., Moskovskii gosudarstvennyi institut mezhdunarodnykh otnoshenii (universitet). (In Russian)
- Kushnerev, Viacheslav I. 2019. "The implementation of the principle of a reasonable time of criminal proceedings in the rules governing the procedural time in pre-trial proceedings". PhD diss., Akademiia upravleniia MVD Rossii. (In Russian)
- Lipchiu, Nina V., Kirill I. Lipchiu. 2013. *Scientific research methodology*. Krasnodar, KubGAU Publ. (In Russian)
- Litvin, Il'ia I. 2018. "Modern technical means and the problems of their use in proving at the pre-trial stages of criminal proceedings". PhD diss., Ural'skii gosudarstvennyi iuridicheskii universitet. (In Russian)
- Loginov, Nikolai A. 2019. "Ensuring the right to defense at the stage of criminal proceedings in the Russian Federation and other CIS member states". PhD diss., Moskovskii gosudarstvennyi institut mezhdunarodnykh otnoshenii (universitet). (In Russian)
- Lubin, Aleksandr F. 1997. "The methodology of the forensic investigation of the mechanism of criminal activity". Dr. Sci. diss., Nizhegorodskii iuridicheskii institut MVD Rossii. (In Russian)
- Mashovets, Asiiia O. 2018. "Theoretical model of the legal organization of judicial investigation in the criminal process of the Russian Federation". Dr. Sci. diss., Ural'skii gosudarstvennyi iuridicheskii universitet. (In Russian)
- Medvedeva, Mariia O. 2018. "The criminal procedure form of information technologies: The modern state and the main directions of development". PhD diss., Moskovskii universitet MVD Rossii im. V. Ia. Kikotia. (In Russian)
- Nguyen, Van Tien. 2018a. "Compensation for damage caused by a crime in pre-trial proceedings: A comparative legal study based on materials from the Russian Federation and the Socialist Republic of Vietnam". PhD abstract, Moskovskii universitet MVD Rossii im. V. Ia. Kikotia. (In Russian)
- Nguyen, Thi Ngoc Yen. 2018b. "Evidence and evidence in the criminal proceedings of the socialist Republic of Vietnam and the Russian Federation: A comparative legal study". PhD diss., Moskovskii universitet MVD Rossii im. V. Ia. Kikotia. (In Russian)

- Nikiforenko, Iuliia L. 2018. "Summary prosecutions: Doctrine, legislation and law enforcement". PhD diss., Nizhegorodskaiia akademiia MVD Rossii. (In Russian)
- Novikov, Aleksandr M., Dmitrii A. Novikov. 2007. *Methodology*. Moscow, SINTEG Publ. (In Russian)
- Ogorodov, Anton N. 2017. "Procedural independence of the investigator in criminal proceedings". PhD diss., Universitet prokuratury Rossiiskoi Federatsii. (In Russian)
- Ozhegov, Sergei I. 2010. *Explanatory Dictionary of the Russian Language*. 26th ed., rev. and add. Moscow, Oniks Publ.; Mir i Obrazovanie Publ. (In Russian)
- Pisarevskii, Il'ia I. 2019. "The validity and motivation of the verdict in the Russian criminal process". PhD diss., Natsional'nyi issledovatel'skii Tomskii gosudarstvennyi universitet. (In Russian)
- Poliakov, Mikhail P. 2002. "Criminal procedure interpretation of the results of operational investigative activities". Dr. Sci. diss., Nizhegorodskaiia akademiia MVD Rossii. (In Russian)
- Popova, Liudmila V. 2019. "Features of the criminal procedural regulation of pre-trial criminal proceedings on economic crimes committed in the field of entrepreneurial activity". PhD diss., Volgogradskaiia akademiia MVD Rossii. (In Russian)
- Potapov, Denis V. 2019. "Problems of interaction between the investigator, the head of the investigative body and the prosecutor in pre-trial proceedings in a criminal case". PhD diss., Akademiia upravleniia MVD Rossii. (In Russian)
- Raziapova, Liliia M. 2018. "The activity of the court after the proclamation of the decision completing the criminal case in the court of first instance". PhD abstract, Ural'skii gosudarstvennyi iuridicheskii universitet. (In Russian)
- Rozental', Mark M., Pavel F. Iudin. 1963. *Philosophical Dictionary*. Moscow, Politicheskaiia literatura Publ. (In Russian)
- Shchedrovitskii, Georgii P., Vadim M. Rozin, Nikita G. Alekseev, Nelli I. Nepomnyashchaya. 1992. *Pedagogy and logic*. Moscow, Kastal' Publ. (In Russian)
- Shishov, Viktor V. 2019. "Termination of a criminal case or prosecution in connection with the imposition of a criminal law measure in the form of a court fine in pre-trial proceedings". PhD diss., Moskovskii universitet MVD Rossii im. V. Ia. Kikotia. (In Russian)
- Simagina, Natal'ia A. 2019. "Preventive measures and circumstances taken into account when they are elected (theory and modern practice)". PhD diss., Moskovskii gosudarstvennyi institut mezhdunarodnykh otnoshenii (universitet). (In Russian)
- Solov'ev, Sergei A. 2019. "Fostering defense as a procedural mechanism for ensuring equality of arms in criminal proceedings in Russia". PhD diss., Moskovskii gosudarstvennyi iuridicheskii universitet im. O. E. Kutafina (MGIuA). (In Russian)
- Stoiko, Nikolai G. 2009. "The criminal process of Western states and Russia: A comparative theoretical and legal study of the Anglo-American and Romano-German legal systems". Dr. Sci. abstract, Sankt-Peterburgskii gosudarstvennyi universitet. (In Russian)
- Strelkova, Iuliia V. 2018. "Jury verdict in criminal proceedings: Theoretical foundations and law enforcement practice". PhD diss., Moskovskii gosudarstvennyi iuridicheskii universitet im. O. E. Kutafina (MGIuA). (In Russian)
- Tsareva, Iuliia V. 2018. "Pledge as a preventive measure in the criminal process of Russia: Doctrine, legal technique, law enforcement practice". PhD diss., Nizhegorodskaiia akademiia MVD Rossii. (In Russian)
- Ugreninova, Anna M. 2018. "Jurisdiction in criminal proceedings". PhD diss., Ural'skii gosudarstvennyi iuridicheskii universitet. (In Russian)
- Vinokurov, Lev V. 2019. "The procedural basis for the relationship of participants in criminal proceedings by the prosecution and the court at the stage of preliminary investigation". PhD diss., Moskovskii gosudarstvennyi universitet im. M. V. Lomonosova. (In Russian)
- Zaitsev, Oleg A., Pavel S. Pastukhov. 2019. "Formation of a new crime investigation strategy in the era of digital transformation". *Vestnik Permskogo universiteta. Iuridicheskie nauki* 46: 752-777. <https://doi.org/10.17072/1995-4190-2019-46-752-777>. (In Russian)
- Zazulin, Anatolii I. 2018. "The legal and methodological basis for the use of digital information in evidence in a criminal case". PhD diss., Ural'skii gosudarstvennyi iuridicheskii universitet. (In Russian)

Zheleva, Ol'ga V. 2018. "Abuse of the accused's subjective rights during the preliminary investigation: The concept, types and ways of overcoming it". PhD abstract, Natsional'nyi issledovatel'skii Tomskii gosudarstvennyi universitet. (In Russian)

Received: July 27, 2020

Accepted: December 10, 2021

Author's information:

Alexey Yu. Afanasyev — PhD in Law; afanasev_alexey@bk.ru

Тенденции применения тактических приемов в предварительном расследовании

В. Ю. Низамов¹, И. М. Егерев²

¹ Санкт-Петербургский государственный университет,
Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9

² Адвокатский кабинет Егерев И. М., Адвокатская палата Московской области,
Российская Федерация, 143964, Московская обл., Реутов, Комсомольская ул., 13–30

Для цитирования: Низамов, Вячеслав Ю., Иван М. Егерев. 2022. «Тенденции применения тактических приемов в предварительном расследовании». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 70–82. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.104>

В статье рассматриваются особенности реализации в следственной деятельности достижений криминалистической тактики, которые выражаются в разрабатываемых тактических приемах производства отдельных следственных действий. Тактические приемы достаточно давно являются предметом научного исследования, однако до настоящего времени нет единого подхода к данной научной категории. В частности, отсутствует единообразие в предлагаемых определениях этого понятия, критериях его допустимости и т. п. В криминалистической науке предложено достаточно большое количество различных оснований классификации тактических приемов. Одним из самых распространенных оснований деления тактических приемов является такой признак, как применяемый вид специальных наук, которые использовались при разработке этих приемов. В классификации по указанному критерию особое внимание уделено тактико-психологическим приемам, т. е. основанным на положениях психологии. Ряд тактико-психологических приемов закреплен в действующем уголовно-процессуальном законодательстве, поэтому возникает необходимость разработки рекомендаций, учитывающих их психологическое содержание. Только при соблюдении данного условия будут достижимы установленные цели уголовного судопроизводства. Рассматриваются особенности применения тактико-психологических приемов при производстве допроса, очной ставки, предъявления для опознания. Такие особенности обусловлены необходимостью обеспечивать охрану прав и свобод участников уголовного судопроизводства. Указываются отступления от криминалистических рекомендаций, когда имеющиеся тактико-психологические приемы остаются нереализованными в связи с применяемым формальным подходом.

Ключевые слова: допрос, криминалистическая тактика, классификация тактических приемов, очная ставка, предварительное расследование, предъявление для опознания, следственное действие, тактико-психологический прием, тактический прием.

1. Введение

Действующее уголовно-процессуальное законодательство определяет, что соби́рание доказательств осуществляется через производство следственных и иных процессуальных действий. Существует достаточно подробная регламентация процесса производства следственных действий, однако криминалистическая наука

методично разрабатывает рекомендации, направленные на повышение эффективности и в конечном счете доказательственной результативности производства отдельных следственных действий. Именно эту задачу решает такой раздел криминалистики, как криминалистическая тактика.

Практическая реализация положений криминалистической тактики выражается в разрабатываемых тактических приемах производства отдельных следственных действий. Несмотря на то что тактические приемы достаточно давно являются предметом научного исследования, до настоящего времени отсутствует единый подход к данной научной категории. Так, отсутствует единообразие в предлагаемых определениях этого понятия, критериях его допустимости и т. п. В существующих определениях внимание заостряется на отдельных признаках указанного понятия, так как разные авторы по-разному видят его содержание, а потому подобные определения порой имеют существенные различия.

Тактика организации предварительного расследования по уголовным делам требует системного подхода с учетом психологических знаний и технологий. Авторы настоящей статьи ставят следующие задачи:

- рассмотреть понятия «тактический прием» и «тактико-психологический прием»;
- определить ряд актуальных вопросов в следственной практике, которые связаны с выбором тактики производства отдельных следственных действий.

Цель исследования — выявление и научный анализ проблемных аспектов применения тактико-психологических приемов в следственной практике.

Методологическую основу работы составляет диалектический метод как всеобщий метод познания, также использованы частные методы (логический, исторический, системно-структурный, формально-юридический). Теоретической основой исследования послужили частные криминалистические теории следственной ситуации, тактического приема и тактической операции и др.

2. Основное исследование

Основные подходы ведущих криминалистов к понятию «тактический прием», а также признаки этого понятия и его содержательные элементы проанализировал А. Ю. Головин. Он предложил собственное определение тактического приема: наиболее рациональный, целесообразный и эффективный способ действия лица, производящего расследование, в ходе отдельных следственных и иных процессуальных действий, а также других мероприятий, направленных на решение задач по собиранию, исследованию, оценке и использованию доказательственной или иной криминалистически важной для дела информации (Головин 2002, 206–207).

Однако исследователь справедливо обратил внимание на то, что критерий «законодательного закрепления» тактического приема не отражает диспозитивности в выборе тактического приема. Таким образом, исключительное закрепление в уголовно-процессуальном законодательстве тактического приема в качестве единственного допустимого варианта производства следственного действия ограничивает свободу выбора модели поведения следователя в складывающейся следственной ситуации.

В связи с этим нужно отметить тенденцию, когда разрабатываемые в криминалистике подходы в тактике производства отдельных следственных действий реализуются в изменении уголовно-процессуального законодательства. В частности, действующий Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18.12.2001 № 174-ФЗ¹ (далее — УПК РФ) в ч. 8 ст. 193 допускает предъявление для опознания в условиях отсутствия визуального наблюдения опознающего опознаваемым в целях обеспечения безопасности опознающего. В связи с тем, что с течением времени в уголовно-процессуальном законе появляются нормы, фактически закрепляющие разработанные криминалистической наукой тактические приемы отдельных следственных действий, возникает вопрос о сохранении за такими приемами криминалистического значения. Фактически речь идет о законодательном признании подобных правовых норм тактическими приемами. Но теряют ли они смысл в качестве тактически вероятных действий, превращаясь в императивную уголовно-процессуальную форму?

Различные позиции по вопросу о сохранении криминалистического значения нормами закона, закрепившими тактические приемы, исследовал А. Р. Белкин. Он приводит мнение группы ученых, полагающих, что тактический прием не может обладать таким признаком, как обязательность его производства. В итоге даже наиболее эффективный способ действия при производстве следственного действия, отраженный в уголовно-процессуальной норме, уже не может быть указан в качестве тактического приема. Рассматривая различные подходы по указанной проблеме, А. Р. Белкин отметил, что, по мнению одной группы ученых-криминалистов, тактический прием не может иметь такой характерный признак, как обязательность производства (Белкин 1999, 345). Соответственно, в случае наличия законодательного требования совершения действий определенным способом подобный способ не может быть признан тактическим приемом (Васильев 1976; Винберг 1965). Иная группа криминалистов придерживается мнения о том, что даже преобразованный в уголовно-процессуальную норму тактически прием не утрачивает криминалистического содержания (Баев 1977; Белкин 2001, 203–218). Проведенный анализ обосновывающих доводов всех исследователей позволяет сделать вывод, что законодательно закрепленная регламентация тактического приема говорит о его соответствии поставленным целям и эффективности. Необходимость производства тактического приема в силу требований закона не отменяет сущности данного приема. В результате факт отражения тактического приема в действующем законе не переопределяет того, что тактический прием перестает быть таковым и становится одним из вариантов выбора следователем тактической модели производства следственного действия, только основанным на закрепленной уголовно-процессуальной норме. Данную позицию, на наш взгляд, подтверждает указание на то, что следователь «может» произвести следственное действие таким образом, но не «обязан».

Разделяя точку зрения на сохранение криминалистического содержания нормой закона, закрепляющей определенный тактический прием, О. Я. Баев отметил, что в подобном случае можно говорить о новой форме криминалистической такти-

¹ Здесь и далее все ссылки на российские и международные нормативно-правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 14 октября, 2021. <http://www.consultant.ru>.

ки, являющейся процессуально закрепленной. В связи с этим он выделяет процессуально-тактические приемы, которые можно разделить на императивные и альтернативные (Баев 1977, 32).

К императивным процессуально-тактическим приемам относятся те, обязательность которых установлена в действующем уголовно-процессуальном законодательстве. Указанные приемы, в свою очередь, разделяются на приемы, которые имеют предписывающий и запрещающий характер. Предписывающий характер означает наличие требования об обязательном выполнении тактического приема в том виде, в котором он закреплен в законе. Подобный тактический прием закреплен в ч. 2 ст. 193 УПК РФ, в соответствии с которой при производстве такого следственного действия, как предъявление для опознания, опознающие в обязательном порядке предварительно допрашиваются об обстоятельствах, при которых они видели предъявленные для опознания лицо или предмет, а также о приметах и особенностях, по которым они могут его опознать. Запрещающий характер определяет обязательность отказа от выполнения определенных действий. Примером такой нормы закона служит запрет постановки наводящих вопросов при допросе (ч. 2 ст. 189 УПК РФ). Такой же запрет установлен и для производства предъявления для опознания (ч. 7 ст. 193 УПК РФ).

К альтернативным процессуально-тактическим приемам относятся те, которые закрепляют возможность их выполнения, но при этом признак обязательности отсутствует. В результате решение об их выполнении принимает следователь по собственному усмотрению в зависимости от конкретных обстоятельств дела. Примерами таких процессуально-тактических приемов выступают следующие нормы: ч. 3 ст. 192 УПК РФ, закрепляющая право следователя предъявить вещественные доказательства и документы при производстве очной ставки; ч. 1 ст. 191 УПК РФ, предусматривающая право следователя по собственному усмотрению пригласить педагога или психолога при производстве допроса, очной ставки, опознания и проверки показаний с участием несовершеннолетнего, достигшего возраста 16 лет.

В криминалистической науке предложено достаточно большое количество различных оснований классификации тактических приемов. Одно из самых распространенных — такой признак, как применяемый вид специальных наук, использовавшихся при их разработке. Исходя из данного критерия, А.Н.Васильев предложил подобную классификацию, выделив тактические приемы: 1) применения логических методов; 2) психологии отношений следователя с участниками следственных действий; 3) организации расследования. Такая классификация, конечно же, несколько условна, так как в разработке тактических приемов могут быть использованы данные и иных наук (педагогика, кибернетика, науки управления). На это указывал и сам А.Н.Васильев, говоря о том, что за основу взяты именно предложенные науки, т.е. логика, психология и научная организация труда, так как именно они являются доминирующими при разработке тактических приемов (Васильев 1976, 33). Такое положение вполне логично, поскольку с самого начала своего развития криминалистика активно использовала результаты и достижения других областей научного знания, как смежных, так и относительно удаленных. Это обусловлено решением поставленных перед криминалистической наукой задач, ведь в процессе расследования, особенно в самом начале, следователь действует в условиях неопределенности и отсутствия информации (Бахтеев 2019).

В последующих исследованиях приведенная классификация незначительно уточнялась, однако фактически и другие ученые брали за основу предложенные А. Н. Васильевым науки, т. е. логику, психологию и научную организацию труда. Корректировке подверглись формулировки отдельных видов тактических приемов.

Несмотря на выделение наук, являющихся основой разработки тактических приемов, необходимо признать, что в чистом виде они используются не так часто. На практике при формировании тактических приемов используется комплексный подход, когда применяются знания нескольких наук. В такой ситуации включение определенного тактического приема в одну из выделенных групп осуществляется на основе доминирующей специальной науки, данные которой в большей степени применялись при его разработке.

Впрочем, с логическими приемами, основанными на последовательности суждений в формировании выводов (безусловно, речь идет не о «домыслах», а об умозаключениях), и организационно-управленческими приемами, которые базируются на элементах теории управления, многое очевидно и бесспорно; сложнее дело обстоит с психологическими приемами.

В криминалистической науке используется термин «тактико-психологический прием». Анализ его содержания в имеющихся работах позволяет сделать вывод, что он является абсолютным синонимом понятия «психологический тактический прием».

Вид тактического приема имеет большое значение, так как предопределяет его сущность. От вида тактического приема зависят особенности его применения, которые позволят реализовать его с наибольшей отдачей и эффективностью. Это, в свою очередь, позволит достичь высокой результативности всего следственного действия.

При реализации психологических тактических приемов необходимо иметь в виду ряд обстоятельств, связанных с учетом различных психологических закономерностей и влияющих на наполнение тактического приема, его детализацию. Учет психологических закономерностей, обуславливающих механизм тактического приема, даст возможность применяющему его лицу понять сущность подобного приема. Итогом более глубокого понимания сущности приема будет повышенная эффективность его применения.

Закрепление тактико-психологических приемов в действующем уголовно-процессуальном законодательстве определяет необходимость разработки рекомендаций, учитывающих их психологическое содержание. Только при соблюдении данного условия достижимы определенные цели уголовного судопроизводства. Кроме того, в некоторых случаях возможно соблюдение истинных требований закона, порой искаженно толкуемых на практике. В итоге разработка научно обоснованных рекомендаций реализации тактико-психологических приемов, закрепленных в уголовно-процессуальных нормах, имеет ярко выраженное прикладное значение. Такой подход особенно важен, если принять во внимание, что качество уголовно-процессуального законодательства напрямую влияет на эффективность деятельности следственных органов в целом (Скуратов 2019).

Реализуемые следователем тактико-психологические приемы, как и другие методы, формируются на основе методов, предлагаемых общей психологией и конфликтологией, но имеют особенности, связанные со сложной прогнозируемостью

психологических особенностей участников уголовного судопроизводства и непредсказуемостью их поведения (Лебедев, Лебедева 2019). Также следует учитывать развитие науки, ее современные тенденции. В частности, некоторые авторы обращают внимание на возможности применения искусственного интеллекта в следственной деятельности, на пример в прогнозировании обстоятельств расследуемого дела (Бахтеев, Евстратова, Степаненко 2020).

При разработке следователем научно обоснованных рекомендаций реализации тактико-психологических приемов необходимо помнить о том, что подобный инструментарий должен обеспечивать охрану прав и свобод участников уголовного судопроизводства (Гриненко и др. 2020).

Известно, например, что с позиции и уголовно-процессуального права, и криминалистики особое доказательственное значение имеет такое следственное действие, как допрос. Данное следственное действие является самым распространенным в уголовном судопроизводстве, без которого немислимо ни одно уголовное дело. Помимо этого, допрос выступает одним из самых психологизированных следственных действий. Часть 2 ст. 189 УПК РФ закрепляет правило, согласно которому при производстве допроса запрещено задавать наводящие вопросы. Закон выразил это правило достаточно точно и определенно, но в данном случае возникает проблема трактовки понятия «наводящие вопросы».

Фактически в данном случае представлен императивный процессуально-тактический прием запрещающего характера, выражающий обязанность лица, производящего следственное действие, воздержаться от постановки наводящих вопросов. Представляется, что данный прием имеет психологическую основу, т.е. психологические закономерности объясняют причину подобного запрета, а также позволяют уточнить его содержание. Следовательно, его эффективное применение возможно только при условии учета этих закономерностей.

Большинство авторов под наводящими понимают вопросы, которые содержат необходимый ответ. Но при решении данной проблемы необходимы четкие научно обоснованные критерии. Криминалистикой разработаны рекомендации по использованию в ходе допроса различных видов вопросов — уточняющих, детализирующих, конкретизирующих, контрольных, косвенных и т.п. В этом случае необходимо четко ограничивать перечисленные виды вопросов от наводящих.

Законодательно закрепленное требование о недопустимости наводящих вопросов обусловлено соблюдением гарантий достоверности результатов допроса. Именно такой подход в определенной степени позволяет избежать недобросовестности со стороны следователя в виде воздействия на допрашиваемое лицо с целью получения показаний, выгодных следствию. Данная гарантия соблюдается и при добросовестности со стороны допрашивающего, так как наводящий характер вопросов способен исказить сведения, сообщаемые очевидцем. Использование подобных вопросов может оказать внушающий эффект на допрашиваемого.

О. Я. Баев и Д. А. Солодов, соглашаясь с точкой зрения В. Ю. Шепитько, указывали, что под наводящими понимаются три типа вопросов: 1) содержащие прямую подсказку, когда внушение прямо направлено на предмет вопроса и совпадает с ним; 2) направленные на характеристику свойств внушаемого представления, на уточнение его деталей; 3) представляющие собой непрямую подсказку, когда они направлены на предмет, лицо, действие, реально существующие, известные следо-

вателю и им названные (Баев, Солодов 2009, 90). В целом приведенные типы вопросов следует признать основой для определения их наводящего характера.

Также при определении наводящего характера вопросов целесообразно использовать данные лингвистики, выделяющей следующие параметры функционального класса наводящих вопросов:

- используются в определенной коммуникативной ситуации, когда лицо, задающее вопросы, обладает запрашиваемой информацией и в его сознании имеется образец необходимых для ответа сведений; задающий вопросы формулирует их таким образом, чтобы получить от собеседника необходимый ответ; кроме того, спрашивающий знает ответ, но при этом ему неизвестно, обладает ли собеседник запрашиваемой информацией;
- имеют присущую только им функцию — стимулирующе-подсказывающую (в том числе функцию коррекции), реализующуюся благодаря спектру частных функций, направленных на исправление неправильного ответа;
- включают в себя разные структурные типы (альтернативные, незавершенные, различные варианты вопросов-повторов и др.) (Галанова 2011).

Поскольку существуют различные структурные типы наводящих вопросов, их особенностью является особая формулировка, искусственно сужающая варианты возможных ответов, порой сводя их до одного возможного.

Опасность наводящих вопросов проявляется также в подверженности допрашиваемого влиянию такой установки, как правота следователя в отношении выясняемых обстоятельств. При неуверенности в определенных сведениях или же и вовсе при отсутствии информации по отдельным фактам допрашиваемый может занять навязанную допрашивающим лицом позицию в силу уверенности в том, что следователь обладает достоверными знаниями относительно обстоятельств дела. Ведь «следователь не будет говорить просто так, и если он о чем-то говорит, то точно это знает».

С точки зрения тактико-психологической составляющей интерес представляют положения ч. 3 ст. 193 УПК РФ. По требованию указанной правовой нормы не может проводиться повторное опознание лица или предмета тем же опознающим и по тем же признакам, иначе объективность его результатов вызывает вопрос. Необходимо обратить внимание на уточнение: именно тем же опознающим и по тем же признакам. Из приведенного уточнения следует, что повторное опознание по иным признакам все-таки возможно. Здесь возникает вопрос установления признаков, по которым осуществляется опознание, как тех же самых или как иных. О. Я. Баев полагает, что повторное опознание возможно, если опознающий первоначально указал определенные признаки и при этом не опознал объект, а впоследствии заявил, что может осуществить опознание, но уже по другим признакам. Об иных признаках он вспомнил позже, уже после производства опознания. Автор этой точки зрения, признавая наличие наводящего характера первоначального проведенного опознания, отмечает, что оценка результатов подобного опознания может иметь спорный характер (Баев 2003, 267).

Подобное предложение крайне спорно. Принимая во внимание особенности опознавательных процессов, отметим, что фактически мысленная идентификация представленного объекта осуществляется с использованием и тех признаков, которые лицо не называет. Данный довод подтвержден психологической наукой.

Основываясь на данном доводе, следует признать, что даже при сообщении опознающим новых признаков, которые, по его утверждению, он вспомнил, повторное опознание проводиться не может.

Как было указано выше, толкование ч. 3 ст. 193 УПК РФ с учетом психологической сущности предъявления для опознания позволяет прийти к выводу о том, что повторное опознание лица или предмета тем же опознающим возможно, но по иным признакам. В данном случае может быть осуществлено производство повторного опознания в случае изменения признаков опознаваемого объекта. В частности, когда опознающий претерпел изменение внешности: после того как очевидец видел опознаваемого, последний существенно изменил прическу, вследствие чего опознающий его не узнал. В подобной ситуации представляется возможным повторно предъявить опознаваемого при условии приведения его в соответствие с первоначальным внешним обликом. При таком условии фактически повторно предъявляется тот же самый объект, который идентифицируется по иным признакам.

Остается дискуссионным вопрос о возможности предъявления для опознания лица после того, как в процессе оперативно-разыскного мероприятия отождествления личности с использованием фотоизображений опознающий узнал опознаваемого. Идентификация лиц и опознание трупов входят в задачи и оперативно-разыскной деятельности, где сущность идентификационной деятельности не раскрыта, что, в свою очередь, вызывает как практические, так и теоретические проблемы (Парфенов и др. 2019).

Порой в научной криминалистической литературе встречаются рекомендации, по своей сути противоречащие требованиям закона, но впоследствии реализуемые в практической деятельности следственных органов по причине того, что следователи и научные работники при формировании криминалистических рекомендаций производства отдельных следственных действий и их осуществлении в следственной деятельности неверно трактуют требования действующего законодательства. Подобные ненадлежащие рекомендации могут быть даны вследствие неверного понимания сущности соответствующего тактико-психологического приема, закрепленного в законе.

Уголовно-процессуальная форма в самом общем виде может быть определена как установленный порядок и условия, в рамках которых осуществляется соответствующая деятельность. В тактико-психологических приемах уголовно-процессуальная форма определяется требованиями закона к производству следственных действий. Но нужно ли отражать тактику в материалах уголовного дела?

Особого внимания в аспекте психологизации следственной деятельности заслуживает крайне неоднозначная следственная практика, выражающаяся в попытке некоторых следователей искусственно и необоснованно облекать тактико-психологическую работу в уголовно-процессуальную форму путем назначения экспертизы.

В качестве примера приведем совершенно беспочвенную, на наш взгляд, практику, когда следователь назначил психолого-лингвистическую экспертизу, получив видеозапись из социальной интернет-сети. На записи происходило сожжение Знамени Победы и был единственный комментарий сжигающих — слово «Привет» в адрес неонацистской организации². Объектами экспертизы стали видеозапись

² Интернет-источник удален в связи с несоответствием требованиям действующего законодательства РФ.

и протоколы допросов обвиняемых. Сознательно не раскрывая обстоятельства и без того известного уголовного дела, а также личностей экспертов, давших заключение об экстремистской направленности действий виновных, зададим вполне закономерные вопросы: зачем нужна такая экспертиза и в чем проявляются специальные знания экспертов, необходимые для обвинения по уголовному делу?

В приведенном случае эксперты осуществили вербализацию увиденного с констатацией дружественного отношения виновных к неонацистской организации (слово «Привет!»), а также усмотрели, исходя из содержания протоколов допросов, совершение обвиняемыми действий по призыву к экстремистской деятельности. Сама по себе идея назначения психолого-лингвистического или чисто психологического исследования протокола допроса либо видеозаписи, не связанного, например, с определением лидерства в группе, недопустимости поведения следователя или самоговора допрашиваемого малопонятна с позиции криминалистической тактики. При этом в криминалистической науке существуют весьма обоснованные и тактически выверенные основания назначения экспертных психологических исследований по уголовным делам (Китаев, Китаева 2002, 12–53).

Такой тактический подход следователя во многом мотивирован желанием усилить доказательственное значение вполне очевидных результатов следственных действий. С нашей точки зрения, тактический прием, как и в целом тактика осмотра видеозаписи, допроса обвиняемых, не требует дополнительного искусственного облечения в уголовно-процессуальную форму. От подобных ситуаций предостерегал еще Р. С. Белкин, указывая, что процессуальная форма может создавать видимость предоставления криминалистической тактике мнимого содержания (Белкин 2001, 203).

В правоприменительной деятельности нередко встречается и формальный подход к производству следственных действий, в результате которых не реализуется соответствующий тактико-психологический потенциал. Например, зачастую в деятельности следственных наблюдается формальное производство очной ставки без достижения цели данного следственного действия, определенной законом, т. е. без устранения противоречий в показаниях ранее допрошенных лиц. Полагаем, что при таком подходе по уголовному делу нарушается вполне обоснованная рекомендация о том, что при производстве по уголовному делу не должно быть информационного шума; кроме того, в суд необходимо представить такой объем доказательств, который позволил бы делать вывод о полноте расследования (Брянская, Самарин 2019).

При таком подходе к производству очной ставки следователи преследуют не предусмотренные законом цели, например, фактически формируется возможность оглашения показаний не явившегося свидетеля в суд при последующем рассмотрении дела в суде. Поскольку подобное явление, связанное с неявкой свидетелей в суд, достаточно распространено, впоследствии сторона обвинения сталкивается со сложностями в рассмотрении дела, так как оглашенные показания могут ограничительно использоваться с целью доказывания вины подсудимого, если ему не была предоставлена возможность оспорить показания свидетеля на досудебных стадиях производства. В подобной ситуации очная ставка решает проблему, так как подсудимому такая возможность формально была предоставлена. Но в действительности лицо, которое впоследствии становится подсудимым, на момент производства

следственного действия не предполагает истинную цель очной ставки и в итоге не может в полной мере воспользоваться правом оспорить показания против себя. Как итог, осуществляется формальное соблюдение правовой нормы в отсутствие реальной тактической необходимости для надуманного решения задач, стоящих перед предварительным расследованием.

При производстве очной ставки реализуется социально-психологический эффект ингибции (социального торможения). Данный эффект проявляется в негативном изменении активности личности под воздействием присутствия других людей. Но часто подобные эффекты не учитываются, и в результате не достигается главная цель очной ставки — устранение противоречий в ранее данных показаниях разных лиц. В итоговых процессуальных актах отражается лишь дублирующая интерпретация уже полученных в ходе предшествующих допросов результатов, когда следователь в обвинительном заключении или судья в приговоре закрепляет, что один из участников в ходе очной ставки подтвердил ранее данные показания (т. е. фактически сообщил сведения), что соответствует позиции стороны обвинения.

Сходная ситуация возникает с производством проверки показаний на месте, когда имеющиеся тактико-психологические приемы остаются нереализованными в связи с применяемым формальным подходом, так как проверка показаний проводится в большинстве случаев с подозреваемым или обвиняемым, давшим признательные показания. Впоследствии такие подозреваемые или обвиняемые оспаривают достоверность сообщенных признательных показаний как данных с принуждением. В данном случае также формируется негативная тенденция дополнительного искусственного формирования доказательственной базы, по внешним признакам соответствующей требованиям закона. Усиление же доказательственного значения собственного признания осуществляется в присутствии понятых либо с применением технических средств фиксации хода и результатов следственного действия, по усмотрению следователя. Станным также выглядит и производство проверки показаний на месте, механически повторяющей результаты ранее произведенного допроса и следственного эксперимента. Внешне такие действия следователя могут казаться вполне законными, но будут ли они способствовать установлению истины по делу и, как следствие, вынесению справедливого приговора? (Манова, Баранова 2019)

Осознавая современную тенденцию к формированию новой стратегии научной организации труда следователя в условиях развития цифровых технологий (Зайцев, Пастухов 2019), считаем важным не терять психологическую составляющую в работе следователя.

3. Выводы

Формулируемые криминалистикой не противоречащие закону тактико-психологические приемы должны уточняться, вдумчиво наполняться научно обоснованным содержанием и направляться на апробацию правоприменительной практикой. Именно такая задача стоит перед криминалистической тактикой. При этом необходимо осознавать процессуальную самостоятельность следователя, в содержание которой входят его собственное мнение, убеждение и совесть. Только при соблюдении этого условия возможна организация тактически взвешенной работы следователя, осуществляющего производство по уголовному делу.

Рассматривая проблему шире, согласимся с мнением Е. П. Ищенко и В. Д. Кормы: нормы законодательства, как бы ни конкретизировали и ни детализировали общественные отношения, представляют собой абстрагированные от ситуационной конкретики информационные модели (Ищенко 2016). Продолжая изложенную мысль, считаем, что вряд ли требуется отражать каждый тактический прием на законодательном уровне или доказывать обоснованность его применения путем назначения экспертизы, производства очной ставки без существенных противоречий в показаниях ранее допрошенных лиц, повторного опознания по искусственно измененным условиям, т. е. создавать «доказательство» из доказательства.

Библиография

- Баев, Олег Я. 1977. *Криминалистическая тактика и уголовно-процессуальный закон*. М.: Издательство Воронежского университета.
- Баев, Олег Я. 2003. *Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика*. М.: Экзамен.
- Баев, Олег Я., Денис А. Солодов. 2009. *Производство следственных действий: криминалистический анализ УПК России, практика, рекомендации*. М.: Эксмо.
- Бахтеев, Дмитрий В. 2019. «Причинность и случайность как объекты восприятия в структуре криминалистического мышления». *Всероссийский криминологический журнал* 13 (2): 252–261. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13\(2\).252-261](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13(2).252-261).
- Бахтеев, Дмитрий В., Юлиана А. Евстратова, Диана А. Степаненко. 2020. «Использование систем искусственного интеллекта в правоохранительной деятельности». *Всероссийский криминологический журнал* 14 (2): 206–214. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2020.14\(2\).206-214](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2020.14(2).206-214).
- Белкин Анатолий. Р. 1999. *Теория доказывания*. М.: Норма: Инфра-М.
- Белкин, Рафаил С. 2001. *Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня*. М.: Норма: Инфра-М.
- Брянская, Елена В., Вадим И. Самарин. 2019. «Заключение эксперта и показания свидетелей как ключевые доказательства по уголовным делам о доведении до самоубийства». *Всероссийский криминологический журнал* 13 (6): 971–979. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13\(6\).971-979](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13(6).971-979).
- Васильев, Александр Н. 1976. *Следственная тактика*. М.: Юридическая литература.
- Винберг, Абрам И. 1965 «О научных основах криминалистической тактики». *Правоведение* 3: 78–83.
- Галанова, Екатерина М. 2011. «Функциональные типы наводящих вопросов». *Вестник Воронежского государственного университета. Сер. Лингвистика и межкультурная коммуникация* 2: 129–133.
- Головин, Александр Ю. 2002. *Криминалистическая систематика*. М.: ЛексЭст.
- Гриненко, Александр В., Георгий А. Гуджабидзе, Василий Д. Потапов, Николай С. Железняк. 2020. «Категории прав и законных интересов личности и их использование в сфере уголовного судопроизводства». *Всероссийский криминологический журнал* 14 (1): 139–147. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2020.14\(1\).139-147](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2020.14(1).139-147).
- Зайцев, Олег А., Павел С. Пастухов. 2019. «Формирование новой стратегии расследования преступлений в эпоху цифровой информации». *Вестник Пермского университета. Юридические науки* 46: 751–776. <https://doi.org/10.17072/1995-4190-2019-46-752-777>.
- Ищенко, Евгений П., ред. 2016. *Криминалистика XXI века: стратегия и тактика развития*. М.: Проспект.
- Китаев, Николай Н., Валентина Н. Китаева. 2002. *Экспертные психологические исследования в уголовном процессе: проблемы, практика, перспективы*. Иркутск: Байкальский государственный университет экономики и права.
- Лебедев, Николай Ю., Юлия. В. Лебедева. 2019. «Управленческие компетенции следователя и особенности их реализации при расследовании преступлений». *Всероссийский криминологический журнал* 13 (6): 1017–1024. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13\(6\).1017-1024](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13(6).1017-1024).
- Манова, Нина С., Марина А. Баранова. 2019. «Принципы уголовного судопроизводства как воплощение нравственных основ уголовно-процессуальной деятельности». *Вестник Пермского университета. Юридические науки* 45: 564–593. <https://doi.org/10.17072/1995-4190-2019-45-564-593>.

- Парфенов, Александр В., Николай В. Павличенко, Юлия А. Лапунова, Александр Ф. Шуплецов. 2019. «Гносеологическая природа розыскной и идентификационной деятельности». *Всероссийский криминологический журнал* 13 (2): 243–251. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13\(2\).243-251](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13(2).243-251).
- Скуратов, Юрий И. 2019. «Современные проблемы реформирования предварительного расследования в Российской Федерации». *Всероссийский криминологический журнал* 13 (3): 477–488. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13\(3\).477-488](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13(3).477-488).

Статья поступила в редакцию 1 февраля 2021 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Низамов Вячеслав Юрьевич — канд. юрид. наук, доц.; v.nizamov@spbu.ru

Егереv Иван Михайлович — канд. юрид. наук; egerevim@mail.ru

Trends in the use of tactical techniques in the preliminary investigation

V. U. Nizamov¹, I. M. Egerev²

¹ St Petersburg State University,

7–9, Universitetskaya nab., St Petersburg, 199034, Russian Federation

² Law Office Egerev I. M., Bar Chamber of the Moscow Region,

13–30, ul. Komsomolskaya, Reutov, Moscow region, 143964, Russian Federation

For citation: Nizamov, Viacheslav U., Ivan M. Egerev. 2022. “Trends in the use of tactical techniques in the preliminary investigation”. *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 70–82. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.104> (In Russian)

This article deals with the implementation of achievements of criminalistic tactics in investigative activities, which find their expression in the developed tactical techniques for the production of certain investigative actions. Tactical techniques have been the subject of research for a long time yet while there is still no single approach to this category. In particular, there is no uniformity in proposed definitions of this concept, criteria for its admissibility, etc. It is noted that in forensic science, a fairly large number of different grounds for classifying tactical techniques have been proposed. One of the most common grounds for dividing tactical techniques is such a feature as the applied type of special sciences that were used in their development. In the classification according to the specified criterion, special attention is paid to tactical and psychological techniques, that is, based on provisions of psychology. Taking into account the fact that a number of tactical and psychological techniques are enshrined in the current criminal procedure legislation, it becomes necessary to develop recommendations that take into account their psychological content. Only if this condition is met will the established goals of criminal proceedings be attainable. The features of the use of tactical and psychological techniques during interrogation, face-to-face confrontation, and presentation for identification are considered. Such features, among other things, are due to the need to ensure the protection of the rights and freedoms of participants in criminal proceedings. Deviations from forensic recommendations are indicated, when the available tactical and psychological techniques remain unrealized due to the applied formal approach.

Keywords: interrogation, forensic tactics, classification of tactical techniques, confrontation, preliminary investigation, presentation for identification, investigative action, tactical and psychological technique, tactical technique.

References

- Baev, Oleg Ia. 1977. *Forensic tactics and the criminal procedure law*. Moscow, Voronezhskii universitet Publ. (In Russian)
- Baev, Oleg Ia. 2003. *Tactics of criminal prosecution and professional protection from it. Investigative tactics*. Moscow, Ekzamen Publ. (In Russian)
- Baev, Oleg Ia., Denis A. Solodov. 2009. *Production of investigative actions: A forensic analysis of the Criminal Procedure Code of Russia, practice, recommendations*. Moscow, Eksmo Publ. (In Russian)
- Bakhteev, Dmitrii V. 2019. "Causality and randomness as objects of perception in the structure of criminalistic thinking". *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal* 13 (2): 252–261. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13\(2\).252-261](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13(2).252-261). (In Russian)
- Bakhteev, Dmitrii V., Iuliana A. Evstratova, Diana A. Stepanenko. 2020. "The use of artificial intelligence systems in law enforcement". *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal* 14 (2): 206–214. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2020.14\(2\).206-214](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2020.14(2).206-214). (In Russian)
- Belkin Anatoly, R. 1999. *Theory of proof*. Moscow, Norma: Infra-M Publ. (In Russian)
- Belkin, Rafail S. 2001. *Criminalistics: Problems of today*. Moscow, Norma: Infra-M Publ. (In Russian)
- Brianskaia, Elena V., Vadim I. Samarin. 2019. "Expert opinion and witness testimony as key evidence in criminal cases about bringing to suicide". *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal* 13 (6): 971–979. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13\(6\).971-979](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13(6).971-979). (In Russian)
- Galanova, Ekaterina M. 2011. "Functional types of leading questions". *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Ser. Lingvistika i mezhkulturnaia kommunikatsiia* 2: 129–133. (In Russian)
- Golovin, Aleksandr Iu. 2002. *Forensic taxonomy*. Moscow, LeksEst Publ. (In Russian)
- Grinenko, Aleksandr V., Georgii A. Gudzhabidze, Vasily D. Potapov, Nikolay S. Zheleznyak. 2020. "Categories of rights and legitimate interests of the individual and their use in the field of criminal justice". *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal* 14 (1): 139–147. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2020.14\(1\).139-147](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2020.14(1).139-147). (In Russian)
- Ishchenko, Evgenii P., ed. 2016. *Criminalistics of the 21st century: Strategy and tactics of development*. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Kitaev, Nikolai N., Valentina N. Kitaeva. 2002. *Expert psychological research in the criminal process: Problems, practice, prospects*. Irkutsk, Baikal'skii gosudarstvennyi universitet ekonomiki i prava Publ. (In Russian)
- Lebedev, Nikolai Iu., Iuliia V. Lebedeva. 2019. "Managerial competencies of the investigator and the features of their implementation in the investigation of crimes". *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal* 13 (6): 1017–1024. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13\(6\).1017-1024](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13(6).1017-1024). (In Russian)
- Manova, Nina S., Marina A. Baranova. 2019. "Principles of criminal justice as the embodiment of the moral foundations of criminal procedure". *Vestnik Permskogo universiteta. Iuridicheskie nauki* 45: 564–593. <https://doi.org/10.17072/1995-4190-2019-45-564-593>. (In Russian)
- Parfenov, Alexander V., Nikolai V. Pavlichenko, Yulia A. Lapunova, Alexander F. Shupletsov. 2019. "Epistemological nature of search and identification activities". *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal* 13 (2): 243–251. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13\(2\).243-251](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13(2).243-251). (In Russian)
- Skuratov, Iurii I. 2019. "Modern problems of reforming the preliminary investigation in the Russian Federation". *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal* 13 (3): 477–488. [https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13\(3\).477-488](https://doi.org/10.17150/2500-4255.2019.13(3).477-488). (In Russian)
- Vasil'ev, Aleksandr N. 1976. *Investigative tactics*. Moscow, Iuridicheskaia literatura Publ. (In Russian)
- Vinberg, Abram I. 1965 "On the scientific foundations of forensic tactics". *Pravovedenie* 3: 78–83. (In Russian)
- Zaitsev, Oleg A., Pavel S. Pastukhov. 2019. "The formation of a new strategy for the investigation of crimes in the era of digital transformation". *Vestnik Permskogo universiteta. Iuridicheskie nauki* 46: 751–776. <https://doi.org/10.17072/1995-4190-2019-46-752-777>. (In Russian)

Received: February 1, 2021
Accepted: December 10, 2021

Authors' information:

Viacheslav U. Nizamov — PhD in Law, Associate Professor; v.nizamov@spbu.ru
Ivan M. Egerev — PhD in Law; egerevim@mail.ru

Защита законных ожиданий налогоплательщика в условиях действия и применения антиуклонительных налоговых правил: баланс частных и публичных интересов

О. А. Ногина, С. В. Овсянников

Санкт-Петербургский государственный университет,
Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9

Для цитирования: Ногина, Оксана А., Сергей В. Овсянников. 2022. «Защита законных ожиданий налогоплательщика в условиях действия и применения антиуклонительных налоговых правил: баланс частных и публичных интересов». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 83–106. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.105>

В статье анализируются общие и специальные антиуклонительные правила национального и международного права. Авторы исследуют соотношение общего и специальных антиуклонительных правил, установленных в российском налоговом законодательстве, а также определяют место судебных доктрин и официальных толкований законодательных антиуклонительных норм в механизме правоприменения. С учетом множественности правовых предписаний, судебных позиций и актов разъяснительного характера разрабатывается последовательность применения правовых положений при разрешении судебных споров. Устанавливается соотношение международных антиуклонительных правил с правилами российского налогового законодательства с указанием на главенствующую роль положений Конституции РФ и правовых позиций Конституционного Суда РФ в системе антиуклонительных предписаний, включая международные договоры. Предлагаются система и иерархия антиуклонительных норм. Особое внимание уделяется исследованию принципа защиты налогоплательщиками своих законных ожиданий как гарантии обеспечения частного интереса в сфере налоговых отношений. Реализация налогоплательщиками права на защиту своих законных ожиданий рассматривается в контексте получения ими обоснованной налоговой выгоды. Проводится исследование методов расчета налога, включая расчетный метод, используемых для определения размера налоговой выгоды, в условиях защиты налогоплательщиками своих законных ожиданий снижения размера налогового бремени. Делается вывод о необходимости законодательного признания за налогоплательщиком права на самостоятельное применение им расчетного метода исчисления налога, особенно в условиях непредвиденных обстоятельств. Поддерживается подход судебной практики, согласно которому защита имущественных налоговых последствий, ожидаемых в результате совершенных сделок, может осуществляться в судебном порядке, исходя из первоначальных законных ожиданий, несмотря на исполнение налогоплательщиком предписаний налогового органа по уплате недоимки, пеней и штрафов.

Ключевые слова: уклонение от налогообложения, антиуклонительные налоговые правила, двойное налогообложение, законные ожидания налогоплательщика, налоговое планирование, налоговая выгода, необоснованность налоговой выгоды, расчетный метод.

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2022

1. Введение

Динамичное развитие экономических процессов в условиях современной технологической реальности, включая появление новых разновидностей транснациональных бизнес-структур, сформировало серьезную потребность в правовом исследовании современных правовых механизмов обеспечения частных и публичных интересов в сфере исполнения обязанностей по уплате налоговых платежей.

По мнению Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), одним из приоритетных направлений налоговой политики государства, развития налогового законодательства и судебной практики должно быть обеспечение «справедливого баланса» между требованиями общественных интересов и требованиями защиты основных прав человека¹. Общественные интересы состоят, в частности, в обеспечении финансовой стабильности системы налогообложения, ключевыми элементами поддержания которой следует признать полное и своевременное исполнение всеми налогоплательщиками обязанностей по представлению отчетности и уплате налога и в конечном счете предотвращение любых видов злоупотреблений в исполнении налоговых обязанностей (Ногина 2019, 81). В связи с этим ЕСПЧ и Конституционный Суд РФ признали, что попытки злоупотребления системой налогообложения должны пресекаться, а в национальном законодательстве необходимо предусмотреть требование особой осмотрительности лиц, являющихся налогоплательщиками, с целью предотвращения таких злоупотреблений².

Следуя необходимости защиты публичных интересов от злоупотреблений налогоплательщиков, различные государства вводят в структуру своего внутреннего налогового законодательства антиуклонительные правила различной направленности, как препятствующие налогоплательщикам использовать гражданско-правовые сделки и финансовые операции для уклонения от налогообложения (в частности, в российском налоговом законодательстве это прежде всего ст. 54.1 Налогового кодекса РФ от 31.07.1998 № 146-ФЗ (далее — НК РФ)), так и антиуклонительные нормы, регулирующие налоговые последствия совершения внешнеэкономических сделок и финансовые результаты деятельности международных групп взаимозависимых компаний (в частности, нормы ст. 7 и 9 НК РФ об определении бенефициарного собственника, о применении сквозного подхода при использовании соглашений об избежании двойного налогообложения, о трансфертном ценообразовании и др.).

Кроме внутринациональных норм налогового законодательства антиуклонительного характера, а также судебных доктрин о необоснованности налоговой выгоды, о деловой цели финансовых операций, о приоритете существа над формой, об игнорировании правосубъектности организации и др., активно развивается межгосударственное взаимодействие по противодействию уклонения от налогообложения, результатом которого являются разработка и внедрение в налоговую практику государств положений Многосторонней конвенции по противодействию

¹ Пункт 62 Постановления ЕСПЧ от 22.01.2009 «Дело “Булвес АД” (“Bulves AD”) против Болгарии» (жалоба № 3991/03) (здесь и далее все ссылки на российские и международные нормативно-правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 22 января, 2021. <http://www.consultant.ru>).

² Определение Конституционного Суда РФ от 04.07.2017 № 1440-О.

размыванию налоговой базы (Base Erosion and Profit Shifting, план BEPS)³, Международной конвенции о взаимной административной помощи по налоговым делам⁴, Международной программы соответствия требованиям налогового законодательства (International Compliance Assurance Programme, ICAP)⁵ и др.

Таким образом, складывается многоуровневая система антиуклонительных правил, состоящая из норм и положений международных правовых актов и договоров, с одной стороны, и внутригосударственных — с другой. Естественно, что при наличии такой сложной комплексной системы правового регулирования отношений в сфере исчисления и уплаты налогов необходимо выстроить систему приоритетов в применении норм национального и международного права с учетом того, что налоговые отношения внутри каждой страны базируются на реальном состоянии ее экономики и определяются основными направлениями налоговой политики конкретного государства. Именно поэтому одной из базовых современных проблем, исследуемых в данной статье, и выступают анализ и выявление очередности правоприменения антиуклонительных норм различного уровня и правового характера.

Однако поддержание баланса частных и публичных интересов в сфере налогообложения должно обеспечивать не только требования публичного субъекта, но и эффективную защиту интересов более слабой стороны во властных налоговых отношениях — интересов налогоплательщика. В связи с этим в правовой системе любого государства существует основополагающая совокупность принципов, обеспечивающая справедливое налогообложение добросовестному налогоплательщику. Базовым принципом любого демократического общества признается принцип поддержания доверия граждан к закону, на базе которого в сфере налоговых отношений Конституционным Судом РФ и Верховным Судом РФ сформулирован принцип и разработана судебная доктрина защиты законных ожиданий налогоплательщика⁶.

Исследованию защиты законных ожиданий и законных интересов налогоплательщиков посвящено достаточное число научных исследований, авторы которых глубоко анализируют смысловое наполнение категорий «законные ожидания» и «законные интересы» налогоплательщиков, формы существования и способы защиты законных ожиданий и интересов юридических и физических лиц в налоговой сфере (Андрюшин 2019; Журавлева 2018; Пилипенко 2020; Цветкова 2020; Ядрихинский 2019а; Ядрихинский 2019b; Ядрихинский 2020а; Ядрихинский 2020b; Ядрихинский 2020с; Попкова 2020 и др.). В то же время предметом настоящей работы выступает анализ практических проблем реализации налогоплательщиком своего права на защиту законных интересов в условиях применения антиуклонитель-

³ “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (Russian version). OECD Publishing”. ОЭСР. 2014. Дата обращения 22 ноября, 2021. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207837-ru>.

⁴ Многосторонняя конвенция по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения (заключена в г. Париже 24.11.2016).

⁵ ICAP. Дата обращения 22 ноября, 2021. <https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/international-compliance-assurance-programme.htm>.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 20.07.2011 № 20-П; Определение Конституционного Суда РФ от 02.04.2015 № 583-О; Определение Верховного Суда РФ от 19.07.2019 № 305-КГ18-17303.

ных норм и, как результат такой защиты, исчисление итоговой суммы налога, исходя из законных ожиданий налоговых имущественных последствий совершенной налогоплательщиком гражданско-правовой сделки и конкретного имущественного результата, полученного в рамках гражданского оборота.

2. Основное исследование

2.1. Система антиуклонительных налоговых норм и судебных доктрин в механизме правоприменения

В систему российского налогово-правового регулирования отношений по исчислению и уплате налоговых платежей включен целый ряд антиуклонительных законодательных норм, установленных в НК РФ, различающихся по направленности в зависимости от категории экономических отношений, складывающихся в условиях гражданского оборота и связанных с получением налогоплательщиком экономической выгоды в различной форме. В то же время, как показывает практика правоприменения, одной только законодательной нормы, с учетом ее возможного несовершенства или отсутствия такой нормы как таковой, недостаточно для разрешения возникающих на практике ситуаций, что обуславливает необходимость восполнения дефектов законодательных предписаний разъяснениями уполномоченных финансовых или налоговых органов, а также судебным истолкованием соответствующих норм. По мнению Конституционного Суда РФ, нормотворческие дефекты отчасти корректируются правоприменительной, прежде всего судебной, практикой через толкование пробельных норм в процессе разрешения конкретных споров⁷. В научной концепции развития финансового законодательства, разработанной Институтом законодательства и сравнительного правоведения, сделан обоснованный прогноз: в условиях нестабильности национального и глобального контекстов нормативные модели финансового регулирования могут отставать от потребностей меняющейся реальности, что усилит роль подзаконного правового регулирования и судов (Нарышкин, Хабриева, Абрамова 2015). Помимо формирования судебных подходов, толкование законодательных предписаний может осуществляться путем разъяснения нормативного содержания того или иного законоположения, что требует принятия уполномоченным органом соответствующего акта, с тем чтобы довести его до сведения всех субъектов правоотношений, на которых распространяется разъясняемое предписание закона⁸. В налоговой сфере такие полномочия предоставлены финансовым органам, а в установленных НК РФ случаях — налоговым органам. Таким образом, при разрешении конкретных налоговых споров, особенно рассматриваемых в ходе налоговых административных процедур, кроме самой законодательной нормы, большое значение будет придаваться ее истолкованию, данному финансовым или налоговым органом.

В то же время при осуществлении правоприменительной деятельности возникает проблема соотношения различных антиуклонительных норм, установленных

⁷ Информация Конституционного Суда РФ от 23.06.2016 «Конституционно-правовые аспекты совершенствования нормотворческой деятельности (на основе решений Конституционного Суда РФ 2013–2015 гг.)».

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 31.03.2015 № 6-П.

в НК РФ, которая заключается в возможности распространения общих положений ст. 54.1 НК РФ на процесс применения положений специальных антиуклонительных норм, установленных, в частности, ст. 7 и 312 НК РФ об определении бенефициарного собственника, о применении сквозного подхода при применении соглашений об избежании двойного налогообложения, о трансфертном ценообразовании (разд. V.1 НК РФ) и др. По мнению, высказываемому налоговыми органами, положения ст. 54.1 «Пределы осуществления прав по исчислению налоговой базы и/или суммы налога, сбора, страховых взносов» НК РФ имеют характер общей антиуклонительной нормы по отношению к правилам налогообложения, направленным на исключение злоупотреблений и обход налогового закона по конкретным видам хозяйственных операций. Однако при применении указанных выше специальных положений ст. 7, 312, 269 НК РФ и др. общие положения ст. 54.1 НК РФ могут использоваться только в случае, если налогоплательщики допускают искажение сведений о фактах хозяйственной жизни с целью обхода условий применения норм, определяющих правила налогообложения, и в случае формального, а не реального соблюдения ими установленных требований (например, для выполнения установленных ст. 269 НК РФ показателей капитализации и т.п.). В ситуации добросовестного поведения налогоплательщика должен применяться иной принцип, обеспечивающий баланс частных и публичных интересов, — принцип защиты законных ожиданий налогоплательщика.

Налоговое законодательство, по мнению Конституционного Суда РФ, не исключает действия принципа диспозитивности в налоговых правоотношениях и допускает возможность выбора налогоплательщиком наиболее оптимального способа организации экономической деятельности и налогового планирования, выбора того или иного метода учетной политики, применения налоговых льгот или отказа от них, которая, однако, не должна использоваться для неправомерного сокращения налоговых поступлений в бюджет в результате злоупотребления налогоплательщиков своими полномочиями. Такое законодательное регулирование направлено на согласование интересов государства и налогоплательщиков, оно определяет меру свободы усмотрения налогоплательщиков в процессе исполнения ими конституционной обязанности по уплате налогов, при которой они вправе самостоятельно осуществлять налоговое планирование⁹. Иными словами, граница между применением антиуклонительных норм и защитой законного интереса налогоплательщика проходит через анализ мотивации и реальных экономических последствий совершенных налогоплательщиком гражданско-правовых сделок, хозяйственных и финансовых операций. Именно указанные обстоятельства диктуют появление в российском налоговом законодательстве и судебной доктрине общих антиуклонительных положений, содержащих необходимые критерии (тест деловой цели сделки, тест исполнения обязательств надлежащим контрагентом, тест реальности и документальной подтвержденности хозяйственной операции и др.) и позволяющих оценить правомерность и реальность экономической деятельности налогоплательщика.

Однако применение ст. 54.1 НК РФ к специальным правилам повлечет необходимость исследования обстоятельств, которые раньше глубоко и детально не из-

⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 03.06.2014 № 17-П; Определение Конституционного Суда РФ от 07.11.2008 № 1049-О-О.

учались в ходе судебных разбирательств при применении тонкой капитализации или определении бенефициарного собственника, а анализировались по совокупности обстоятельств (в частности, исполнение сделки надлежащим лицом, реконструкция налоговых обязательств и др.). По мнению Конституционного Суда РФ, законодатель не освобождает налоговые органы от обязанности принимать в рамках контрольных процедур исчерпывающие меры, направленные на установление действительного размера налогового обязательства налогоплательщика (налогового агента), что исключало бы возможность вменения ему налога в размере большем, чем это установлено законом¹⁰. На основании этой правовой позиции Конституционного Суда РФ арбитражная судебная практика в настоящее время в ходе применения положений ст. 54.1 НК РФ при разрешении большинства судебных дел формирует концепцию реконструкции налогового обязательства налоговым органом, которая должна в максимальной степени обеспечить установление действительного размера подлежащего уплате налога¹¹. В то же время судебная практика, связанная с разрешением споров по установлению бенефициарного собственника, идет по пути признания за налоговыми органами права не устанавливать лицо, являющееся бенефициарным собственником¹². Очевидно, что распространение положений ст. 54.1 НК РФ и судебных правовых позиций, согласно которым необходима реконструкция налогового обязательства, может оказать существенное влияние, в частности, на практику по делам о бенефициарном собственнике и по иным делам, рассматриваемым в связи с применением специальных антиуклонительных норм.

По мнению В. А. Гидирима, общие нормы о недопущении налоговых злоупотреблений могут быть использованы по отношению к неограниченному кругу ситуаций и потому предоставляют налоговым органам наиболее широкие возможности (Гидирим 2018). Такие нормы часто квалифицируются как правовая доктрина противодействия налоговым злоупотреблениям, или общее антиуклонительное правило (General Anti-Avoidance Rule, GAAR), они составляют самостоятельную группу антиуклонительных норм. Такие правила могут быть предусмотрены в самом национальном налоговом законодательстве (Statutory GAAR) или существовать на уровне судебной доктрины (Jurisprudence-Based GAAR) (Винницкий 2018, 54–55). Основная цель общих антиуклонительных правил состоит в том, чтобы не предоставлять налогоплательщикам налоговые льготы и вычеты, которые они получают путем структурирования сделок в целях получения налоговой выгоды, не соответствующей целям и смыслу закона (Гидирим 2018, 710–712). Иногда, кроме GAAR, в литературе также исследуются специальные правила — SAAR (Special Anti-Avoidance Rules), к которым относят упомянутые выше правила контролируемых иностранных компаний, правила трансфертного ценообразования, правила

¹⁰ Постановления Конституционного Суда РФ от 28.03.2020 № 5-П, от 17.03.2009 № 5-П и от 22.06.2009 № 10-П.

¹¹ Постановления Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 09.07.2020 № Ф04-611/2020 по делу № А27-17275/2019; от 12.12.2019 № Ф04-5659/2019 по делу № А27-15033/2018; Определение Верховного Суда РФ от 25.03.2020 № 304-ЭС20-3023 по делу № А27-15033/2018; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 23.01.2020 № Ф09-9691/19 по делу № А50-17644/2019.

¹² Письмо Федеральной налоговой службы РФ от 28.04.2018 № СА-4-9/8285 «О практике рассмотрения споров по применению концепции лица, имеющего фактическое право на доход (бенефициарного собственника)».

недостаточной (тонкой) капитализации, концепцию бенефициарного собственника дохода (фактического права на доход).

Антиуклонительная национальная концепция начала развиваться в России в связи с разработкой Конституционным Судом РФ правовой позиции, согласно которой налогоплательщик должен придерживаться добросовестности при исполнении обязанности по уплате налога¹³. Однако в дальнейшем более глубоко она была изложена в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — ВАС РФ) от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды», сформировавшем подходы судебной практики к оценке действий налогоплательщика задолго до появления ст. 54.1 в НК РФ. Вслед за этим постановлением стали развиваться конституционно-правовые подходы к обеспечению баланса частных и публичных интересов в налоговой сфере, связанные с признанием права налогоплательщика на законное налоговое планирование и защиту законных интересов и отграничением такого планирования от злоупотреблений со стороны налогоплательщика в сфере налоговых отношений¹⁴. Лишь в 2017 г. в российское налоговое законодательство была введена ст. 54.1 НК РФ, закрепившая основные антиуклонительные правила в сфере налогообложения. Таким образом, российское антиуклонительное правовое регулирование в сфере налоговых отношений прошло длительный путь развития от отдельных правовых судебных позиций к формированию судебной доктрины и в конечном счете к появлению законодательных антиуклонительных норм. Заметим, что в целом ряде стран наблюдается тенденция кодифицировать антиуклонительные доктрины, сформулированные судами, для обеспечения определенности правового регулирования, однако это может повлечь опасность превалирования правовых предписаний над экономической сущностью хозяйственных операций (Mosquera Valderrama, Burgers 2019, 4; Xiong, Evans 2014, 688; Savvaidou, Athanasaki 2019, 170–172).

В результате система внутрисистемного антиуклонительного механизма правового регулирования включает в себя следующие основные составляющие: 1) общие положения ст. 54.1 НК РФ; 2) специальные налоговые нормы, регулирующие налоговые последствия при совершении экономических операций специального характера (правила о бенефициарном собственнике, о контролируемых иностранных компаниях, о трансфертном ценообразовании и др.); 3) судебные правовые позиции Конституционного и Верховного Судов РФ, а также продолжающие действовать постановления Пленума ВАС РФ по вопросам применения налогового законодательства; 4) официальные разъяснения финансовых или налоговых органов о применении антиуклонительных норм, адресованные неопределенному кругу лиц¹⁵; 5) разъяснения финансовых, налоговых и иных уполномоченных органов, данные конкретному налогоплательщику по его запросу.

¹³ Постановление Конституционного Суда РФ от 12.10.1998 № 24-П; Определение Конституционного Суда РФ от 25.07.2001 № 138-О.

¹⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 03.06.2014 № 17-П.

¹⁵ См., напр.: Письмо Федеральной налоговой службы РФ (далее — ФНС РФ) от 31.10.2017 № ЕД-4-9/22123 «О рекомендациях по применению положений ст. 54.1 Налогового кодекса РФ»; Письмо ФНС РФ от 16.08.2017 № СА-4-7/16152 «О применении норм Федерального закона от 18.07.2017 № 163-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса РФ»».

Помимо внутрироссийского национального антиуклонительного регулирования, в правовую систему РФ включены международные правовые акты, содержащие антиуклонительные нормы, в частности многосторонняя Конвенция по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения, ратифицированная Федеральным законом от 01.05.2019 № 79-ФЗ (международные нормы GAAR). Указанное обстоятельство значительно усложняет проблему соотношения антиуклонительных норм уже на уровне национального и международного правового регулирования (Хаванова 2016, 30–43; Хаванова 2015, 18–22; Хаванова 2019, 40–43). В научной литературе выделяются следующие виды соотношений международных и внутригосударственных антиуклонительных правил: 1) ситуация отсутствия конфликта между международными и внутренними антиуклонительными нормами, предусматривающая применение внутригосударственных норм в контексте международных налоговых соглашений без специальных отсылочных норм в самих нормах и соглашениях; 2) ситуация, когда для применения внутренних антиуклонительных норм необходима отсылочная норма в международном договоре; 3) ситуация, когда для применения антиуклонительных норм к международным сделкам необходимы специальные нормы GAAR, составляющие часть международного договора, — в этом случае налоговые соглашения могут содержать самостоятельные нормы «международного договорного» GAAR, так называемые *treaty GAAR*; 4) устранение противоречий между внутригосударственными и международными актами путем толкования международных соглашений (Гидирим 2018, 722–738).

Наряду с общепризнанными принципами и нормами международного права международные договоры РФ подлежат включению в правовую систему РФ (ст. 15 Конституции РФ). В то же время в правовой системе РФ, основанной на верховенстве Конституции РФ, правила международного договора, если они противоречат ее положениям, не могут применяться. В свою очередь, в обязанности органов государственной власти при имплементации международных договоров в правовую систему России, предполагающей в том числе соотнесение законодательства РФ с ее обязательствами по международным договорам, входят признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина и недопущение нарушений основ конституционного строя. Иное противоречило бы конституционным принципам народовластия и суверенитета РФ¹⁶.

В частности, Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал, что положения международного договора РФ обладают в правоприменительном процессе большей юридической силой, чем федеральный закон, но не равной и не большей, чем юридическая сила Конституции РФ¹⁷. Согласно ст. 15 Конституции РФ, если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Тем самым закрепляется правоприменительный приоритет норм международного договора перед нормами федерального закона и происходит замещение в соответствующей части внутригосударственного законодательного регулирования.

¹⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 09.07.2012 № 17-П.

¹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 19.04.2016 № 12-П.

Однако имплементация положений международного права в российскую правовую систему допустима лишь при соблюдении их соответствия положениям Конституции РФ и выявленному конституционно-правовому смыслу этих положений, который отражается в правовых позициях Конституционного Суда РФ. Заметим, что Федеральный закон от 14.03.2020 № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» изложил ст. 79 Конституции РФ в новой редакции, предусматривающей, в частности, что решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров РФ в их истолковании, противоречащем Конституции РФ, не подлежат исполнению в Российской Федерации. Таким образом, в правовой системе РФ окончательно закреплён приоритет положений Конституции РФ, а также истолкования ее норм, что даёт возможность судам при разрешении конкретных дел руководствоваться в первую очередь смысловым содержанием правовых позиций Конституционного Суда РФ, в том числе по вопросам применения налогового законодательства, и даже в тех случаях, когда такое истолкование расходится с истолкованием международных соглашений, данным иностранными судами и иностранными налоговыми органами.

Правоприменительный приоритет международных договоров России об устранении двойного налогообложения, а также международных Конвенций, ратифицированных РФ, закреплён в ст. 7 НК РФ; он предусматривает обязанность судов применять положения международных договоров в случаях, когда национальное законодательство вступает в противоречие с международными правовыми актами и устанавливает иное правовое регулирование исполнения налоговых обязанностей лиц. Однако прямое применение нормы международного договора зачастую невозможно без дополнительного истолкования юридического и экономического смысла налогооблагаемой операции, выявление которого осуществляется только в случае обращения правоприменителя к положениям официальных комментариев к соответствующим договорам и Конвенциям. По мнению Верховного Суда РФ, в силу п. 1 ст. 31 Венской конвенции «О праве международных договоров», заключённой 23.05.1969, международный договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора¹⁸. Согласно ст. 32 Венской конвенции, одним из средств толкования международных соглашений об устранении двойного налогообложения, заключённых в соответствии с Модельной конвенцией об избежании двойного налогообложения Организации экономического сотрудничества и развития (далее — ОЭСР), являются Комментарии ОЭСР к указанной Модельной налоговой конвенции. Анализ судебной практики показывает, что при разрешении конкретных дел российские суды прибегают к Комментариям ОЭСР для целей толкования международных налоговых соглашений, а в некоторых случаях и для целей толкования норм национального налогового законодательства как к актам рамочного¹⁹, рекомендательного, дополнительного

¹⁸ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.03.2018 № 304-КГ17-8961 по делу № А27-25564/2015; Письмо ФНС РФ от 06.05.2019 № СА-4-7/8448 «Обзор судебных споров по вопросам применения положений международных налоговых договоров и злоупотребления законодательством при трансграничных операциях».

¹⁹ Постановление Президиума ВАС РФ от 15.11.2011 № 8654/11.

правового характера, устанавливающим общие принципы и подходы к устранению двойного налогообложения (Мачехин, Токарева 2018), т. е. рассматривают их как акты «мягкого права» (Демин 2013; Демин 2015; Пономарева 2018). Мягкое право определяется в научной литературе как совокупность правил поведения, изложенных в актах, не являющихся источниками международного права и не имеющих обязательной юридической силы, но которые тем не менее могут иметь определенные (косвенные) правовые последствия, нацелены на такие последствия и практически могут к ним привести (см., напр.: Senden 2004, 112). Обычно к мягкому праву, формируемому властными субъектами, относят различного рода правовые акты, такие как руководства, инструктивные указания, циркуляры, обыкновения практики, этические кодексы и конвенции (Weeks 2014, 3).

Кроме официальных комментариев к международным договорам, к актам мягкого права можно отнести акты официального истолкования договоров, даваемые компетентными финансовыми и налоговыми органами договаривающихся государств, а также судебные решения международных судов, содержащих правовые позиции, затрагивающие предмет спора между налогоплательщиком и налоговым органом, рассматриваемого в российском суде. В совокупности акты мягкого права формируют сложившуюся международную практику, стандарты и правила применения судами и государственными органами различных государств международно-правовых актов. Как показывает российская судебная практика, арбитражные суды при разрешении налоговых споров, связанных с необходимостью применения антиуклонительных правил, установленных не только в российском, но и в международном законодательстве, для выявления экономического и юридического смысла проводимых налогоплательщиком операций широко прибегают к указанным выше международным актам мягкого права, не признавая за ними обязательного характера и адаптируя их истолкование под российскую экономическую и юридическую действительность. В частности, в п. 13 Обзора практики разрешения судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 12.07.2017, разъяснено, что налоговые льготы, предусмотренные международными договорами РФ, не предоставляются в отношении трансграничных операций, главной целью совершения которых являлось получение дохода ее участниками исключительно или преимущественно за счет налоговой выгоды (создания благоприятных условий налогообложения) в отсутствие намерения осуществлять экономическую деятельность. При этом категория налоговой выгоды рассматривается и оценивается именно в контексте российского налогового законодательства и судебной доктрины.

Таким образом, вышеприведенные рассуждения выявляют целую систему комплексного антиуклонительного регулирования, сочетающую положения российских общих и специальных антиуклонительных правил, судебных правовых позиций и официальных истолкований внутривнутрироссийского налогового законодательства, с одной стороны, и международно-правовых норм международных договоров и Конвенций, а также положений актов мягкого права (рекомендаций, комментариев и др.) и судебных решений международных судов — с другой (Cordeiro Guerra, Mastellone 2009, 512–513). Естественно, что указанная совокупность правовых актов должна рассматриваться с точки зрения приоритетности и очередности их применения в конкретных делах при изучении объективно сложившихся эко-

номических отношений их участников для защиты публичного интереса РФ при взимании налогов в бюджетную систему.

Заметим, что приоритет той или иной системы антиуклонительных норм и правил — национальной системы над международной или наоборот — может меняться при разрешении конкретного дела в зависимости от главного критерия, упомянутого выше и закрепленного в правовых позициях Конституционного Суда РФ, т. е. от соответствия положений международных актов положения Конституции РФ и конституционному смыслу положений внутрироссийского налогового закона. Указанный приоритет в настоящее время представляется закрепленным в новой редакции норм Конституции РФ, что позволяет давать оценку международным антиуклонительным правилам с этих позиций. В противном случае, когда нет такого очевидного выявленного Конституционным Судом РФ противоречия конституционному смыслу налогового закона, действует иной конституционный принцип — приоритета положений международного договора над внутринациональным законодательством, влекущий за собой в том числе возможность применения актов международного права, дающих толкование положениям международного договора. В этом случае российские антиуклонительные правила должны применяться в контексте международного договора.

2.2. Правовые механизмы обеспечения принципа защиты законных ожиданий налогоплательщика

Современная юридическая наука и судебная практика, прежде всего Конституционного Суда РФ, разработали и выявили сущность основных базовых принципов налогового права, к числу которых относится принцип правовой определенности в налоговых отношениях, обеспечивающий, в свою очередь, реализацию принципа поддержания доверия граждан к закону и действиям государства. Как отмечал Конституционный Суд РФ, указанный принцип предполагает сохранение разумной стабильности правового регулирования и недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм. Соблюдение данного принципа имеет большое значение для обеспечения единства правоприменительной практики, которая посредством своих разъяснительных актов призвана способствовать повышению определенности налогового правового регулирования и выявлению его смысла²⁰.

По мнению зарубежных авторов, неопределенность в применении правил антиуклонительных норм и обусловленная этим обстоятельством сложность в достижении баланса частных и публичных интересов усугубляются отсутствием общего нормативного определения уклонения от уплаты налогов, трудностями в нахождении границ между законным и незаконным налоговым планированием, а также судебными решениями в отношении применения GAAR и судебных доктрин против уклонения от уплаты налогов (Mosquera Valderrama, Burgers 2019, 4). Кроме того, в зарубежной литературе подчеркивается, что существование правовой стабильности и предсказуемости основывается на четких и конкретных правилах, а это не

²⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 28.11.2017 № 34-П; Определение Конституционного Суда РФ от 02.04.2015 № 583-О; Постановления Конституционного Суда РФ от 24.05.2001 № 8-П; от 29.01.2004 № 2-П; от 20.04.2010 № 9-П; от 20.07.2011 № 20-П; от 27.03.2012 № 8-П.

очень хорошо сочетается с идеологией обобщения, лежащей в основе GAAR. Поэтому ученые утверждают, что GAAR ведет к увеличению правовой неопределенности для налогоплательщиков в силу своего обобщенного характера и препятствует законным деловым операциям (Xiong, Evans 2014, 688).

По мнению А. В. Демина, правомерные ожидания налогоплательщика являются одной из составляющих принципа определенности права, когда каждое лицо, поступающее правомерно и добросовестно, вправе полагать, что и другие лица (включая властных субъектов) будут вести себя правомерно и добросовестно (Демин 2015, 15–16). На необходимость соблюдения правовой определенности в деятельности фискальных органов (особенно в области налогового контроля и ответственности) неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, отмечая, в частности, следующее: налогоплательщик вправе предполагать, что если налоговый орган не обращается к нему за объяснениями или документами, подтверждающими декларируемые налоги, то у налогового органа нет сомнений в правильности уплаты налогов. Иное означало бы нарушение принципа правовой определенности и вело бы к произволу налоговых органов²¹ (Ногина 2019, 82). Обеспечение баланса частных и публичных интересов как проявление принципа справедливости в налоговых отношениях невозможно без предсказуемости поведения сторон и наличия стабильных правил регулирования такого поведения.

Специалисты акцентируют внимание на том, что проявлением принципа справедливости выступает требование защиты не любых, а только правомерных ожиданий налогоплательщика. Указанное следствие принципа справедливости упрощенно определяется так: право по своей сути не может давать необоснованных преимуществ, вследствие чего публичной защите подлежат только те блага субъектов права, которые приобретены ими в соответствии с общими целями правового регулирования, в том числе с учетом принципа юридического равенства, без необоснованных конкурентных преимуществ (Тютин 2020). Презумпция добросовестности сторон имущественных отношений (ст. 10 Гражданского кодекса РФ (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ) не предполагает, что конституционная защита может распространяться на ожидания, связанные со стремлением одной стороны правоотношения нарушить права и законные интересы другой стороны²². Данная правовая позиция проявляется при рассмотрении конкретных судебных разбирательств в тех случаях, когда суд отказывает налогоплательщику в удовлетворении его требований в том числе по тому основанию, что защите подлежат именно правомерные ожидания лица²³.

В сфере налоговых отношений правомерность ожиданий налогоплательщика определяется на основании предоставленных ему налоговым законодательством льгот и преимуществ, которые касаются реализации как имущественных прав налогоплательщика, связанных со снижением или освобождением от налогового изъятия²⁴, так и его прав в сфере неимущественных отношений, в частности от-

²¹ Определение Конституционного Суда РФ от 12.07.2006 № 267-О.

²² Постановление Конституционного Суда РФ от 20.07.2011 № 20-П.

²³ Определение Верховного Суда РФ от 19.07.2019 № 305-КГ18-17303.

²⁴ Кстати, складывающаяся судебная практика идет по пути интерпретации законных ожиданий налогоплательщика именно как ожиданий по снижению суммы налога. См., напр.: Определение Верховного Суда РФ от 06.03.2018 № 308-КГ17-14457.

ношений налогового контроля и привлечения к ответственности. По мнению Конституционного Суда РФ, с точки зрения конституционного принципа правового государства недопустимо игнорирование правомерных ожиданий субъектов соответствующих экономических (инвестиционных, таможенных) правоотношений в части возможного применения льгот и преференций²⁵.

Порядок реализации законных ожиданий налогоплательщика определяется, как правило, формальными требованиями документального подтверждения фактов осуществления реальной хозяйственной деятельности, ведения им в установленном порядке налогового и бухгалтерского учета, подтверждающими его право на получение налоговой выгоды. Таким образом, защита имущественных законных ожиданий налогоплательщика в сфере налоговых отношений сводится в большей степени к доказыванию обоснованности полученной им налоговой выгоды, т.е. обоснованность полученной налогоплательщиком налоговой выгоды фактически подтверждает законность его ожиданий и наоборот. Стремление налогоплательщика оптимизировать налоговые последствия своей хозяйственной деятельности является его экономически обоснованным желанием снизить издержки, вызванные уплатой налогов, чтобы в конечном счете реализовать свою главную цель — получение прибыли в наиболее высоком размере.

Защита законных ожиданий налогоплательщика в связи с имеющимся у него правом на применение налоговых преференций обуславливается его предпринимательской деятельностью в условиях гражданского оборота, поскольку именно имущественные последствия гражданско-правовых сделок создают базу для формирования законных интересов в налоговой сфере. Совершая те или иные действия в гражданском обороте, юридические и физические лица оценивают свои возможные налоговые обязательства, исходя из тех имущественных последствий, которые наступят в результате заключения гражданско-правовых договоров или совершения иных юридически значимых действий. Экономическая целесообразность решений, принимаемых органами юридического лица или индивидуальным предпринимателем, определяется ими самостоятельно, поскольку только сами налогоплательщики обладают широкой дискрецией при принятии решений в сфере бизнеса в силу рискованного характера предпринимательской деятельности²⁶.

По мнению Конституционного Суда РФ, налогоплательщик в любом случае самостоятельно осуществляет выбор направления своей предпринимательской деятельности, заключая различные гражданско-правовые договоры со своими контрагентами — физическими и юридическими лицами (розничная купля-продажа, поставка и др.), и, следовательно, исполняет свои налоговые обязанности в рамках той или иной системы налогообложения, применимой к выбранному виду деятельности. Разрешение же споров о налоговых последствиях квалификации сделок, заключенных налогоплательщиками с третьими лицами, т.е. фактически споров о законности ожиданий налогоплательщика, относится к компетенции судов, которые не должны ограничиваться установлением только формальных условий применения норм законодательства о налогах и сборах. В случае сомнений в правомерности применения налогоплательщиком названной системы налогообложения суд

²⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 02.04.2015 № 583-О.

²⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 24.02.2004 № 3-П.

обязан установить, исследовать и оценить всю совокупность имеющих значение для правильного разрешения дела обстоятельств²⁷.

В развитие своих правовых позиций о самостоятельности выбора налогоплательщиком форм предпринимательской деятельности Конституционный Суд РФ для сферы налоговых последствий имущественного перераспределения, осуществляемого в рамках гражданского оборота, отмечает, что правила НК РФ предусматривают возможность выбора налогоплательщиком наиболее оптимального способа организации экономической деятельности и налогового планирования. При этом НК РФ определяет меру свободы усмотрения налогоплательщиков в процессе исполнения ими конституционной обязанности по уплате налогов, при которой они вправе самостоятельно осуществлять налоговое планирование при соблюдении законодательных ограничений. Налоговое законодательство не исключает в налоговых правоотношениях действия принципа диспозитивности и допускает возможность выбора налогоплательщиком того или иного метода учетной политики (применения налоговых льгот или отказа от них, применения специальных налоговых режимов и т. п.), которая, однако, не должна использоваться для непропорционального сокращения налоговых поступлений в бюджет в результате злоупотребления налогоплательщиков своими правомочиями²⁸ (Ногина 2019, 81).

В зарубежной практике также признается право налогоплательщика выбирать правовую форму, в которой он будет осуществлять свой бизнес или другую деятельность, а также структуру своих операций. Частное право предлагает организациям и физическим лицам множество вариантов, когда достичь схожих экономических результатов можно с помощью различных форм частного права, тогда как налоговые последствия при этом могут сильно различаться. В качестве отправной точки налогоплательщик может принять во внимание экономию налогов и выбрать юридические формы и структуры транзакций, которые предполагают наименьшую сумму налога, подлежащего уплате (Zimmer 2019, 220).

Таким образом, признавая законное право налогоплательщика на осуществление налогового планирования, т.е. фактически на формирование имущественных законных ожиданий от планируемых к совершению гражданско-правовых сделок, Конституционный Суд РФ в то же время отмечает, что правоприменительная практика с учетом всего многообразия хозяйственных отношений в сфере осуществления предпринимательской деятельности ориентируется на признание налоговой выгоды необоснованной в случаях, если для целей налогообложения учтены операции не в соответствии с их действительным экономическим смыслом²⁹ (Ногина 2019, 81). В то же время при оценке целеполагания той или иной гражданско-правовой сделки необходимо помнить, что возможность достижения того же экономического результата с меньшей налоговой выгодой, полученной налогоплательщиком путем совершения предусмотренных или не запрещенных законом операций, не является основанием для признания налоговой выгоды необоснованной³⁰ (Ногина 2019, 84).

²⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 17.07.2012 № 1282-О.

²⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 03.06.2014 № 17-П.

²⁹ Постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды»; Определение Конституционного Суда РФ от 04.07.2017 №1440-О.

³⁰ Пункт 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 53.

При анализе законодательства и судебных доктрин большинства государств указывается на то, что «разумное налоговое планирование», как правило, допустимо, если оно не достигает пороговых значений, вызывающих применение правил предотвращения уклонения от налогов. Разница между «разумным налоговым планированием» и «агрессивным налоговым планированием» заключается прежде всего в реальности или искусственности совершаемых налогоплательщиком хозяйственных операций. Рекомендации Европейской Комиссии по агрессивному налоговому планированию гласят, что «договоренность или серия договоренностей являются искусственными, если они не имеют коммерческого содержания». В Рекомендациях национальным налоговым органам предлагается устанавливать одно или несколько из шести положений: 1) несоответствие между юридической характеристикой отдельных шагов, из которых состоит соглашение, и юридической сущностью соглашения в целом; 2) договоренность или ряд договоренностей, которые не обусловлены разумным деловым поведением; 3) договоренности, включающие элементы, компенсирующие или отменяющие друг друга; 4) транзакции, которые носят циклический характер; 5) значительные налоговые льготы, не отраженные в предпринимательских рисках, принимаемых налогоплательщиком, или в его денежных потоках; 6) незначительность предпринимательской выгоды до налогообложения по сравнению с суммой ожидаемой налоговой выгоды (Cerioni 2014, 401).

В зарубежной практике также указывается на то, что налоговые органы должны доказать факты и основные элементы своих налоговых претензий; обстоятельства, свидетельствующие об объективном уклонении от уплаты налогов; а также преобладание цели уклонения от сделки и неправомерного использования правовых инструментов, в то время как налогоплательщик должен только доказать наличие альтернативных или параллельных экономических причин для оправдания такой аномальной транзакции (Cordeiro Guerra, Mastellone 2009, 515)

Как отмечалось выше, гражданско-правовая форма распределения денежных средств или передачи имущества выбирается самим налогоплательщиком и является его правом, в связи с чем недопустимо установление ответственности за такие действия налогоплательщика, которые хотя и имеют своим следствием неуплату налога либо уменьшение его суммы, но заключаются в использовании предоставленных налогоплательщику законом прав, связанных с освобождением на законном основании от уплаты налога или с выбором наиболее выгодных для него форм предпринимательской деятельности и, соответственно, оптимального вида налогового платежа³¹.

В последнее время судебно-арбитражная практика признает возможность судебной защиты правомерных ожиданий добросовестного предпринимателя в случаях, когда налогоплательщик имел разумные законные ожидания на получение налоговых преимуществ, но налоговый орган в ходе камеральных или выездных налоговых проверок или иных мероприятий налогового контроля не предъявлял претензий к налогоплательщику по порядку исчисления конкретного налога (Ногина 2019, 82). В частности, Верховный Суд РФ пришел к выводу о том, что налогоплательщик вправе полагать, что его действия законны, а получаемая им налоговая

³¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 27.05.2003 № 9-П.

выгода обоснованна, если налоговый орган принимал налоговую отчетность от налогоплательщика, осуществлял камеральные проверки и не указывал на необходимость изменения им режима налогообложения декларируемых им доходов³². Более ранняя судебная практика также указывала на то, что хозяйствующие субъекты самостоятельно, по своему усмотрению выбирают способы достижения результата от предпринимательской деятельности, и в полномочия налоговых органов входит лишь контроль за соблюдением налогоплательщиками законодательства о налогах и сборах, а не вменение им доходов исходя из собственного видения способов достижения налогоплательщиками экономического результата с меньшими затратами³³.

В случаях, когда налогоплательщик действительно получает обоснованную налоговую выгоду от использования предоставленных ему налоговым законом преимуществ и реализует свои законные имущественные ожидания, возникает неизбежный вопрос об исчислении размера такой обоснованной выгоды. По мнению Минфина РФ, выявленная (доказанная в рамках выездной или камеральной налоговой проверки) необоснованная налоговая выгода в виде уменьшения налоговой обязанности предполагает ее суммовую оценку. При этом НК РФ не предполагает закрытого перечня способов оценки размера необоснованной налоговой выгоды в целях доначисления налогов и сборов по результатам налоговых проверок и в то же время не содержит запрета на использование методов, установленных для определения уровня рыночной цены в гл. 14.3 НК РФ, в целях определения размера необоснованной налоговой выгоды. Иными словами, методы, установленные гл. 14.3 НК РФ, могут быть использованы для определения суммы необоснованной налоговой выгоды наряду с иными способами, в том числе не предусмотренными НК РФ³⁴. Представляется, что вывод Минфина о возможности применения методов для определения размера налоговой выгоды, не предусмотренных НК РФ, расходится с правовыми позициями судебной практики, признающими незаконными решения налоговых органов в случае применения налоговыми органами методов доначисления налога, не соответствующих предписаниям НК РФ как нарушающих законодательные гарантии обеспечения прав налогоплательщиков³⁵.

На первый взгляд, в случаях добросовестного поведения налогоплательщика и защиты им своих законных интересов не должно возникать проблем с правильностью исчисления налога, поскольку налогоплательщик исчисляет его с учетом имеющихся у него законных механизмов его снижения или освобождения в установленном НК РФ порядке. Однако, как показывает судебная практика, могут возникнуть различные объективные обстоятельства, не зависящие от воли налогоплательщика (в частности, стихийные бедствия, пожары, эпидемии и иные обстоятельства непреодолимой силы), приводящие к проблемам в документальном подтверждении совершенных им реальных хозяйственных операций и соответственно в исчислении сумм налога, даже при использовании налогоплательщиком законных прав на получение налоговых преимуществ.

³² Определение Верховного Суда РФ от 06.03.2018 № 308-КГ17-14457.

³³ Постановление Президиума ВАС РФ от 26.02.2008 № 11542/07.

³⁴ Письмо Минфина РФ от 14.01.2019 № 03-12-11/1746.

³⁵ Постановления Арбитражных судов Центрального округа от 24.04.2018 № Ф10-996/2017 по делу № А62-982/2016; Поволжского округа от 17.12.2019 № Ф06-41583/2018 по делу № А12-6972/2018; Северо-Западного округа от 08.08.2019 № Ф07-7939/2019 по делу № А52-1715/2018 и др.

Ошибки налогоплательщиков при определении размера своей действительной налоговой обязанности могут не только носить технический характер, но и быть связанными с неправильным пониманием смысла норм налогового законодательства при наличии законно признанного за ними права на налоговую льготу или, в частности, с дефектами первичной документации или ведения налогового учета, приводящими к неправильному определению размера налоговой выгоды. В частности, в рассмотренном Верховным Судом РФ деле о защите законных ожиданий налогоплательщика налоговый орган доначислил налог по упрощенной системе налогообложения, в то время как законные ожидания налогоплательщика по осуществленной им сделке были связаны с получением вычета по налогу на доходы физического лица, т. е. с применением общей системы налогообложения³⁶.

В других ситуациях, когда, например, суд приходит к выводу о законности права налогоплательщика на получение им налоговых преимуществ при ведении им реальной предпринимательской деятельности, может встать вопрос о том, в части какого размера конкретного налогового преимущества (налоговой льготы, налогового вычета, пониженной налоговой ставки, периода применения налоговой преференции и др.) налогоплательщик вправе реализовать свой законный интерес. Здесь возникает традиционный налоговый спор о размере действительного налогового обязательства.

Обычный порядок исчисления каждого конкретного налога установлен НК РФ на основе сформированного в определенный налоговый период элементного состава налога, и в первую очередь должен применяться именно такой расчет налогового платежа. Однако современная действительность, в частности ведение предпринимательской деятельности в условиях чрезвычайных обстоятельств, ставит парадоксальный, на первый взгляд, вопрос: может ли применяться расчетный метод исчисления налога не налоговым органом, а самим налогоплательщиком в случаях, когда речь идет о защите им своих законных интересов? Так, если добросовестный налогоплательщик не получит документы от своих контрагентов, получит их с дефектами или утратит первичные документы в связи с обстоятельствами непреодолимой силы, вправе ли он сам воспользоваться расчетным методом на определение размера налога, подлежащего уплате в бюджет, с целью наиболее приближенного к реальности размера налогового изъятия? Также возникает дополнительный вопрос о праве налогоплательщика на выбор им расчетного метода, если, например, расчет налоговой базы связан с определением уровня рыночной цены товара (работы или услуги).

Российскому налоговому законодательству известны ситуации, когда налогоплательщику дается право выбора на определение размера, в частности, налогового вычета, тем или иным способом. В частности, в соответствии с п. 3 ст. 221 НК РФ налогоплательщики, получающие авторские вознаграждения, вправе учесть при расчете налога на доходы физического лица профессиональный налоговый вычет в сумме фактически произведенных и документально подтвержденных расходов на создание авторского произведения. Если эти расходы не могут быть подтверждены документально, они принимаются к вычету в размере норматива. При определении налоговой базы расходы, подтвержденные документально, не могут учитываться

³⁶ Определение Верховного Суда РФ от 06.03.2018 № 308-КГ17-14457.

одновременно с расходами в пределах установленного норматива. Таким образом, законодатель дает возможность налогоплательщику реализовать свои законные ожидания посредством выбора метода учета своих расходов.

С учетом определенного удобства подобных законодательных расчетных механизмов, их возможная сфера применения постоянно расширяется. В частности, Федеральным законом 09.11.2020 № 368-ФЗ вводится право налогоплательщика на уплату налога с фиксированной прибыли контролируемых иностранных компаний, установленной в твердом размере в ст. 227.2 НК РФ без определения реального экономического результата, т. е. фактически для этого случая законодатель вводит расчетный метод уплаты налога.

Если рассматривать вопрос о возможности предоставления права налогоплательщику на самостоятельное применение расчетного метода с точки зрения баланса интересов, то, очевидно, правоприменение должно быть зеркальным: если налоговый орган имеет право применять расчетный метод при злоупотреблениях со стороны налогоплательщика, то необходимо признать за налогоплательщиком право на применение расчетного метода при наличии особых непредвиденных (форс-мажорных) обстоятельств, повлиявших на хозяйственную деятельность налогоплательщика.

При этом как налоговый орган при доначислении налогов не может изменять по своему усмотрению порядок формирования объекта, базы и иных элементов налога, исходя из тех сведений, которые он имеет, и должен руководствоваться правилами исчисления конкретного налога, установленными соответствующей главой второй части НК РФ (Ногина 2019, 83), так и налогоплательщик в случае законодательного признания за ним права на самостоятельное применение расчетного метода должен производить исчисление налога по правилам, установленным НК РФ. Иными словами, если исчисляется, например, налог на прибыль организаций, то необходимо формировать налоговую базу не только из доходов, но и с учетом тех расходов, которые были понесены в этот период (Ногина 2019, 83). Кроме того, налогоплательщику придется обеспечивать надлежащее правовое и документальное обоснование применения того или иного метода исчисления налоговой базы и суммы налога, налоговой ставки, налоговых льгот и вычетов и др. В то же время налогоплательщик должен будет предпринять все возможные с его стороны меры, направленные на подтверждение правомерности расчета его действительных налоговых обязательств, а именно получить от своих контрагентов документы, подтверждающие размер доходов и расходов, банковские выписки, а также иные сведения (в частности, о рыночной цене и др.) для защиты и обоснования размера своих законных ожиданий (Ногина 2019, 83).

Представляется, что отмеченная выше проблема права налогоплательщика на применение расчетного метода при защите им своих законных интересов мало отражается в научной литературе, судебной практике и практически не разрешена в действующем налоговом законодательстве, поскольку всеобщее внимание привлечено к случаям применения расчетного метода при необоснованном получении налоговой выгоды и к праву налогового органа на применение расчетного метода, т. е. к ситуации наличия злоупотреблений со стороны налогоплательщика, а не к ситуации защиты им своего законного права.

Другой вопрос о правовом режиме законных ожиданий касается существования этих ожиданий во времени, т. е. их возникновения, изменения и прекращения. Очевидно, что, как отмечено выше, законные имущественные ожидания налогоплательщика возникают в процессе оценивания им налоговых последствий совершенных гражданско-правовых сделок и окончательно формируются при получении налогоплательщиком реального финансового и имущественного результата своей хозяйственной деятельности.

Однако в дальнейшем возникает проблема реализации права налогоплательщика на получение налоговых преференций, которое может быть опровергнуто налоговым органом. В такой ситуации встает вопрос: может ли налогоплательщик претендовать на защиту своих законных ожиданий, если в ходе мероприятий налогового контроля и привлечения его к ответственности он исполнил требование налогового органа о взыскании с него налога без учета налоговой льготы, а затем заявил обратное и представил уточненную декларацию с требованием о возврате налога? Сохраняется ли в этом случае шанс на защиту его первоначальных законных имущественных ожиданий или такая защита может производиться только в случаях, когда налогоплательщик отстаивает свои имущественные права до конца, не уступая налоговому органу в рамках досудебных процедур и не исполняя его требования? При разрешении этого вопроса следует вспомнить правовую позицию Конституционного Суда РФ: субъект налоговых правоотношений, добровольно исполнивший решения налоговых органов и/или судов, как законопослушный участник этих правоотношений, не может быть поставлен в условия худшие, нежели субъект, решения налоговых органов и/или судов в отношении которого исполняются принудительно, — иное противоречило бы вытекающему из Конституции РФ принципу справедливого баланса частных и публичных интересов, предполагающего взаимную ответственность государства, с одной стороны, и граждан и их объединений — с другой³⁷.

По нашему мнению, законные ожидания налогоплательщика должны оцениваться, исходя из направленности и результата тех действий, которые осуществляет налогоплательщик свободно, без давления со стороны публичного органа, в рамках гражданского оборота, и не могут быть признаны не существующими в зависимости от последующих действий налогоплательщика в условиях налогового контроля за ним. В подтверждение такой правовой позиции в судебной практике был сформирован подход, согласно которому налогоплательщик при защите интересов в суде не связан своими действиями в рамках налогового контроля и может заявить несогласие с решениями налогового органа, несмотря на уплату доначисленного ему налога, в рамках досудебных процедур³⁸. В противном случае конституционное право налогоплательщика на судебную защиту оказалось бы серьезным образом нарушенным.

В результате защита имущественных законных ожиданий налогоплательщика должна осуществляться с учетом признания за ним права на определение им суммы налога как в обычном порядке, так и с возможным применением им расчетного метода в условиях особых непредвиденных (форс-мажорных) обстоятельств, по-

³⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 27.12.2005 №503-О.

³⁸ Пункт 28 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 19.10.2016; п. 65 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2013 № 57.

вливающих на хозяйственную деятельность налогоплательщика, с учетом того, что выбор форм предпринимательской деятельности и налоговое планирование должны осуществляться налогоплательщиком в условиях его реального экономического участия в гражданском обороте при наиболее благоприятных для него налоговых последствиях (Ногина 2019, 86).

3. Выводы

Проведенное исследование позволяет выстроить целую систему комплексного антиуклонительного налогового регулирования, сочетающую положения российских общих и специальных антиуклонительных правил, судебных правовых позиций и официальных толкований внутрироссийского налогового законодательства, с одной стороны, и международно-правовых норм международных договоров и конвенций, а также положений актов мягкого права (рекомендаций, комментариев и др.) и судебных решений международных судов — с другой. Представляется, что указанная совокупность правовых актов должна рассматриваться в процессе правоприменения с точки зрения приоритетности и очередности их применения в конкретных делах при изучении объективно сложившихся экономических отношений их участников для защиты публичного интереса РФ при взимании налогов в бюджетную систему.

По нашему мнению, приоритет в применении той или иной системы антиуклонительных налоговых норм и правил (национальной системы над международной или наоборот) должен оцениваться при разрешении конкретного дела в зависимости от главного критерия — от соответствия положений международных актов положениям Конституции РФ и конституционному смыслу норм внутрироссийского налогового закона, выраженного в правовых позициях Конституционного Суда РФ. Если такое соответствие достигается, то внутрироссийские государственные антиуклонительные нормы должны применяться в контексте международных правил GAAR, включенных в российскую правовую систему через ратификацию соответствующих конвенций и договоров.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов наряду с применением антиуклонительных правил должен соблюдаться принцип защиты законных ожиданий налогоплательщика, материальное выражение которого достигается прежде всего в размере той налоговой выгоды, на которую претендует налогоплательщик, исходя из оценки направленности и результата тех действий, которые он осуществляет свободно, без давления со стороны публичного органа, в рамках гражданского оборота.

По нашему мнению, требует законодательного закрепления право налогоплательщика на применение расчетного метода и порядок его применения для определения размера налоговой выгоды при наличии особых непредвиденных (форс-мажорных) обстоятельств (Ногина 2019, 86).

Библиография

Андрюшин, Сергей В. 2019. «Применение принципа поддержания доверия граждан к закону и действиям государства при разрешении налоговых споров». *Налоговед* 2: 26–30.

- Винницкий, Даниил В. 2018. «Добросовестность, обоснованность выгоды, пределы осуществления прав, или Как российское налоговое право оказалось на передовых рубежах борьбы со злом, гнездящимся в налогоплательщиках». *Закон* 11: 44–57.
- Гидирим, Владимир А. 2018. *Основы международного корпоративного налогообложения*. М.: Шаповалов Петров.
- Демин, Александр В. 2013. «Феномен “мягкого права” в регламентации трансграничного налогообложения». *Государство и право* 2: 63–71.
- Демин, Александр В. 2015. *Принцип определенности налогообложения*. М.: Статут.
- Журавлева, Оксана О. 2018. «Принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства в налоговой сфере». *Налоговед* 9: 21–28.
- Мачехин, Виктор А., Кристина К. Токарева. 2018. «Развитие российской судебной практики по применению Комментариев к Модельной конвенции ОЭСР при рассмотрении налоговых споров». *Налоги* 2: 15–20.
- Нарышкин, Сергей Е., Талия Я. Хабриева, Александра И. Абрамова. 2015. *Научные концепции развития российского законодательства*. М.: Юриспруденция.
- Ногина, Оксана А. 2019. «Налоговая выгода при переходе и применении специальных налоговых режимов». *Актуальные проблемы российского права* 1 (98): 80–87.
- Пилипенко, Александр А. 2020. «Принцип поддержания доверия к закону и действиям государства: налоговые аспекты». *Налоги* 1: 18–23.
- Пономарева, Карина А. 2018. «Судебные акты и акты “мягкого права” в системе источников налогового права». *Налоги* 6: 12–15.
- Попкова, Жанна Г. 2020. *Налоговая выгода как институт налогового права*. М.: Проспект.
- Тютин, Денис В. 2020. *Налоговое право*. Дата обращения 21 января 2021. СПС «КонсультантПлюс». http://www.consultant.ru/edu/student/download_books/book/tiutin_dv_nalogovoe_pravo.
- Хаванова, Инна А. 2015. «Международные налоговые договоры в правовой системе России». *Финансовое право* 12: 18–22.
- Хаванова, Инна А. 2016. *Международные договоры Российской Федерации об избежании двойного налогообложения*. М.: Юриспруденция.
- Хаванова, Инна А. 2019. Принцип основной цели: новеллы международных налоговых правил. *Финансовое право* 7: 40–43.
- Цветкова, Елена А. 2020. «Охраняемый законный интерес налогоплательщика как правовая категория налогового права». *Финансовое право* 2: 23–26.
- Ядрихинский, Сергей А. 2019а. «Понятие “коллизийные законные интересы налогоплательщика”»: постановка вопроса». *Законы России: опыт, анализ, практика* 8: 73–77.
- Ядрихинский, Сергей А. 2019б. «Правовые проблемы защиты законных интересов налогоплательщика». *Вестник Омской юридической академии* 1: 86–90.
- Ядрихинский, Сергей А. 2020а. *Законные интересы налогоплательщиков: проблемы теории и практики*. М.: Проспект.
- Ядрихинский, Сергей А. 2020б. «Принцип приоритета публичных интересов в финансовой деятельности государства: поиск компромисса». *Актуальные проблемы российского права* 1: 62–71.
- Ядрихинский, Сергей А. 2020с. «Проблемы реализации законных интересов налогоплательщиков». *Российский юридический журнал* 4: 138–144.
- Cerioni, Luca. 2014. “European Union — The possible introduction of a European Taxpayer Code”. *Objective and Potential Alternatives. European Taxation* 54 (9): 392–402.
- Cordeiro Guerra, Roberto, Pietro Mastellone. 2009. “Italy — The judicial creation of a General Anti-Avoidance Rule rooted in the Constitution”. *European Taxation* 49 (11): 511–517.
- Mosquera Valderrama, Irma, Irene Burgers. 2019. “Review of anti-avoidance measures of a general nature and scope — General Anti-Avoidance Rules and other measures”. *Bulletin for International Taxation* 73 (10): 4–9.
- Savvaidou, Aikaterini, Vasiliki Athanasaki. 2019. “Greece — Specific anti-avoidance measures in Greece in the post-BEPS and post-ATAD era”. *European Taxation* 59 (4): 169–176.
- Senden, Linda. 2004. *Soft law in European community law*. Oxford: Bloomsbury Publ.
- Weeks, Greg. 2014. “The use and enforcement of soft law by Australian public authorities”. *Federal Law Review* 42 (1): 1–8.

Xiong, Wei, Chris Evans. 2014. "China (People's Rep.) / International — Towards an improved design of the Chinese General Anti-Avoidance Rule: A comparative analysis". *Bulletin for International Taxation* 68 (12): 686–696.

Zimmer, Frederik. 2019. "OECD / European Union / International — In defence of General Anti-Avoidance Rules". *Bulletin for International Taxation* 73 (4): 218–226.

Статья поступила в редакцию 31 января 2021 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Ногина Оксана Аркадьевна — д-р юрид. наук, доц.; Oksana_nogina1@mail.ru

Овсянников Сергей Вадимович — канд. юрид. наук; s.ovsyannikov@spbu.ru

Protecting the legitimate expectations of the taxpayer in the context of the operation and application of anti-avoidance rules: Balancing private and public interests

O. A. Nogina, S. V. Ovsyannikov

St Petersburg State University,

7–9, Universitetskaya nab., St Petersburg, 199034, Russian Federation

For citation: Nogina, Oksana A., Sergey V. Ovsyannikov. 2022. "Protecting the legitimate expectations of the taxpayer in the context of the operation and application of anti-avoidance rules: Balancing private and public interests". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 83–106.

<https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.105> (In Russian)

The article analyzes General and Special Anti-Avoidance Rules of national and international law. The authors investigate the correlation between General and Special Anti-Avoidance Rules established in Russian tax legislation, and also determine the place of judicial doctrines and official interpretations of legislative anti-avoidance rules in the mechanism of law enforcement. Given the multiplicity of legal prescriptions, judicial positions and interpretation acts, a sequence of application of legal provisions in the resolution of litigation is being developed. The correlation of international anti-avoidance rules with the rules of Russian tax legislation is established, indicating the dominant role of the provisions of the Constitution of the Russian Federation and legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation in the system of anti-avoidance orders, including international treaties. A system and hierarchy of anti-avoidance norms are proposed. Special attention is paid to the study of the principle of protection by taxpayers of their legitimate expectations as a guarantee of ensuring private interest in the field of tax relations. The exercise by taxpayers of the right to protect their legitimate expectations is viewed in the context of their obtaining a reasonable tax benefit. A study of tax calculation methods, including the calculation method used to determine the amount of tax benefit in the context of taxpayers' protection of their legitimate expectations to reduce tax burden, is conducted. The idea is expressed about the need to legislatively recognize the taxpayer's right to independently use the tax calculation method, especially in unforeseen circumstances. The judicial approach is supported that the protection of property tax consequences expected as a result of completed transactions can be conducted in court, based on the initial legal expectations, despite the taxpayer's compliance with the instructions of the tax authority to pay arrears, penalties and fines.

Keywords: tax evasion, anti-avoidance tax rules, double taxation, legitimate taxpayer expectations, tax planning, tax benefit, unreasonable tax benefit, calculation method.

References

- Andriushin, Sergei V. 2019. "Application of the principle of maintaining citizens' confidence in the law and actions of the state in resolving tax disputes". *Nalogoved* 2: 26–30. (In Russian)
- Cerioni, Luca. 2014. "European Union — The possible introduction of a European Taxpayer Code". *Objective and Potential Alternatives. European Taxation* 54 (9): 392–402.
- Cordeiro Guerra, Roberto, Pietro Mastellone. 2009. "Italy — The judicial creation of a General Anti-Avoidance Rule rooted in the Constitution". *European Taxation* 49 (11): 511–517.
- Demin, Aleksandr V. 2013. "The phenomenon of 'soft law' in the regulation of cross-border taxation". *Gosudarstvo i pravo* 2: 63–71. (In Russian)
- Demin, Aleksandr V. 2015. *The principle of certainty of taxation*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Gidirim, Vladimir A. 2018. *Fundamentals of international corporate taxation*. Moscow, Shapovalov Petrov Publ. (In Russian)
- Iadrikhinskii, Sergei A. 2019a. "The concept of 'conflicting legitimate interests of a taxpayer': Posing a question". *Zakony Rossii: Opyt, analiz, praktika* 8: 73–77. (In Russian)
- Iadrikhinskii, Sergei A. 2019b. "Legal problems of protecting the legitimate interests of a taxpayer". *Vestnik Omskoi iuridicheskoi akademii* 1: 86–90. (In Russian)
- Iadrikhinskii, Sergei A. 2020a. *Legal interests of taxpayers: Problems of theory and practice*. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Iadrikhinskii, Sergei A. 2020b. "The principle of the priority of public interests in the financial activities of the state: The search for a compromise". *Aktual'nye problemy rossiiskogo prava* 1: 62–71. (In Russian)
- Iadrikhinskii, Sergei A. 2020c. "Problems of realization of legal interests of taxpayers". *Rossiiskii iuridicheskii zhurnal* 4: 138–144. (In Russian)
- Khavanova, Inna A. 2015. "International tax treaties in the legal system of Russia". *Finansovoe pravo* 12: 18–22. (In Russian)
- Khavanova, Inna A. 2016. *International treaties of the Russian Federation on the avoidance of double taxation*. Moscow, Iurisprudentsiia Publ. (In Russian)
- Khavanova, Inna A. 2019. "Principle of the main goal: Novels of international tax rules". *Finansovoe pravo* 7: 40–43. (In Russian)
- Machekhin, Viktor A., Kristina K. Tokareva. 2018. "Development of Russian jurisprudence on the application of the Comments to the OECD Model Convention in the consideration of tax disputes". *Nalogi* 2: 15–20. (In Russian)
- Mosquera Valderrama, Irma, Irene Burgers. 2019. "Review of anti-avoidance measures of a general nature and scope — General Anti-Avoidance Rules and other measures". *Bulletin for International Taxation* 73 (10): 4–9.
- Naryshkin, Sergei E., Taliia Ia. Khabrieva, Aleksanda I. Abramova. 2015. *Scientific concepts of the development of Russian legislation*. Moscow, Iurisprudentsiia Publ. (In Russian)
- Nogina, Oksana A. 2019. "Tax benefit in the transition and application of special tax regimes". *Aktual'nye problemy rossiiskogo prava* 1 (98): 80–87. (In Russian)
- Pilipenko, Aleksandr A. 2020. "The principle of maintaining confidence in the law and actions of the state: tax aspects". *Nalogi* 1: 18–23. (In Russian)
- Ponomareva, Karina A. 2018. "Judicial acts and acts of 'soft law' in the system of sources of tax law". *Nalogi* 6: 12–15. (In Russian)
- Popkova, Zhanna G. 2020. *Tax benefit as an institution of tax law*. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Savvaidou, Aikaterini, Vasiliki Athanasaki. 2019. "Greece — Specific anti-avoidance measures in Greece in the post-BEPS and post-ATAD era". *European Taxation* 59 (4): 169–176.
- Senden, Linda. 2004. *Soft Law in European Community Law*. Oxford, Bloomsbury Publ.
- Tiutin, Denis V. 2020. *Tax law*. Accessed January 21, 2021. SPS "Konsul'tantPlus". http://www.consultant.ru/edu/student/download_books/book/tiutin_dv_nalogovoe_pravo. (In Russian)
- Tsvetkova, Elena A. 2020. "Protected legitimate interest of the taxpayer as a legal category of tax law". *Finansovoe pravo* 2: 23–26. (In Russian)
- Vinnitskiy, Daniil V. 2018. "Conscientiousness, justification of benefits, limits of exercise of rights, or how Russian tax law turned out to be at the forefront of the fight against evil nesting in taxpayers". *Zakon* 11: 44–57. (In Russian)

- Weeks, Greg. 2014. “The use and enforcement of soft law by Australian public authorities”. *Federal Law Review* 42 (1): 1–8.
- Xiong, Wei, Chris Evans. 2014. “China (People’s Rep.) / International — Towards an improved design of the Chinese General Anti-Avoidance Rule: A comparative analysis”. *Bulletin for International Taxation* 68 (12): 686–696.
- Zhuravleva, Oksana O. 2018. “The principle of maintaining citizens’ confidence in the law and actions of the state in the tax area”. *Nalogoved* 9: 21–28. (In Russian)
- Zimmer, Frederik. 2019. “OECD / European Union / International — In defence of General Anti-Avoidance Rules”. *Bulletin for International Taxation* 73 (4): 218–226.

Received: January 31, 2021
Accepted: December 10, 2021

Authors’ information:

Oksana A. Nogina — Dr. Sci. in Law, Associate Professor; Oksana_nogina1@mail.ru
Sergey V. Ovsyannikov — PhD in Law; s.ovsyannikov@spbu.ru

Добросовестное исполнение договорных обязательств по российскому праву

Д. С. Алякин

Московский государственный институт международных отношений (университет) МИД РФ,
Российская Федерация, 119454, Москва, пр. Вернадского, 76

Для цитирования: Алякин, Дмитрий С. 2022. «Добросовестное исполнение договорных обязательств по российскому праву». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 107–124. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.106>

В статье исследуется добросовестное исполнение договорных обязательств по праву России, а также выявляются адресованные сторонам требования в этой сфере. Актуальность работы обусловлена возрастающим вниманием российского законодателя к расширению применения добросовестности в гражданском обороте, в том числе при исполнении обязательств. Цель исследования — изучение сущности добросовестного исполнения обязательств. Материалом послужили Гражданский кодекс РФ, российская судебная практика, а также научные труды отечественных авторов в области гражданского права. Методологическую основу составили общенаучные (анализ, синтез, аналогия) и специальные юридические методы (сравнительно-правовой, формально-логический, системный, структурно-функциональный и метод толкования). Обосновано, что принцип добросовестности, являясь общим принципом гражданского права России, реализуется, в частности, в ходе исполнения обязательств. Урегулированное правовыми нормами осуществление этого принципа обеспечивает баланс интересов кредитора и должника, позволяет добиваться результата, подразумеваемого и преследуемого правом, а также поддерживает стабильность гражданского оборота. Честное ведение дел, сотрудничество сторон и экономичное исполнение целесообразно рассматривать в качестве требований, соблюдение которых способствует пониманию и достижению целей и задач принципа добросовестности применительно к исполнению обязательств. Важно продолжить работу по формированию единообразного подхода к соблюдению перечисленных требований в указанной области посредством совершенствования уже имеющегося правового регулирования. Эффективность этого процесса будет способствовать повышению уровня судебского усмотрения в рамках установленных пределов и позволит сориентировать стороны в моделях поведения, направленных на достижение целей обязательств, т. е. на их надлежащее исполнение.

Ключевые слова: исполнение обязательств, договорное обязательство, принцип добросовестности, честность, сотрудничество, экономичность, российское право, гражданское право.

1. Введение

Совершенствование российского гражданского законодательства началось в 2008 г. вследствие произошедших в 1990-е годы экономических и социальных преобразований. В абз. 1 п. 6 гл. 1 Концепции развития гражданского законода-

тельства РФ (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009¹) отмечается: «Развитие экономики и становление гражданского общества требуют использовать все возможные меры и средства гражданского законодательства, чтобы обеспечить добросовестное и надлежащее осуществление гражданских прав и исполнение гражданских обязанностей». Разработка законодателем изменений была направлена, в частности, на повышение роли морально-нравственных начал, включая добросовестность, в регулировании гражданского оборота. Причина осуществления инициативы — отсутствие на тот момент в Гражданском кодексе РФ (далее — ГК РФ) указания на добросовестность как на «общий принцип гражданского права» в условиях недостаточности «для эффективного правового регулирования» ссылок в ГК РФ «на добросовестность поведения субъектов отдельных правоотношений» (абз. 2 п. 1.1 гл. 2 упомянутой Концепции). Цель — обеспечение принципом добросовестности «правильного» права, «чтобы буква закона, позитивная норма в конкретной ситуации соответствовала духу закона» (Нам 2020).

В результате завершившейся в 2012 г. законотворческой работы с 1 марта 2013 г. за добросовестностью закреплён статус принципа (точнее, основного начала гражданского законодательства). В 2015 г. были урегулированы модальности ее реализации в ходе исполнения обязательств. Ввиду существенного влияния исполнения обязательств на экономическое развитие государства представляется актуальным исследовать сущность и значение добросовестности.

В отношении использованной в исследовании терминологии необходимо учитывать следующее. Принципы права, будучи «идейной основой всей системы, представляют собой генеральный уровень императивов для всех ее элементов» (Вавилин 2015, 100). Презумпция — предположение, которое признается истинным, если его ложность не будет доказана. Вероятность опровержения презумпции существует всегда, что отличает последнюю от неопровержимого по правовой природе принципа (Дерюгина 2013, 52). Правовая категория — фундаментальное понятие юридической науки, способствующее «познанию и пониманию правовых явлений и права в целом» (Щербаков 2017, 62). Требование (оценочная категория) прямо закреплено в законе, соглашении сторон или обычае либо косвенно вытекает из них и подразумевает обязанность должного поведения лиц в конкретных обстоятельствах.

2. Основное исследование

2.1. Реализация принципа добросовестности в ходе исполнения договорных обязательств. Требование честного ведения дел

Категория «добросовестность» прошла путь становления от требования к принципу, выражающемуся, в частности, в виде презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений. По мнению С. В. Сарбаша, «требование добросовестности, изначально зародившись в области исполнения обязательств,

¹ Здесь и далее все ссылки на российские нормативно-правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 15 января, 2020. <http://www.consultant.ru>.

со временем абсолютизировалось, распространившись на все гражданское право в целом (п. 3, 4 ст. 1, ст. 10 ГК РФ)» (Сарбаш 2016, 16). В настоящее время общий принцип добросовестности применяется в том числе в ходе исполнения обязательств. Нормотворческая и доктринальная работа предшествовала достижению такого результата.

В научном сообществе отсутствует единство мнений о целесообразности использования морально-нравственных начал, включая добросовестность, в регулировании гражданского оборота. Авторы можно разделить на две группы: первые предлагают следовать юридическому подходу, вторые настаивают на важности соблюдения морально-нравственных правил.

Противники добавления добросовестности в гражданско-правовое регулирование опасаются его размывания, которое, по их оценкам, приведет к судебным ошибкам и усложнит взаимодействие сторон. В дореволюционное время И. А. Покровский утверждал, что не являющееся положительной тенденцией формирование «каучуковых норм», в частности понятий «добрые нравы» и «добрая совесть», открывает «неограниченные возможности для осуществления “конкретной справедливости”, для “взвешивания интересов” и других тому подобных опытов социального воздействия при посредстве свободного судебного усмотрения» (Покровский 2001). В советский период «само понятие добросовестности не отвергалось, но под добросовестным поведением понималось надлежащее исполнение гражданско-правовых обязательств и других обязанностей» (Фогельсон 2017, 104–105). Некоторые авторы рассуждали о сущности добросовестности (зачастую выделяя ограничения для ее применения). Например, М. М. Агарков полагал, что «начало доброй совести означает борьбу с прямым или косвенным обманом, с использованием чужого заблуждения или непонимания», не распространяясь на осуществление права, ввиду возникновения вопроса «о доверии участников гражданских правоотношений друг к другу... тогда, когда надо установить смысл тех или иных волеизъявлений, истолковать или восполнить какой-либо договор» (Агарков 1946, 432).

На современном этапе А. Л. Маковский сомневается в целесообразности внедрения принципа добросовестности, допуская возможность рассмотрения этого вопроса «как части большой проблемы судебного усмотрения, проблемы оценочных категорий». Автор констатировал, что «сегодня, когда принцип добросовестности так или иначе, в праве или в законе, чаще всего в законе, фигурирует в правопорядках практически всех стран с развитой рыночной экономикой, такой подход кажется более чем странным» (Маковский 2013, 166). И. В. Цветков подчеркивает, что «наиболее опасной [среди новых положений обязательственного права] с точки зрения рисков является норма-принцип о добросовестности участников гражданских правоотношений», которая «создала немало проблем российским компаниям». Причина — субъективная оценка судом добросовестности сторон на основании установленных обстоятельств дела (Цветков 2016). Такой подход является дискуссионным, поскольку отсутствие у судей права анализировать оценочные категории не гарантирует вынесение справедливых и правомерных решений. Однако не следует исключать и вероятность вреда от широкого судебного усмотрения. Возможные ошибки и недочеты нижестоящих судов могут быть скорректированы более опытными судьями из вышестоящих инстанций, а обобщаемые результаты

их работы могут способствовать формированию единообразного подхода к правоприменению и укреплению правовой определенности.

Сторонники усиления добросовестности настаивают на обоснованности ее продвижения. В дореволюционный период И. Б. Новицкий полагал, что «договоры должны быть изъясняемы на основании не одного буквального их смысла, но и намерений лиц, их заключающих, в соответствии с требованиями доброй совести и обычаями гражданского оборота» (Новицкий 2006, 159). Л. И. Петражицкий отмечал, что в сфере действия обязательственного права «особая система норм о bona fides облегчает сбыт и приобретение объектов, устраняя на стороне спроса сомнения относительно юридического успеха сделок» (Петражицкий 2002). В советское время В. П. Грибанов исходил из того, что принцип добросовестности (при осуществлении гражданских прав) заключается в строгом соблюдении «правил социалистического общежития и моральных принципов общества, строящего коммунизм» (Грибанов 2001, 226–227).

С начала 1990-х годов число авторов, поддерживающих повышение роли добросовестности в регулировании гражданского оборота, возросло. По мнению Е. В. Вавилина, «конструктивным шагом представляется введение в гражданское законодательство принципа добросовестности в качестве одного из наиболее общих и важных начал», что «соответствует развитым зарубежным правовым порядкам» (Вавилин 2015, 100). М. Хесселинк отмечает, что в праве иностранных государств добросовестность часто рассматривается как высшая норма договорного права, или обязательственного права, или даже всего частного права (Hesselink 2011, 620). Р. Циммерманн и С. Уиттейкер, изучив подходы к добросовестности в европейских правовых порядках, определили примерный список ее универсальных проявлений в ходе исполнения обязательств:

- нечестность — это недобросовестность;
- лицо должно держать данное слово;
- сторона не должна ухудшать положение контрагента в результате своего поведения (неразумно или без какого-либо законного интереса);
- стороны должны быть освобождены от абсурдных последствий, которые вытекают из соглашения;
- умышленное (и неумышленное по праву некоторых зарубежных государств) нарушение договора, представляющее собой проявление недобросовестности, влечет юридические последствия (Zimmermann, Whittaker 2000, 690–694).

С учетом обоснованной обеспокоенности исследователей по поводу внедрения морально-нравственных начал в регулирование гражданского оборота позиция авторов, положительно оценивающих действия законодателя по усилению принципа добросовестности, по нашему мнению, более убедительна. Этот принцип ограничивает эгоизм сторон в достижении максимальной выгоды, выравнивает баланс интересов кредитора и должника и поддерживает стабильность гражданского оборота.

Становлению добросовестности способствовал подп. «а» п. 1 Указа Президента РФ от 18.07.2008 № 1108 «О совершенствовании ГК РФ», в котором была обозначена необходимость «дальнейшего развития основных принципов гражданского

законодательства РФ, соответствующих новому уровню развития рыночных отношений». В соответствии с Указом разрабатывалась вышеупомянутая Концепция развития гражданского законодательства РФ. Одной из мер, направленных на укрепление нравственных начал гражданско-правового регулирования, стало «введение в гражданское законодательство принципа добросовестности в качестве одного из наиболее общих и важных принципов гражданского права» согласно абз. 2 п. 6 гл. 1 Концепции.

Регулирование добросовестности в отечественном законодательстве было изменено Федеральным законом от 30.12.2012 № 302-ФЗ «О внесении изменений в гл. 1, 2, 3 и 4 части первой ГК РФ». С момента его вступления в силу 1 марта 2013 г. согласно п. 3 ст. 1 ГК РФ всем участникам гражданского оборота адресовано требование вести себя добросовестно «при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей». Если до 1 марта 2013 г. «были актуальны слова И. А. Покровского: “современное гражданское право как бы говорит человеку: если тебе позволено быть в известных пределах эгоистом, то это не значит, что ты можешь быть злым” (Покровский 2001), то нормативным закреплением принципа добросовестности гражданское право к этому посылу добавило: “ты должен быть добрым”» (Микрюков 2013, 20).

И. Б. Новицкий понимал принцип добросовестности «как известное внешнее мерило, которое принимается во внимание законом, судом, применяющим закон, и которое рекомендуется членам гражданского оборота в их взаимных сношениях друг с другом», выступает в качестве параллельной или подсобной нормы, призываемой к действию законом (в объективном значении), а также как «определенное сознание того или иного лица, как неведение некоторых обстоятельств, с наличием которого закон считает возможным связать те или иные юридические последствия» (в субъективном значении) (Новицкий 2006, 124–125). Таким образом, с одной стороны, добросовестность рассматривается в объективном смысле — «должное поведение в ситуации правовой неопределенности», т. е. как сформировавшийся в обществе и признанный в законодательстве, судебной практике или обычаях стандарт честного поведения в ходе исполнения обязательств. С другой стороны, это понятие раскрывается в субъективном смысле — «уважительное незнание о том или ином обстоятельстве, наступление которого влекут те или иные юридически значимые последствия» (Голубцов 2016, 178), т. е. как извинительное незнание («не знал и не должен был знать»).

До вступления в силу перечисленных изменений в ГК РФ «понятия “добросовестность” и “недобросовестность” содержались в 18 статьях»; после поправок эти термины упоминаются «уже в 43 статьях» (Вердиян 2019). В некоторых положениях ГК РФ прослеживается прямая взаимосвязь между наступлением определенных последствий для участников гражданских правоотношений и их добросовестным или недобросовестным поведением. Следствием недобросовестного поведения стороны может стать отсутствие установленного законом или договором результата либо наступление не соответствующих договору или закону последствий, значительно отличающихся от итогов, которых ожидал контрагент. Действующий недобросовестно должник злоупотребляет отношениями личного доверия и тем самым нарушает обязательство, что влечет для него негативные последствия, вытекающие из неправомерного поведения. Тем не менее «за неправомерность в смысле недо-

бросовестности не следует наказание, а применяются иные, более гибкие санкции, как то: блокировка возникновения прав и обязанностей (ст. 157 ГК РФ), передача вещи в собственность (ст. 220, 302 ГК РФ), возмещение доходов (ст. 303 ГК РФ), возмещение вреда (ст. 1103 ГК РФ), изъятие материального носителя исключительных прав (ст. 1252 ГК РФ), реституция и т. п.» (Волков 2013, 49).

Вступившим в силу 1 июня 2015 г. Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую ГК РФ» в п. 3 ст. 307 ГК РФ были предусмотрены модальности реализации принципа добросовестности в сфере обязательственных отношений и введены меры оценки поведения участников гражданского оборота при установлении, исполнении обязательств и после их прекращения:

- учет сторонами прав и законных интересов;
- взаимное оказание сторонами необходимого содействия;
- предоставление сторонами необходимой информации.

Указанная новелла раскрыла содержание принципа добросовестности в сфере обязательственного права посредством включения в ГК РФ общих ориентиров. Ввиду многообразия случаев, когда необходимо вести себя добросовестно, «все их в законе описать невозможно, ведь тогда ГК РФ превратится в сборник казусов». В связи с этим «можно сформулировать только общие, абстрактные требования к добросовестному поведению, приложимые к любому обязательственному отношению» (Сарбаш 2016, 19). Критерии необходимы по причине присущего правопорядку формализма и с учетом позитивистского уклона в правоприменительной практике. С их помощью можно оценить соблюдение или нарушение сторонами юридических правил, в основе которых находятся морально-нравственные начала.

Разделяя опасения, что судебское усмотрение способно перерасти в произвол, В. В. Витрянский полагает: «Проблема может быть решена путем формирования единообразной судебной практики, связанной с применением принципа добросовестности к различным гражданским правоотношениям» (Витрянский 2017, 58). Во избежание обращения судов к абстрактным, общечеловеческим понятиям судебское усмотрение не должно быть абсолютным и, помимо содержащихся в законодательстве пределов, его необходимо ограничивать разъяснениями Верховного Суда РФ (далее — ВС РФ) согласно ст. 126 Конституции РФ и подп. 1 п. 7 ст. 2 Федерального конституционного закона от 05.02.2014 № 3-ФКЗ «О Верховном Суде РФ» (после упразднения Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — ВАС РФ) в 2014 г.). Реализуемое в установленных границах судебское усмотрение должно восполнять пробелы в законодательстве для защиты прав и интересов участников гражданского оборота и достижения подразумеваемого и преследуемого правом результата.

В Постановлении Президиума ВАС РФ от 11.09.2012 № 3378/12 предусматривается, что предоставление судебной защиты «субъекту, длительное время совершавшему противоправные действия, которые влекли нарушение прав неопределенного круга лиц... и осознававшему противоправный характер своих действий», «не соответствует принципам добросовестного ведения деятельности участниками гражданского оборота и баланса публичных и частных интересов». Такая формулировка не позволила судам выработать единообразное понимание добросовестности. Требовавшиеся разъяснения были сделаны Пленумом ВС РФ

в абз. 3 п. 1 Постановления от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ», который, помимо уточнения общей презумпции добросовестности, подчеркнул: «Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации». Суд должен рассмотреть поведение сторон с позиции обычного добросовестного лица, преследующего цель должным образом реализовать право или исполнить обязанность.

В абз. 4 п. 1 указанного постановления Пленума ВС РФ говорится, что «поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным не только при наличии обоснованного заявления другой стороны, но и по инициативе суда, если усматривается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения». К. И. Скловский применительно к деятельности суда исходит из необходимости «в каждом деле, в котором обнаруживается вопрос о недобросовестности стороны, выявлять тот или иной состав фактов и давать ему квалификацию с позиций п. 3 ст. 1 ГК РФ» (Скловский 2017, 108). В. А. Белов, наоборот, отрицательно оценивает подход Пленума ВС РФ, отмечая, что такое решение поощряет суды исследовать «даже те вопросы, которые стороны хотели бы оставить за рамками процесса, в том числе вопросы нравственности, справедливости, разумности и т. п.» (Белов 2015). Принимая во внимание обоснованный аргумент автора, отметим, что позиция этого органа все же обусловлена стремлением защитить сторону, пострадавшую от недобросовестного поведения контрагента, которая в силу каких-либо причин самостоятельно не заявит соответствующих требований.

Принципу добросовестности, зачастую увязываемому с требованием совершать торговые операции, осуществляя честную деловую практику, отводится важная роль в актах международной унификации договорного права — нового *lex mercatoria*. Например, согласно имеющему императивный характер п. 1 ст. 1.7 Принципов международных коммерческих договоров (Международный институт унификации частного права (УНИДРУА) утвердил их последнюю редакцию в 2016 г.) «каждая сторона обязана действовать в соответствии с добросовестностью и честной деловой практикой в международной торговле». В аутентичном толковании УНИДРУА добросовестность (вместе с честной деловой практикой) указана как «фундаментальная идея, лежащая в основании Принципов» (Кома-ров 2013, 19). В действиях российского законодателя, направленных на повышение значения добросовестности, прослеживаются заимствования из актов нового *lex mercatoria* (Принципов УНИДРУА², европейского договорного права (ЕДП)³, TransLex (предыдущее название — Принципы СЕНТРАЛ)⁴).

По мнению А. В. Коновалова, «отсылка участников гражданского оборота к базовому принципу добросовестности в гражданских правоотношениях со временем

² UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. 2016. Дата обращения 15 января, 2020. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>.

³ Principles of European Contract Law. 2002. Дата обращения 15 января, 2020. <https://www.translex.org/400200>.

⁴ The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles. 2013. Дата обращения 15 января, 2020. <https://www.trans-lex.org/901000>.

станет широко распространенной традицией судебной системы России». Основанное на правовом регулировании, а также судебном и доктринальном толковании всестороннее и целостное осмысление модальностей реализации принципа добросовестности в ходе исполнения обязательств позволит способствовать выполнению следующих задач. Во-первых, это обеспечит «поддержание необходимого уровня динамичности и актуальности гражданско-правового регулирования... при сохранении общей стабильности, концептуальности и предсказуемости практики судов» (Коновалов 2016, 12). По словам Е. В. Васьковского, важно, «чтобы правосудие действительно отвечало своему названию, а не было механическим, шаблонным применением абстрактных норм права, независимым от этических принципов и конкретных обстоятельств каждого конкретного случая, словом, чтобы *jus strictum* было в то же время *jus aequum*» (Васьковский 2016, 526). Во-вторых, такой подход поможет судам разрешать споры, возникающие из неисполнения либо ненадлежащего исполнения обязательств, а сторонам — не допускать возникновения подобного рода разногласий.

Соблюдению принципа добросовестности в ходе исполнения обязательств способствует, в частности, требование честного ведения дел, в соответствии с которым стороны должны учитывать права и законные интересы друг друга (согласно п. 3 ст. 307 ГК РФ), вести себя предусмотрительно, не допускать введения в заблуждение и обмана (включая сообщение неверных сведений или сокрытие важной информации) и не совершать действий, которые могут воспрепятствовать надлежащему исполнению обязательств.

2.2. Требование сотрудничества сторон

В научной литературе имеются различные точки зрения на сотрудничество сторон в ходе исполнения обязательств. Сотрудничество причислялось к принципам как в советский период (Толстой 1973, 189–202), так и после распада СССР (Сарбаш 2005). Тем не менее одновременно заявляется и об отсутствии необходимости в «принципе» содействия сторон в условиях рыночного хозяйства (Доренкова 2000, 29). В то же время, с одной стороны, отмечается, что упомянутый «принцип» неприменим к связанным с коммерческими рисками предпринимательским отношениям, однако в общегражданской сфере его реализация в определенных пределах возможна (Ровный 2000, 89–91). С другой стороны, наоборот, сотрудничество рассматривается как «общее начало и смысл» деятельности предпринимателей (теряющее «значение в отношениях с участием публично-правовых образований и потребителей») в ходе исполнения обязательств (Филиппова 2011, 153–154). Заслуживает также внимания подход, предполагающий, что в настоящее время «принцип взаимного сотрудничества и взаимопомощи участников гражданских правоотношений по воле законодателя... поглощен именно принципом добросовестности сторон» (Деягина 2016, 100).

Противники выделения правила о сотрудничестве говорят о его абстрактности, из-за которой может возникнуть недопонимание между сторонами, а также сложности у суда при оценке фактических обстоятельств дела и, как следствие, высокая вероятность широкого судейского усмотрения, которое может перетекать в произвол, и ошибок при вынесении решений. Практика показывает, что разъ-

яснения Пленума ВС РФ позволяют регулировать подобные вопросы. Кроме того, в качестве аргумента против указанного требования выдвигается якобы его несоответствие рыночной экономике. Вряд ли можно согласиться с такой точкой зрения, поскольку не следует акцентировать внимание на противопоставлении административно-командного хозяйствования рыночной экономике. При этом сотрудничество может быть объективно востребованным в современных экономических отношениях.

В советское время сотрудничество сторон являлось принципом. В абз. 2 ст. 168 ГК РСФСР 1964 г. устанавливалось, что «каждая из сторон должна... оказывать другой стороне все возможное содействие в исполнении ею своих обязанностей». По мнению В. С. Толстого, указанное правило существенно отличало «советское гражданское право от буржуазного гражданского и торгового права» (Толстой 1973, 189). Тем не менее вряд ли отсутствие этого требования в части первой ГК РФ 1994 г. можно оправдать переходом от административно-командного хозяйствования к рынку в связи с распадом СССР ввиду того, что «в действительности влияние плановой экономики, преобладание административных методов организации оборота в советский период выражались скорее в фактическом порядке дел, а не в нормах права» (Хохлов 2015, 162).

О. С. Иоффе выделил правовые последствия содействия: «а) стороны вправе рассчитывать на такую взаимопомощь, которая не вытекает из их конкретных обязанностей, но становится в силу сложившихся обстоятельств необходимой для одной стороны и может быть ей оказана другой стороной без ущерба для себя; б) сторона, нарушившая это требование, лишается права на применение к другой стороне санкций за такую неисправность, которая могла быть предотвращена оказанием необходимой помощи» (Иоффе 2004, 113). Следует делать акцент не столько на действиях должника, который, например, должен информировать кредитора о трудностях в исполнении обязательства с целью совместного поиска взаимоприемлемых путей их преодоления, сколько на выполнении кредитором не предусмотренных законом и договором и имеющих «служебный организационный характер» обязанностей по оказанию помощи должнику в исполнении обязательства, которые напрямую с его целью не связаны, но играют определенную правовую роль, так как влияют «на освобождение должника от ответственности» (Кулаков 2015, 104–105).

Г. Г. Бирюков и Л. И. Шевченко группируют совершаемые при сотрудничестве действия «следующим образом: 1) действия, установленные в законе или договоре, и необходимые для надлежащего исполнения обязательств; 2) действия, установленные в законе или договоре, способствующие надлежащему исполнению; 3) действия, не предусмотренные ни в законе, ни в договоре, необходимые или способствующие надлежащему исполнению или ликвидации невыгодных для народного хозяйства последствий; 4) действия, предусмотренные в законе или договоре, необходимые и способствующие улучшенному исполнению; 5) действия, не предусмотренные законом и договором, необходимые и способствующие улучшенному исполнению» (Бирюков, Шевченко 1988, 35–36). По мнению С. В. Сарбаша, «даже если взаимоотношения сторон урегулированы договором детально, содействие одной стороны другой также может оказаться необходимым для надлежащего исполнения» (Сарбаш 2005). С учетом того, что от участия кредитора зачастую зависит конечный результат — достижение цели обязательства, — соблюдение требования

сотрудничества, способствующего реализации принципа добросовестности в ходе исполнения обязательства, свидетельствует о взаимосвязи последнего с принципом надлежащего исполнения. Несмотря на наличие у сторон собственных, как правило, несовпадающих интересов, их стимулируют не запреты и обязанности, а стремление к надлежащему исполнению обязательства, т. е. общий экономический интерес.

Сотрудничество предполагает в первую очередь деловое взаимодействие сторон в виде совершения действий, не оговоренных в ходе переговорного процесса и не включенных в соглашение ввиду отсутствия возможности предвидеть их заранее, а также в случаях, не урегулированных в законе. Содействие направлено на реализацию целей, поставленных сторонами в момент установления обязательства, в особенности на предотвращение и устранение непредвиденных обстоятельств, препятствующих его надлежащему исполнению.

Кредитор, оказывая содействие должнику, не должен нести риски (причинение убытков, возложение иных чрезмерных бремени и др.) или издержки. Отсутствие угрозы их наступления вследствие оказания необходимого содействия должнику соответствует принципу добросовестности. Если кредитор понес дополнительные расходы, должник покрывает их согласно ст. 309.2 ГК РФ и с учетом п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении».

Требование сотрудничества появилось в законодательстве 1 июня 2015 г. с момента вступления в силу Федерального закона от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую ГК РФ» посредством его закрепления в ранее упомянутом п. 3 ст. 307 ГК РФ. В Письме Роспотребнадзора от 05.05.2015 «О вступающих в силу 1 июня 2015 г. изменениях в ГК РФ» подчеркивается, что указанное положение ГК РФ «дополняет и развивает принцип изначально подразумеваемой (т. е. презумпции. — Д. А.) добросовестности любых гражданских правоотношений, в целом сформулированный в ст. 10 ГК РФ».

Ввиду оценочного характера понятий «сотрудничество» и «содействие» судам требуются правила, которые позволили бы определить их границы и содержание. По мнению С. Ю. Филипповой, содержание содействия можно определить посредством следующих критериев: 1) «его необходимый характер, что означает минимум действий, без которых обязательство не может быть исполнено без излишних затрат (денег, времени, материалов и пр.)»; 2) «его целесообразность, что означает соответствие содействия цели обязательства» (Филиппова 2016, 20). Третье правило — разумный характер сотрудничества, которое можно обычно ожидать при исполнении определенного рода обязательств.

Еще до появления в п. 3 ст. 307 ГК РФ требования сотрудничества Президиум ВАС РФ в Постановлении от 25.07.2011 № 3318/11 установил, что «гражданские отношения основаны на принципах равенства сторон... добросовестности их поведения, соразмерности мер гражданско-правовой ответственности последствиям правонарушения», добавив, что «стороны договора должны действовать, руководствуясь в том числе соображениями сотрудничества». Представляется дискуссионной позиция Е. И. Орешина и И. И. Суспицыной, которые полагают, что была сделана ссылка на содействие (сотрудничество) как на принцип, существующий в российском праве (Орешин, Суспицына 2012, 135). Правовую природу соображений сотрудничества сложно выявить с учетом имевшихся тогда норм. Исходя из ранее

существовавшего регулирования, это понятие представляло собой обращенную сторонам рекомендацию в ходе исполнения обязательств.

Стороны вправе сослаться на требование сотрудничества как на обычай согласно ст. 5 ГК РФ и с учетом абз. 1 п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ»: «Под обычаем... следует понимать не предусмотренное законодательством, но сложившееся, т. е. достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое правило поведения при установлении и осуществлении гражданских прав и исполнении гражданских обязанностей не только в предпринимательской, но и в иной деятельности, например... исполнение тех или иных обязательств».

Закреплению требования сотрудничества в ГК РФ предшествовало его широкое распространение в актах нового *lex mercatoria*: ст. 5.1.3 (сотрудничество между сторонами) Принципов УНИДРУА, ст. 1:202 (обязанность сотрудничать) Принципов ЕДП, ст. IV.6.9 (обязанность уведомления/сотрудничества) Принципов TransLex. В Принципах УНИДРУА и ЕДП указанное требование выделяется отдельно, а в Принципах TransLex его реализация связывается с добросовестностью. Таким образом, в актах нового *lex mercatoria* содержится требование сотрудничества, предъявляемое к сторонам в ходе исполнения обязательств, что подтверждает его высокую востребованность в экономических отношениях.

Е. И. Орешин и И. И. Суспицына полагают, что «принцип содействия можно рассматривать как составную часть правовой системы РФ в качестве общепризнанного принципа международного права на основании п. 1 ст. 7 ГК РФ и ч. 4 ст. 15 Конституции РФ» (Орешин, Суспицына 2012, 136). Похожей точки зрения придерживается А. А. Волос, который в качестве одной из форм реализации «принципа содействия сторон» рассматривает «признанные Российской Федерацией нормы международного права» (Волос 2015, 179). Вряд ли можно поддержать такой подход, поскольку акты нового *lex mercatoria* носят рекомендательный характер. Стороны вправе подчинить свои правоотношения указанным актам, однако они будут обязательны только для них.

Имеющее единую нравственную основу с принципом добросовестности требование сотрудничества (которое присуще обязательственному праву) способствует его реализации в ходе исполнения обязательств. Законодатель, укрепив значение добросовестности в регулировании гражданско-правовых отношений, повысил роль упомянутого требования.

Для дополнения содержащейся в п. 3 ст. 307 ГК РФ нормы целесообразно расширить ее до обращенного сторонам требования заранее предупредить об обстоятельствах, в результате которых какой-либо из сторон могут быть причинены убытки, а также оказывать разумное содействие друг другу в реализации прав и исполнении обязанностей. Необходимо ориентировать стороны на объединение усилий с целью обеспечения надлежащего исполнения обязательств в первую очередь при возникновении затруднительных обстоятельств. В ходе такого взаимодействия кредитор не должен принимать на себя риски или нести издержки. Целью сотрудничества является достижение максимально экономически выгодного для сторон результата.

Следовало бы рассмотреть возможность переноса п. 3 ст. 307 ГК РФ (с учетом смещения акцента на исполнение обязательств в том, что касается уже имеющих-

ся положений о взаимном оказании необходимого содействия и предоставлении требуемой информации) из гл. 21 «Понятие обязательства» в гл. 22 «Исполнение обязательств» посредством создания отдельной статьи либо включения в ст. 309 ГК РФ с целью подтверждения общего характера этого требования и усиления его юридически обязательной силы в отношении исполнения обязательств.

2.3. Требование экономичного исполнения

В научной литературе имеются различные подходы к экономичному исполнению обязательств. Экономичность исполнения рассматривалась в качестве принципа в советское время (Толстой 1973, 198–200) и в условиях рыночной экономики (Сарбаш 2005). При этом отмечается отказ от указанного «принципа» в ГК РФ (Доренкова 2000, 29). Следует также выделить подход, согласно которому требование экономичного исполнения обязательств охвачено принципом добросовестности (Кулаков 2015, 120).

В советский период экономичное исполнение имело статус принципа. В абз. 2 ст. 168 ГК РСФСР 1964 г. предусматривалось, что каждая сторона «должна свои обязанности исполнять наиболее экономичным для социалистического народного хозяйства образом». Указанное требование также содержалось в транспортном законодательстве, требовавшем «сокращения дальности и снижения транспортных издержек при перевозках, обеспечения сохранности грузов, недопущения излишне дальних, встречных и иных нерациональных перевозок» (Грибанов 2001, 231).

Законодатель не закрепил в части первой ГК РФ 1994 г. требование экономичности в качестве общего, однако оно регулирует исполнение подрядных обязательств (ст. 710, 713 ГК РФ). По мнению А. А. Волоса, «требование экономичности является фундаментальным правилом института исполнения обязательств, должно распространяться на все обязательственное право» (Волос 2015, 170). Указанное требование соответствует современному уровню развития экономических отношений и интересам сторон, что проявляется в действиях отечественного законодателя, направленных на развитие принципа добросовестности, в частности применительно к обязательственному праву. Требование экономичного исполнения обязательства следует рассматривать в качестве одного из проявлений «принципа добросовестности, правила о недопустимости злоупотребления правом, иных общих норм», поскольку если обязательство исполнено неэкономично, нерационально и с необоснованными издержками, то такое его исполнение следует признать недобросовестным, а в отдельных случаях его можно рассматривать как злоупотребление правом (Волос 2015, 168–169). Например, если поставщик воспользуется предоставленным ему в абз. 2 п. 1 ст. 510 ГК РФ правом выбора транспорта для доставки товара покупателю, который несет транспортные расходы, явно невыгодным транспортом (к примеру, вместо автомобильного авиационным), действия поставщика подпадают под злоупотребление правом (Кулаков 2015, 120).

Пленум ВАС РФ в п. 9 Постановления от 22.10.1997 № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений ГК РФ о договоре поставки» рассмотрел вопрос о транспортных расходах и установил, что они «распределяются между сторонами в соответствии с договором», а при отсутствии соответствующего условия «суд путем толкования условий такого договора должен выяснить действительную

волю сторон с учетом практики их взаимоотношений». Если должник выбрал менее экономичный способ доставки товара, имея возможность осуществить ее более экономичным способом, то на него возлагаются невыгодные последствия такого решения. В. С. Толстой полагал, что «экономичность исполнения с точки зрения гражданского права находит свое выражение в выполнении работ с наименьшими затратами, если их стоимость не установлена заранее; в использовании для доставки груза наиболее дешевого вида транспорта, если расходы по перевозке ложатся на получателя; в максимальном уменьшении убытков, перелагаемых в порядке регресса на другое лицо, и т. д.» (Толстой 1973, 200).

Стороны вправе ссылаться на требование экономичного исполнения как на обычай согласно ст. 5 ГК РФ и с учетом абз. 1 п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ».

Ввиду отсутствия универсальных правил определения экономичности исполнения обязательства представляют интерес выявленные А. А. Волосом примерные критерии:

- наименьшие материальные и финансовые затраты;
- оптимальные временные затраты (если стороны не установили срок);
- эффективное использование организационных возможностей;
- недопущение необязательных согласований при оформлении документов, иного намеренного затягивания (Волос 2015, 172–173).

Требование экономичного исполнения прямо не отражено в актах нового *lex mercatoria*. В то же время прослеживается его проявление в виде связанного с принципом добросовестности требования совершать торговые операции, осуществляя честную деловую практику: п. «с» ст. 5.1.2 (подразумеваемые обязательства) Принципов УНИДРУА, ст. 1:201 (добросовестность и честная деловая практика) Принципов ЕДП, ст. I.1.1 (принцип добросовестности и честной деловой практики в международной торговле) Принципов TransLex. Следовательно, указанное требование может быть косвенно выведено из актов нового *lex mercatoria*.

Требование экономичности (которое свойственно обязательственному праву) предполагает, что обязательства должны исполняться наиболее рациональным и целесообразным способом. Должнику следует выбирать эффективные, оптимальные и выгодные для кредитора варианты поведения в отношении предмета обязательства. Соблюдение этого требования, способствующего реализации принципа добросовестности в ходе исполнения обязательств, позволяет достигать их целей с минимальными издержками и максимальной полнотой. Целесообразно выделить отдельную норму в гл. 22 «Исполнение обязательств» ГК РФ для стимулирования должников исполнять обязательства наиболее экономичным образом, что позволит обеспечить дополнительную защиту интересов кредиторов.

3. Выводы

Соблюдение принципа добросовестности в ходе исполнения обязательств воплощает общий принцип добросовестности и является частным случаем его реализации. Применение указанного принципа способствует осуществлению прин-

ципа надлежащего исполнения обязательств, т.е. их исполнению в соответствии с предусмотренными сторонами условиями.

Системное представление о критериях, соблюдение которых позволяет оценить степень реализации принципа добросовестности в ходе исполнения обязательств, отсутствует в законодательстве, судебной практике и доктрине. Можно выявить следующие требования:

- честного ведения дел, что предполагает взаимный учет сторонами прав и законных интересов друг друга и воздержание от совершения действий, которые могут воспрепятствовать надлежащему исполнению обязательства;
- сотрудничества сторон, под которым имеется в виду осуществление координации;
- экономичного исполнения, что призвано устранять дополнительные для сторон расходы без ущерба качеству.

Соблюдение перечисленных требований способствовало бы единообразному пониманию целей и задач принципа добросовестности в ходе исполнения обязательств, а также повышению уровня судейского усмотрения.

Целесообразно закрепить в гл. 22 «Исполнение обязательств» ГК РФ требование экономичного исполнения обязательств и перенести в нее скорректированный п. 3 ст. 307 ГК РФ, предусматривающий требование сотрудничества сторон.

Библиография

- Агарков, Михаил М. 1946. «Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве». *Известия Академии наук СССР* 6: 424–436.
- Белов, Вадим А. 2015. «“Двадцать пятое” постановление Пленума: толкование или... законодательство?» *Вестник экономического правосудия РФ* 11: 53–90. Дата обращения 15 января, 2020. <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=94744#gScWOoSq9zTnspt>.
- Бирюков, Георгий Г., Любовь И. Шевченко. 1988. «О принципе содействия при исполнении обязательств поставки». *Правовые вопросы перестройки хозяйственного механизма в современных условиях: межвуз. сб. науч. тр., отв. ред. Лев Б. Гальперин*, 33–40. Кемерово: Кемеровский государственный университет.
- Вавилин, Евгений В. 2015. «Концептуальные основы развития гражданского законодательства Российской Федерации». *Ученые записки Казанского университета. Сер. Гуманитарные науки* 157 (6): 98–110.
- Васьковский, Евгений В. 2016. *Избранные работы польского периода*. М.: Статут.
- Вердиян, Григорий В. 2019. «Принцип добросовестности в гражданском праве России: судейское усмотрение и процессуальные приемы его реализации». *Мировой судья* 1: 28–40. Дата обращения 15 января, 2020. <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=HstwJoSgd9GulXpX1&cacheid=180AA738AD18E2B362AF578C644A585C&mode=splus&base=CJI&n=120260&rnd=64D5E01256EC956FBC371FCDFCE841CD#agvwJoSOBcAuncEL>.
- Витрянский, Василий В. 2017. *Реформа гражданского законодательства: промежуточные итоги*. М.: Статут.
- Волков, Александр В. 2013. «Соотношение принципа добросовестности и принципа недопустимости злоупотребления правом в современном гражданском праве». *Вестник Волгоградского государственного университета. Сер. 5: Юриспруденция* 3 (20): 44–50.
- Волос, Алексей А. 2015. «Принципы обязательственного права». Дис. ... канд. юрид. наук, Саратовская государственная юридическая академия.

- Голубцов, Валерий Г. 2016. «Принцип добросовестности как элемент правового механизма стимулирования должника к надлежащему исполнению обязательств и гарантирования интересов кредиторов: анализ судебно-арбитражной практики». *Вестник Пермского университета. Юридические науки* 32: 175–184.
- Грибанов, Вениамин П. 2001. *Осуществление и защита гражданских прав*. М.: Статут.
- Деягина, Светлана В. 2016. «Принцип взаимного сотрудничества и взаимопомощи участников гражданского оборота как отдельная юридическая категория и его соотношение с принципом добросовестности сторон». *Социально-экономические исследования, гуманитарные науки и юриспруденция: теория и практика* 8: 98–109.
- Дерюгина, Татьяна В. 2013. «Добросовестность участников гражданских правоотношений как предел и принцип права». *Вестник Волгоградского государственного университета. Сер. 5: Юриспруденция* 3 (20): 51–55.
- Доренкова, Юлия М. 2000. «Исполнение договорного обязательства в гражданском праве России». Дис. ... канд. юрид. наук, Российская академия государственной службы при Президенте РФ.
- Иоффе, Олимпиад С. 2004. *Избранные труды*: в 4 т. Т. 3: Обязательственное право. СПб.: Юридический центр Пресс.
- Комаров, Александр С., пер. 2013. *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010*. М.: Статут.
- Коновалов, Александр В. 2016. «Принцип добросовестности в новой редакции ГК РФ и в судебной практике». *Право. Журнал Высшей школы экономики* 4: 4–14.
- Кулаков, Владимир В. 2015. *Прекращение обязательств по гражданскому законодательству России*. М.: Российский государственный университет правосудия.
- Маковский, Александр Л. 2013. «Об уроках реформирования Гражданского кодекса России». *Вестник гражданского права* 5: 157–172.
- Микрюков, Виктор А. 2013. «Принцип добросовестности — новый нравственный ограничитель гражданских прав». *Журнал российского права* 6: 17–24.
- Нам, Кирилл В. 2020. «Принцип добросовестности как правовой принцип». *Вестник экономического правосудия РФ* 2: 88–103. Дата обращения 15 января, 2020. <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=128745#s9p6IoS1zX5xs5xB>.
- Новицкий, Иван Б. 2006. «Принцип доброй совести в проекте обязательственного права». *Вестник гражданского права* 1 (6): 124–181.
- Орешин, Евгений И., Ирина И. Суспицына. 2012. «Принцип содействия сторон в исполнении обязательства: советский анахронизм или эффективный правовой инструмент?» *Закон* 11: 129–136.
- Петражицкий, Лев И. 2002. *Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права*. М.: Статут. Дата обращения 15 января, 2020. http://civil.consultant.ru/elib/books/12/page_41.html.
- Покровский, Иосиф А. 2001. *Основные проблемы гражданского права*. М.: Статут. Дата обращения 15 января, 2020. https://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_30.html.
- Ровный, Валерий В. 2000. «Принцип взаимного сотрудничества сторон при исполнении обязательств в отечественном гражданском праве». *Правоведение* 1: 84–92.
- Сарбаш, Сергей В. 2005. *Исполнение договорного обязательства*. Дата обращения 15 января, 2020. <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=499524194014461611436736144&cacheid=D2D8AC2E641FE98A141C6BEDCB5C73B7&mode=splus&base=CMB&n=15486&rnd=ADFA439D3EFDF4F3DCE0D8924692F368#2q3g0miey4o>.
- Сарбаш, Сергей В. 2016. *Элементарная догматика обязательств*. М.: Статут.
- Скловский, Константин И. 2017. «Толкование добросовестности как обязанность суда». *Закон* 1: 106–109.
- Толстой, Владимир С. 1973. *Исполнение обязательств*. М.: Юридическая литература.
- Филиппова, Софья Ю. 2011. *Частноправовые средства организации и достижения правовых целей*. М.: Статут.
- Филиппова, Софья Ю. 2016. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к разделу III «Общая часть обязательственного права»*, под ред. Ларисы В. Санниковой. М.: Статут.

- Фогельсон, Юрий Б. 2017. «Принцип добросовестности в российской судебной практике». *Вестник экономического правосудия РФ* 9: 103–116.
- Хохлов, Вадим А. 2015. *Общие положения об обязательствах*. М.: Статут.
- Цветков, Игорь В. 2016. «Российское обязательственное право стало значительно более гибким и удобным для бизнеса». *Вестник Федерального арбитражного суда Московского округа* 3: 6–11. Дата обращения 15 января, 2020. <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=ytbNJ0Sihz5Tw2oF1&cacheid=A681FE60A121B0388A6BFBA2C647003D&mode=splus&base=CJI&n=103693&rnd=C9D18B9BD793E4EAC2F2B07ECA91F8B8#ZMeNJoS8YQLim1O21>.
- Щербаков, Роман А. 2017. «Классификация правовых категорий». *Вопросы российского и международного права* 7 (1А): 62–68.
- Hesselink, Martijn W. 2011. “The concept of good faith”. *Towards a European Civil Code*. 4th ed., revised and expanded, eds Arthur S. Hartkamp, Martijn W. Hesselink, Ewoud H. Hondius, Chantal Mak, C. Edgar du Perron, 619–649. The Netherlands Kluwer Law International, ArsAequi Libri.
- Zimmermann, Reinhard, Simon Whittaker. 2000. *Good faith in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Статья поступила в редакцию 12 марта 2020 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Алякин Дмитрий Сергеевич — соискатель; alyakin.dmitry@gmail.com

Good faith performance of contractual obligations under Russian law

D. S. Alyakin

Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University),
76, pr. Vernadskogo, Moscow, 119454, Russian Federation

For citation: Alyakin, Dmitry S. 2022. “Good faith performance of contractual obligations under Russian law”. *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 107–124.
<https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.106> (In Russian)

The paper examines the implementation of the good faith performance of contractual obligations under Russian law, and identifies requirements addressed to parties in this area. The relevance of the paper stems from the increasing Russian legislator’s attention to extending the application of good faith in civil circulation, including the performance of obligations. The research aim is to examine the nature of good faith performance of obligations. The research material was the Civil Code of the Russian Federation, Russian jurisprudence, and domestic authors’ studies in the field of civil law. The methodological basis consisted of general scientific (analysis, synthesis, analogy) and special legal methods (comparative-legal, formal-logical, systemic, structural-functional methods, and a method of interpretation). It is justified that the principle of good faith, being a general principle of the Russian Civil Law, is implemented, in particular, in the field of performance of obligations. The implementation of this principle regulated by legal norms ensures a balance between the interests of a creditor and debtor, allows achieving the result implied and pursued by the law, and maintains the stability of civil circulation. It seems appropriate to consider good faith in doing business, cooperation between parties, and cost-effective performance as requirements contributing to the understanding and achieving goals and objectives of the principle of good faith in relation to the performance of obligations. It is important to continue working on the formation of a uniform approach to the implementation of the listed requirements in the mentioned field by improving the existing legal regulation. The effectiveness of this process will contribute to increasing the level of judicial discretion within the established limits and will allow to guide parties in

patterns of conduct aimed at achieving objectives of obligations, in other words, their due performance.

Keywords: performance of obligations, contractual obligation, good faith principle, fair dealing, cooperation, cost-effectiveness, Russian law, civil law.

References

- Agarkov, Mikhail M. 1946. "Problem of abuse of right under the Soviet Civil Law". *Izvestiia Akademii nauk SSSR* 6: 424–436. (In Russian)
- Belov, Vadim A. 2015. "'Twenty-fifth' decision of the Plenum: interpretation or... legislation?" *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiia RF* 11: 53–90. Accessed 15 January, 2020. <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=94744#gScWOoSqc9zTnspt>. (In Russian)
- Biriukov, Georgii G., Liubov' I. Shevchenko. 1988. "Principle of cooperation in the performance of delivery obligations". *Pravovye voprosy perestroiki hoziaistvennogo mekhanizma v sovremennyh usloviiah: mezhevuz. sb. nauch. tr.*, ed. by Lev B. Gal'perin, 33–40. Kemerovo, Kemerovskii gosudarstvennyi universitet Publ. (In Russian)
- Deliagina, Svetlana V. 2016. "Principle of mutual cooperation and assistance of parties to business transactions as a separate legal category and its correlation with the principle of good faith of parties". *Sotsialno-ekonomicheskie issledovaniia, gumanitarnye nauki i iurisprudentsiia: teoriia i praktika* 8: 98–109. (In Russian)
- Deriugina, Tat'iana V. 2013. "Good faith of participants of civil legal relations as a limit and principle of law". *Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta. Ser. 5: Iurisprudentsiia* 3 (20): 51–55. (In Russian)
- Dorenkova, Iuliia M. 2000. "Performance of contractual obligation according to the Russian Civil Law". PhD diss., Rossiiskaia akademiia narodnogo khoziaistva i gosudarstvennoi sluzhby pri Prezidente RF. (In Russian)
- Filippova, Sof'ia Iu. 2011. *Private law means of organisation and achievement of legal goals*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Filippova, Sof'ia Iu. 2016. *Civil Code of the Russian Federation. Article-by-article comment to section III 'General part of the law of obligations'*, ed. by Larisa V. Sannikova. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Fogel'son, Iurii B. 2017. "Principle of good faith in the Russian jurisprudence". *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiia RF* 9: 103–116. (In Russian)
- Golubtsov, Valerii G. 2016. "Principle of good faith as an element of the legal mechanism to encourage debtor to duly perform obligations and guarantee interests of creditors: Analysis of judicial and arbitration practice". *Vestnik Permskogo universiteta. Iuridicheskie nauki* 32: 175–184. (In Russian)
- Gribanov, Veniamin P. 2001. *Enjoyment and protection of civil rights*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Hesselink, Martijn W. 2011. "The concept of good faith". *Towards a European Civil Code*. 4th ed., revised and expanded, eds Arthur S. Hartkamp, Martijn W. Hesselink, Ewoud H. Hondius, Chantal Mak, C. Edgar du Perron, 619–649. The Netherlands Kluwer Law International, ArsAequi Libri.
- Ioffe, Olimpiad S. 2004. *Selected papers*, in 4 vols. Vol. 3: *Law of obligations*. St Petersburg, Iuridicheskii tsentr Press Publ. (In Russian)
- Khokhlov, Vadim A. 2015. *General provisions on obligations*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Komarov, Aleksandr S., transl. 2013. *Principles of international commercial contracts 2010 published by UNIDROIT*. Rus. ed. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Konovalov, Aleksandr V. 2016. "Principle of good faith in the new version of the Civil Code of the Russian Federation and jurisprudence". *Pravo. Zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki* 4: 4–14. (In Russian)
- Kulakov, Vladimir V. 2015. *Termination of obligations under the Russian civil law*. Moscow, Rossiiskii gosudarstvennyi universitet pravosudiia Publ. (In Russian)
- Makovskii, Aleksandr L. 2013. "Lessons learned from reforming the Civil Code of Russia". *Vestnik grazhdanskogo prava* 5: 157–172. (In Russian)
- Mikriukov, Viktor A. 2013. "Principle of good faith is a new moral constraint on civil rights". *Zhurnal rossiyskogo prava* 6: 17–24. (In Russian)

- Nam, Kirill V. 2020. "Principle of good faith as a legal principle". *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiia RF* 2: 88–103. Accessed January 15, 2020. <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=128745s9p6IoS1zX5s5xB>. (In Russian)
- Novitskii, Ivan B. 2006. "Principle of good faith in the draft law of obligations". *Vestnik grazhdanskogo prava* 1 (6): 124–181. (In Russian)
- Oreshin, Evgenii I., Irina I. Suspitsyna. 2012. "Principle of cooperation between parties in the performance of an obligation: A Soviet anachronism or an effective legal instrument?" *Zakon* 11: 129–136. (In Russian)
- Petrazhitskii, Lev I. 2002. *The rights of a bona fide owner to income from the point of view of dogma and civil law policy*. Moscow, Statut Publ. Accessed January 15, 2020. http://civil.consultant.ru/elib/books/12/page_41.html. (In Russian)
- Pokrovskii, Iosif A. 2001. *Key problems of the civil law*. Moscow, Statut Publ. Accessed 15 January, 2020. https://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_30.html. (In Russian)
- Rovnyi, Valerii V. 2000. "Principle of mutual cooperation between parties in the performance of obligations according to the domestic civil law". *Pravovedenie* 1: 84–92. (In Russian)
- Sarbash, Sergei V. 2005. *Performance of a contractual obligation*. Moscow, Statut Publ. Accessed January 15, 2020. <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=499524194014461611436736144&cacheid=D2D8AC2E641FE98A141C6BEDCB5C73B7&mode=splus&base=CMB&n=15486&rnd=ADFA439D3EFD4F3DCE0D8924692F368#2q3g0miey4o>. (In Russian)
- Sarbash, Sergei V. 2016. *Basic dogma of obligations*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Shcherbakov, Roman A. 2017. "Classification of legal categories". *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* 7 (1A): 62–68. (In Russian)
- Sklovskii, Konstantin I. 2017. "Interpretation of good faith as a duty of the court". *Zakon* 1: 106–109. (In Russian)
- Tolstoi, Vladimir S. 1973. *Performance of obligations*. Moscow, Iuridicheskaiia literatura Publ. (In Russian)
- Tsvetkov, Igor' V. 2016. "Russian law of obligations has become much more flexible and suitable for businesses". *Vestnik Federal'nogo arbitrazhnogo suda Moskovskogo okruga* 3: 6–11. Accessed January 15, 2020. <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=ytbNJoSihz5Tw2oF1&cacheid=A681FE60A121B0388A6BFBA2C647003D&mode=splus&base=CJI&n=103693&rnd=C9D18B9BD793E4EAC2F2B07ECA91F8B8#ZMeNJoS8YQLim1O21>. (In Russian)
- Vas'kovskii, Evgenii V. 2016. *Selected papers of the Polish period*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Vavilin, Evgenii V. 2015. "Conceptual basics for the development of civil legislation of the Russian Federation". *Uchenye zapiski Kazanskogo universiteta. Ser. Gumanitarnye nauki* 157 (6): 98–110. (In Russian)
- Verdian, Grigorii V. 2019. "Principle of good faith according to the Russian Civil Law: Judicial discretion and procedural methods for its implementation". *Mirovoi sud'ia* 1: 28–40. Accessed January 15, 2020. <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=HstwJoSgd9GulXpX1&cacheid=180AA738AD18E2B362AF578C644A585C&mode=splus&base=CJI&n=120260&rnd=64D5E01256EC956FBC371FCDFCE841CD#agvwJoSOBcAuncEl>. (In Russian)
- Vitrianskii, Vasilii V. 2017. *Reform of the civil legislation: Provisional results*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Volkov, Aleksandr V. 2013. "Correlation between the principle of good faith and the principle of inadmissibility of abuse of right according to the modern civil law". *Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta. Ser. 5: Iurisprudentsiia* 3 (20): 44–50. (In Russian)
- Volos, Aleksei A. 2015. "Principles of the law of obligations". PhD Thesis, Saratovskaia gosudarstvennaia iuridicheskaiia akademiia. (In Russian)
- Zimmermann, Reinhard, Simon Whittaker. 2000. *Good faith in European contract law*. Cambridge, Cambridge University Press.

Received: March 12, 2020
Accepted: December 10, 2021

Author's information:

Dmitry S. Alyakin — Postgraduate Student; alyakin.dmitry@gmail.com

Сущность и особенности доказывания в нотариальной деятельности

Е. В. Погосян

Уральский государственный юридический университет,
Российская Федерация, 620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21

Для цитирования: Погосян, Екатерина В. 2022. «Сущность и особенности доказывания в нотариальной деятельности». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 125–141. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.107>

В статье анализируются некоторые проблемы, связанные с доказыванием в нотариальной деятельности. Обосновывается актуальность разработки положений законодательства, направленных на усиление роли нотариуса в процессе доказывания, вводятся категории «пределы доказывания» и «стандарт доказывания» в нотариальной деятельности, обосновывается специфика доказательственного права применительно к нотариальному производству. Автор приходит к выводу, что установление пределов нотариального доказывания повышает значение формулировок в тексте договора (что именно было проверено и доказано нотариусом) и служат основанием для адекватного решения вопроса о доказательственном значении нотариального акта, отражая результаты разъяснительной и проверочной деятельности нотариуса. В предмет доказывания в нотариальном производстве предлагается включать документы, сведения и заявления, содержащие информацию о наличии или отсутствии определенных фактов, имеющих юридическое значение, необходимые для совершения нотариального действия. Изучая отдельные положения законодательства о нотариате, автор приходит к выводу о существовании презумпций в нотариальном процессе; под ними следует понимать положения, согласно которым тот или иной факт считается недоказанным, если допущено существенное нарушение нотариальной формы. Рассматривая особенности нотариальной деятельности в контексте доказывания обстоятельств, необходимых для совершения нотариального действия, автор обосновывает целесообразность выделять простые (одноэтапные) и сложные (многоэтапные) нотариальные производства. На основе примеров из судебной и нотариальной практики делается вывод, что главная задача правового регулирования процедуры нотариального доказывания состоит в том, чтобы создать условия для всестороннего установления нотариусом обстоятельств, имевших место во взаимоотношениях между сторонами нотариального производства, и для устранения субъективных факторов, связанных с особенностями восприятия однотипных правоотношений субъектами с разным уровнем психологического восприятия.

Ключевые слова: нотариус, доказательства, доказывание, предмет доказывания, пределы доказывания, стандарт доказывания, принципы доказывания.

...Говорить о профессии нотариуса означает говорить об истине. Именно удостоверение истины было, есть и будет первейшей обязанностью нотариуса.

Андреан И. Галиндо¹

1. Введение

Традиционно доказательства и доказывание являются центральной частью любого судебного процесса. Именно судебное доказывание формирует внутреннее убеждение судьи, от которого напрямую зависит, какое решение будет принято по делу. На первый взгляд, постановка вопроса о сущности и особенностях нотариального доказывания представляется несколько надуманной, поскольку нотариус не разрешает спора о праве, а следовательно, отнесение вопроса доказывания к его компетенции является излишним. Но это только на первый взгляд. В действительности, нотариусы, подтверждая юридически значимые факты, в своей каждодневной деятельности занимаются не чем иным, как доказыванием. Наглядным примером, иллюстрирующим значимость доказывания в нотариальной деятельности, выступает то, что нотариусы создают аутентичные акты, имеющие особую доказательственную и исполнительную силу, формируя тем самым бесспорные доказательства для суда (Погосян 2016, 19).

Нотариус обеспечивает правовую защиту, предупреждая споры и способствуя погашению будущих конфликтов, тем самым он является помощником правосудия. Специфический принцип, присущий только нотариальному производству, — принцип предупреждения правонарушений и споров, что, собственно, и характеризует нотариат как орган превентивного правосудия. Данный принцип заключается в правиле, согласно которому нотариус при совершении нотариальных действий должен стремиться к примирению и достижению согласия сторон нотариального акта. Обращаясь к нотариусу за совершением нотариального действия, стороны нотариального производства, как и стороны гражданского процесса, обмениваются доводами, поскольку зачастую возникают ситуации, когда заявители ввиду различия в понимании тех или иных норм законодательства должны доказать нотариусу возможность совершения нотариального действия. Например, довольно часто стороны нотариального производства по-разному трактуют те или иные условия договора. Обмениваясь перед нотариусом своими доводами, они тем самым находят компромиссный вариант разрешения проблемной ситуации. Именно возможность обмениваться доводами делает возможным существование доказывания в нотариальном процессе. От результатов такого доказывания напрямую зависит содержание нотариального акта, что впоследствии оказывает влияние на эффективность деятельности судебной системы и органов нотариата.

Вопросы доказывания в нотариальном производстве не являются предметом отдельного законодательного регулирования. Если в рамках гражданского процесса общие нормы о доказательствах содержатся в гл. 6 «Доказательства и доказывание»

¹ Интересные высказывания наших современников о нотариате. *Liveinternet*. 2010. <https://www.liveinternet.ru/community/3416630/post130893273>. Дата обращения 11 июля, 2021.

Гражданского процессуального кодекса РФ от 14.11.2002 № 138-ФЗ² (далее — ГПК РФ), то в рамках Основ законодательства РФ о нотариате нет специальной главы, регуливающей вопросы нотариального доказывания. Особенности доказывания в нотариальной деятельности выводятся из содержания целого ряда положений законодательства о нотариате. Так, согласно положениям ст. 48 Основ законодательства РФ о нотариате, одним из оснований отказа в совершении нотариального действия является то, что факты, изложенные в документах, представленных для совершения нотариального действия, не подтверждены в установленном законодательством РФ порядке, при условии что подтверждение требуется в соответствии с законодательством РФ. Согласно ст. 55 Основ законодательства РФ о нотариате при удостоверении сделок, направленных на отчуждение или залог имущества, права на которое подлежит регистрации, нотариус проверяет принадлежность данного имущества лицу, его отчуждающему или закладывающему. Из содержания ст. 55 Основ законодательства РФ о нотариате вытекает, что, проставляя на сделке свою удостоверительную надпись, нотариус подтверждает тем самым результаты своей проверочной деятельности, а именно то, какие обстоятельства им были установлены, от проверки каких обстоятельств он уклонился по тем или иным причинам. Согласно ст. 72 Основ законодательства РФ о нотариате, нотариус при выдаче свидетельства о праве на наследство по закону путем истребования соответствующих доказательств проверяет факт смерти наследодателя, время и место открытия наследства, наличие отношений, являющихся основанием для призвания к наследованию по закону лиц, подавших заявление о выдаче свидетельства о праве на наследство, состав и место нахождения наследственного имущества. Положения ст. 73 Основ законодательства РФ о нотариате устанавливают, что при выдаче свидетельства о праве на наследство по завещанию нотариус путем истребования соответствующих доказательств проверяет факт смерти наследодателя, наличие завещания, время и место открытия наследства, состав и место нахождения наследственного имущества, а также круг лиц, имеющих право на обязательную долю в наследстве (Погосян 2016, 20).

Таким образом, специфика доказательственного права применительно к нотариальному производству проявляется прежде всего в практически полном отсутствии правового регулирования процедуры доказывания в процессе совершения нотариальных действий. Большинство норм, посвященных доказыванию в нотариальном производстве, носят отсылочный характер. Для иллюстрации приведем норму ст. 103 Основ законодательства РФ о нотариате, посвященную действиям нотариуса по обеспечению доказательств: при выполнении процессуальных действий по обеспечению доказательств нотариус руководствуется соответствующими нормами гражданского процессуального законодательства РФ.

Еще одна специфичная черта доказательственного права проявляется в том, что специальные нормы, относящиеся к доказыванию в нотариальном производстве, устанавливающие объем информации, необходимой нотариусу для совершения нотариальных действий, и способ ее фиксирования, содержатся не только в процессуальных источниках, но и в нормативных документах Федеральной нота-

² Здесь и далее все ссылки на российские нормативно-правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения: 14 октября, 2021. <http://www.consultant.ru>.

риальной палаты, например в Регламенте совершения нотариусами нотариальных действий.

2. Основное исследование

2.1. Понятие доказывания

В рамках общей теории государства и права С. С. Алексеев высказывает свой взгляд на доказывание, понимая его в узком и широком смысле. Доказывание в широком смысле — это деятельность субъектов, направленная на установление с помощью юридических доказательств истинности обстоятельств дела (Алексеев 1973, 243). В законодательстве, на практике и в теории под доказыванием нередко понимают деятельность по представлению доказательств, по участию в их исследовании и оценке. В таком (узком) смысле понятие доказывания довольно близко к понятию логического доказывания, т. е. аргументирования, когда оно состоит в деятельности по обоснованию выдвигаемых доводов и возражений, по убеждению в их истинности тех или иных лиц (Алексеев 1973, 247).

В чем же состоят главные отличия судебного доказывания от нотариального?

Как и любое доказывание, нотариальное доказывание также выступает разновидностью познавательного процесса, целью которого является установление фактического состава, необходимого для совершения нотариального действия. Характерная особенность доказывания в нотариальном процессе — то, что установление фактов и обстоятельств происходит при отсутствии нарушенного или оспариваемого права.

В нотариальном праве не употребляется термин «формы нотариального познания», но можно утверждать, что деятельность нотариуса в большей степени основана на непосредственном познании. Нотариус обычно выступает в качестве «квалифицированного свидетеля», удостоверяющего лишь то, что он наблюдал лично.

Поэтому нотариальные действия — это, как правило, результат того, что нотариус познал непосредственно: из заявлений лиц, обратившихся за их совершением, договоренностей сторон нотариального производства по поводу условий сделки, достигнутых в присутствии нотариуса и т. д. Так, при удостоверении договора отчуждения имущества нотариус выясняет истинные намерения сторон, разъясняет им содержание и последствия заключения договора, чтобы их неосведомленность не привела к дальнейшему спору в отношении имущества. В нотариальной практике часто возникают ситуации, когда стороны, обращаясь к нотариусу с целью отчуждения имущества, имеют в виду разные сделки: например, одна сторона намеревается заключить договор дарения, а другая — договор ренты. Поэтому ядро удостоверительной деятельности нотариуса состоит в проверке правильности изъявления воли сторон, что невозможно без обмена доводами между лицами, обратившимися за совершением нотариального действия. Нотариус удостоверяет и факт произнесения в его присутствии заявлений сторон, и факт получения сторонами разъяснений от него. В отличие от других должностных лиц, представителей органов власти, нотариус наделен уникальным правом — проверять правильность формирования воли сторон и правильность ее изъявления. Для того чтобы проверить указанные обстоятельства, заявители должны доказать нотариусу наличие

или отсутствие юридических обстоятельств, которые служат основанием для инициирования соответствующего нотариального производства. Таким образом, деятельность по доказыванию по общему правилу адресована нотариусу. Вместе с тем в случае невозможности совершения нотариального действия, напротив, нотариус должен доказать наличие оснований для отказа в его совершении.

Нотариальные производства могут совершаться в один и в несколько этапов. Так, существуют нотариальные действия (например, свидетельствование подлинности подписи переводчика на документе), которые совершаются быстро и представляют собой одно разовое или совокупность нескольких несложных действий, и нотариальные действия, требующие более длительной подготовки (удостоверение договора, выдача свидетельства о праве на наследство), когда нотариус совершает множество действий, связанных с проверкой правоспособности и дееспособности обратившихся лиц, истребованием необходимых для совершения нотариального действия сведений и документов, проверкой законности сделки, привлечения иных лиц (например, для получения согласия супруга на совершение сделки).

В связи с этим представляется целесообразным выделять простые (одноэтапные) и сложные (многоэтапные) нотариальные производства.

Простые нотариальные производства (свидетельствование верности копий документов и выписок из них, свидетельствование подлинности подписи на документе, свидетельствование подлинности подписи переводчика на документе, удостоверение доверенности и т. д.) совершаются в день обращения заявителя к нотариусу и предусматривают комплекс процессуальных действий нотариуса, направленных на проверку объективных и субъективных условий для совершения нотариального действия. Так, при свидетельствовании верности копии с подлинником документа нотариусу необходимо установить личность гражданина, обратившегося к нему за совершением нотариального действия, проверить соответствие копии оригиналу документа, а также общим требованиям, предъявляемым ст. 45 Основ законодательства о нотариате к документам, представляемым для совершения нотариального действия.

Сложные нотариальные производства (удостоверение сделок, выдача свидетельства о праве на наследство, принятие мер к охране наследственного имущества и пр.) совершаются в несколько этапов, на каждом из которых происходит возбуждение нотариального производства, установление юридического состава, необходимого для совершения нотариального действия, и совершение нотариального действия нотариусом. При этом невозможно заранее определить количество этапов, так как, например, наследственное дело может быть возобновлено для выдачи дополнительного свидетельства о праве на наследство. Более того, в рамках единого нотариального процесса могут совершаться различные нотариальные производства, как независимо, так и совместно друг с другом. Если нотариальные производства вытекают из одного правоотношения (например, наследственного), касаются одной группы субъектов и связаны по смыслу, то, как правило, они объединяются в одно производство (например, производство по выдаче свидетельства о праве на наследство и производство по принятию мер к охране наследственного имущества).

Говоря о доказывании в том контексте, который заложен в данное понятие процессуальным законодательством, следует отметить, что наиболее ярко нотари-

альное доказывание можно проследить именно в сложных нотариальных производствах, где стороны обмениваются доводами и нотариус проверяет и фиксирует правильность формирования и изъявления воли сторон.

Нотариус, как и судья, устанавливает имевшие место факты, т. е. в данном случае доказывание основано на опосредованном познании. Лица, обратившиеся за совершением нотариального действия, представляют сведения и документы, бесспорно подтверждающие определенные факты. Так, факт смерти наследодателя и время открытия наследства подтверждаются свидетельством о смерти, а место открытия наследства — справкой жилищного органа. На основе представленных сведений, подтверждающих право или факт, об удостоверении которого или подтверждении которого просят лица, обратившиеся за совершением нотариального действия, нотариус приходит к умозаключению по рассматриваемой ситуации, что отражается в нотариальном акте. Отсюда вытекает следующее: доказывание в нотариальной деятельности носит двоякий характер и направлено на правильное и своевременное подтверждение фактов и событий, имевших место в реальной действительности. Как справедливо отмечает Н. Е. Шалаева, с одной стороны, нотариус обязан исследовать и оценивать предоставленные доказательства, с другой — он непосредственно участвует в их создании (Шалаева 2012, 5). В данном контексте целесообразно говорить о формировании доказательств нотариусом, так как нотариус, помимо исследования и оценки доказательств, заключает в законную форму полученные от компетентных органов и заявителей сведения и информацию.

Доказывание в нотариальном производстве, как и в гражданском процессе, «строится не только в соответствии с предписаниями норм права, но и по законам и закономерностям познания в соответствии с принципами логического мышления», — точно отметила И. В. Решетникова, говоря о процессуальном доказывании (Решетникова 2013, 28). Большую роль в доказывании играют и законы психологии. Так, по общему правилу нотариус проверяет дееспособность гражданина, обратившегося за совершением нотариального действия, не только по документам, устанавливающим личность, но и путем внешнего осмотра посетителя, беседы, в ходе которой, как правило, задается несколько вопросов общего характера, а затем более конкретных вопросов, позволяющих понять, для совершения какого нотариального действия обратился заявитель. В таких случаях деятельность по доказыванию начинает подчиняться законам психологии, поскольку нотариусу необходимо оценить психическое состояние обратившегося к нему лица. Устанавливая дееспособность в ходе личной беседы, нотариус ориентируется прежде всего на собственное восприятие, оценивая, понимает ли заявитель значение своих действий или нет. В судебной практике описан случай, когда к гражданке для удостоверения доверенности на управление и распоряжение имуществом выезжали два нотариуса, при этом один отказался удостоверять доверенность, усомнившись в способности лица понимать свои действия, а другой удостоверил документ³. Таким образом, комплексность доказывания в нотариальном производстве по аналогии с гражданским процессом выражается в переплетении процессуальных норм с законами логики и психологии, которые зачастую отдают пальму первенства

³ Обзор нотариальной и судебной практики Московской области по отдельным вопросам, относящимся к сделкам за 2007 год. Дата обращения 11 июля, 2021. <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/28865417>.

в принятии решения о том, совершать нотариальное действие либо отказать в его совершении, нотариальному усмотрению.

2.2. Предмет доказывания и источники его формирования

Предмет доказывания — это процессуальный термин, который с точки зрения познания представляет собой скорее объект, поскольку дает ответ на вопрос «что доказываем?» Как верно отмечает М. А. Фокина, достижение цели доказывания возможно лишь при правильном определении предмета доказывания и субъектов (Фокина 2010, 12).

В науке гражданского процесса не сложилось единого понимания понятия «предмет доказывания». В целом дискуссия развивается относительно вопроса о том, какие именно юридические факты входят в предмет доказывания. Так, одни авторы предлагают понимать предмет доказывания в узком смысле, включая в него лишь юридические факты материально-правового характера, другие включают в предмет доказывания и иные факты.

Например, по мнению А. Ф. Клейнмана, «предмет доказывания — это лишь юридические факты основания иска и возражений против него, на которые указывает материальная норма, которая подлежат применению» (Клейнман 1967, 33). С. В. Курылев отмечал, что предмет доказывания образуют юридические факты, состав которых определяется материально-правовой нормой, подлежащей применению в конкретном деле, и пояснял, что ни требования сторон, ни их возражения не имеют определяющего значения (Курылев 2010, 317).

Д. М. Чечот и некоторые другие ученые предприняли попытку пересмотреть узкое понимание предмета доказывания, обосновывая необходимость включения в предмет доказывания не только юридические факты, характеризующие материальные правоотношения между истцом и ответчиком, но и факты, подтверждающие право истца на предъявление иска, являющиеся основанием заявления любого процессуального ходатайства (об отводе, о приостановлении производства по делу, об оставлении иска без рассмотрения и др.) (Мусин 1999, 185). И. В. Решетникова полагает, что предмет доказывания охватывает более широкий круг фактов: основные материально-правовые, вспомогательные (доказательственные факты, факты, установление которых необходимо для вынесения частного определения), процессуальные и проверочные факты (Решетникова 2011, 7). В. В. Ярков отмечает, что предметом доказывания выступает совокупность юридических фактов, которые необходимо установить путем опосредованного познания, иначе говоря, доказать субъектам доказывания (Ярков 2012, 156).

Таким образом, предмет доказывания в гражданском процессе — это та совокупность фактов, которые необходимо установить (доказать) в суде при рассмотрении дела. Состав же элементов предмета доказывания зависит от позиции отдельных авторов по этому вопросу.

В нотариальном производстве нотариус также устанавливает фактический состав, необходимый для совершения нотариального действия. Для каждого вида нотариального действия требуется установить свой круг юридических фактов, затребовать соответствующие документы, пригласить определенный круг лиц (например, супруга, долевого собственника и т. п.). Представляется, что в предмет

доказывания в нотариальном производстве будут включаться документы, сведения и заявления, содержащие информацию о наличии или отсутствии определенных фактов, имеющих юридическое значение, необходимые для совершения нотариального действия.

Каковы источники формирования предмета доказывания в нотариальном производстве? Учитывая специфику нотариальной деятельности, ее публично-правовой характер, полагаем, что, помимо норм материального права, к таковым следует отнести:

- документы органов государственной власти РФ и субъектов РФ, в том числе судебные акты, органов местного самоуправления, компетентных органов и должностных лиц иностранных государств, нотариусов, в том числе в электронной форме;
- государственные реестры, федеральные информационные ресурсы, государственные регистры, в том числе находящиеся в открытом доступе;
- единую информационную систему нотариата;
- заявления лиц, обратившихся за совершением нотариальных действий, и иных лиц, участвующих в совершении нотариального действия;
- документы и сведения, исходящие от физических и юридических лиц, в том числе информационные ресурсы.

В гражданском процессуальном праве существует группа фактов, которые не подлежат доказыванию. Статья 61 ГПК РФ относит к таковым следующие факты:

- общеизвестные;
- преюдициальные;
- подтвержденные нотариусом при совершении нотариального действия.

Думается, что ввиду бесспорного характера нотариального процесса документальное подтверждение требуется для всей совокупности фактов, на основе которых нотариус выявляет наличие или отсутствие оснований для совершения нотариального действия. Однако в нотариальном процессе могут встречаться случаи признания факта, которые освобождают одну из сторон нотариального правоотношения от обязанности доказывания. Так, согласно ст. 1155 Гражданского кодекса РФ (части третьей) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (далее — ГК РФ), наследство может быть принято наследником по истечении срока, установленного для его принятия, без обращения в суд при условии согласия в письменной форме на это всех остальных наследников, принявших наследство. Согласие наследников является основанием аннулирования нотариусом ранее выданного свидетельства о праве на наследство и основанием выдачи нового свидетельства. Аналогичный порядок предусмотрен для включения в круг наследников лица, не подтвердившего родственные отношения с наследодателем как не сохранившего соответствующие документы. В данном случае согласие наследников становится доказательством права другого наследника на принятие наследства.

Также можно говорить о существовании особой преюдициальности применительно к нотариальным актам. Как известно, основа преюдициальности в гражданском процессе — это общеобязательность судебных актов. Цель преюдициальности — недопустимость повторного доказывания фактов, установленных вступив-

шим в законную силу судебным актом. В нотариальном производстве юридический факт или совокупность юридических фактов подтверждается официальным документом, снабженным обязательными для него реквизитами, нотариальным актом. В силу своей публично-правовой природы и своих свойств (доказательственная сила, исполнительная сила, точная дата, возможность опубликования в государственных реестрах, противопоставимость третьим лицам (обязательный характер нотариального акта распространяется не только на стороны, но и на третьих лиц), вечное хранение, конфиденциальность) нотариальный акт сам по себе является преюдициальным, т. е. общеобязательным как для лиц, обратившихся к нотариусу за совершением нотариального действия, так и для третьих лиц, а факты, установленные нотариусом при его удостоверении, не подлежат повторному доказыванию ни в суде, ни в рамках последующих нотариальных процедур. Так, в случае выявления после выдачи свидетельства о праве на наследство наследственного имущества, на которое такое свидетельство не было выдано, выдается дополнительное свидетельство о праве на наследство (п. 2 ст. 1162 ГК РФ) в том же порядке и той же форме, что и первичное свидетельство о праве на наследство. При этом наследникам не требуется заново представлять нотариусу документы, подтверждающие факт места и времени открытия наследства, факт родственных отношений с наследодателем и т. д.

Крайне важным элементом в структуре процессуального доказывания являются *презюмции* (от лат. *praesumptio* — предположение) — общие правила, выражающие устойчивые, неоднократно повторяющиеся связи между фактами, явлениями, событиями, свойствами. По своей сущности презюмции несут в себе считающееся истинным предположительное знание о существовании каких-либо фактов, явлений, событий, состояний, отношений, которые принимаются без доказательства. Существуют различные классификации презюпций (Сериков 2004, 127–143), но в рамках настоящего исследования нас интересуют лишь те, которые закреплены в законе (правовые презюпции) и относятся к нотариальной деятельности. Понятие относимости и допустимости доказательств используется не только в судопроизводстве, но и в любом правоприменительном процессе, включая нотариальный.

На первый взгляд, презюпциям нет места в нотариальном процессе, так как все факты, лежащие в основе нотариального действия, должны быть подтверждены бесспорными доказательствами. Однако, изучая отдельные положения законодательства о нотариате, можно говорить о существовании процессуальных презюпций; под ними следует понимать положения, согласно которым тот или иной факт считается недоказанным, если допущено существенное нарушение нотариальной формы. Какие нарушения считаются существенными, устанавливает законодательство о нотариате и нотариальная практика. Так, по некоторым делам нотариус отказывает в совершении нотариального действия со ссылкой на несоответствие документов, представленных нотариусу, требованиям законодательства, а суд признает такой отказ законным. Например, даже в случае, когда наследник подтвердил искомые факты необходимыми доказательствами, нотариус, согласно ст. 48 Основ законодательства РФ о нотариате, вправе отказать ему в совершении нотариального действия, поскольку представленные им документы не соответствуют требованиям законодательства о нотариате. Так, в соответствии со ст. 45 Основ

законодательства РФ о нотариате, нотариусы не принимают для совершения нотариальных действий документы, имеющие подчистки или приписки, зачеркнутые слова или иные неоговоренные исправления, а также исполненные карандашом. Из положений данной нормы следует, что нотариус должен быть предельно внимателен не только к содержанию, но и к форме документов, представленных для совершения нотариального действия. В случае обнаружения недостатков нотариус, как правило, отказывает в совершении нотариального действия и предлагает заявителю обратиться в ту организацию, которая выдала документ, для исправления его недостатков. В данном случае в основе презумпции лежит практический опыт, свидетельствующий о том, что нарушение нотариальной формы приводит к невозможности установления или подтверждения искомого факта.

Отдельные презумпции, касающиеся существа нотариальной деятельности, закреплены также в нормах материального права и международных актах. Пункт 8 Базовых принципов системы латинского нотариата устанавливает: «Нотариальные документы имеют как *презумпцию законности*, так и *презумпцию достоверности* (курсив мой. — Е. П.). В соответствии с презумпцией законности юридическое действие или документ для того, чтобы иметь силу, должны объединять в себе установленные законом условия. В частности, необходимо, чтобы воля договаривающихся сторон была изъявлена свободно и сознательно в присутствии нотариуса. Презумпция достоверности означает, что факты, изложенные в документе и произошедшие в присутствии нотариуса или о которых нотариусу доподлинно известно, признаются достоверными»⁴.

Пункт 2 ст. 1153 ГК РФ устанавливает *презумпцию фактического принятия наследства*. Наследник, вступивший в фактическое владение наследственным имуществом, считается принявшим наследство, пока не доказано иное.

Для нотариальной практики большое значение имеет конкретная определенность презумпций, поскольку они указывают, имеет ли кто-либо право действовать определенным образом.

2.3. Пределы нотариального доказывания

В теории процессуального познания одним из наиболее сложных и дискуссионных остается вопрос о пределах доказывания. Как справедливо отмечает Ю. В. Боруленков, это наименее устоявшееся понятие теории доказательств (Боруленков 2014). Долгое время в процессуальной литературе предмет и пределы доказывания отождествлялись. Так, Г. Л. Осокина отмечает, что судебное познание как вид процессуальной деятельности суда и участвующих в деле лиц имеет четко обозначенные границы или пределы, которые именуются как предмет познания (Осокина 2008, 558). Данный подход можно объяснить тем, что пределы доказывания — оценочная категория, определение которой является скорее вопросом факта при рассмотрении каждого отдельного юридического дела. Пределы доказывания представляют собой совокупность доказательств, достаточных для достоверного выяснения обстоятельств, входящих в предмет доказывания.

⁴ Базовые принципы системы Латинского нотариата. 1986. Дата обращения 11 июля, 2021. <https://www.c-z-s.ru/doc/notariat/law/bazovyie-principyi-sistemyi-latinskogo-notariata.-utverzhdje.pdf>.

Проецируя данную категорию на нотариальный процесс, отметим, что понятие «пределы доказывания» тесно переплетается с понятием «объем удостоверения». Так, не все условия, составляющие текст нотариально удостоверенного документа, входят в объем удостоверения со стороны нотариуса. Следует разграничивать факты, удостоверяемые нотариусом в его присутствии, и заявления сторон, которыми они обмениваются, например, при подписании договора. Факты, засвидетельствованные нотариусом лично (дата, место, личность подписантов), составляют основу аутентичной силы нотариального акта⁵. Как справедливо отмечает М. З. Шварц, «эти факты противопоставляются всем третьим лицам, ибо зафиксированы не сторонами сделки и установлены не на основе их заявлений, а засвидетельствованы публичным должностным лицом» (Шварц 2012, 71–72).

Представляется, что предмет и объем нотариального удостоверения, а следовательно, и пределы доказывания могут зависеть от конкретных условий совершения нотариального действия. Так, в нотариальной практике наиболее часто встречается включение в текст сделки оговорки о том, что покупная цена объекта уплачена продавцом покупателю до подписания договора. Поскольку нотариус не являлся свидетелем данного факта, в тексте сделки возникают констатации, не выступающие предметом удостоверения со стороны нотариуса. Таким образом, пределы нотариального доказывания повышают значение формулировок в тексте договора (что именно было проверено и доказано) и служат основанием для адекватного решения вопроса о доказательственном значении нотариального акта, отражая результаты разъяснительной и проверочной деятельности нотариуса.

2.4. Субъекты доказывания

Субъектами гражданско-процессуальных отношений являются суды, рассматривающие дела, лица, участвующие в деле, к которым в силу закона относятся стороны, третьи лица, прокурор, лица, обращающиеся в суд за защитой прав, свобод, законных интересов других лиц или вступающие в процесс в целях дачи заключения по основаниям, предусмотренным ст. 4, 46, 47 ГПК РФ, заявители и заинтересованные лица по делам особого производства, а также лица, содействующие осуществлению правосудия (свидетели, переводчики, эксперты и представители сторон).

Что касается нотариального процесса, то к его субъектам традиционно относятся:

- нотариус и лица временно исполняющие обязанности нотариуса;
- стороны нотариального действия;
- лица, чьи права и законные интересы затрагиваются совершением нотариального действия;
- лица, способствующие совершению нотариального действия, но не имеющие в нем собственного материально-правового интереса (Ярков 2017, 56).

Стороны нотариального производства являются лицами, в отношении которых совершаются нотариальные действия.

⁵ Неоценимый вклад в исследование этого вопроса внесла диссертационная работа А. В. Грядова «Доказательственная сила нотариального акта в праве России и Франции» (Грядов 2012).

Лица, чьи права и законные интересы затрагиваются совершением нотариального действия, непосредственно не участвуют в совершении нотариального действия, однако имеют юридический интерес в отношении результата нотариального производства, в связи с чем вправе оспорить в судебном порядке совершенное действие; например, супруг может оспорить сделку отчуждения недвижимости, если она была осуществлена без его согласия (п. 3 ст. 35 Семейного кодекса РФ).

Лица, способствующие совершению нотариального действия, не имеют в нем собственного материально-правового или юридического интереса. Однако их деятельность способствует достижению задач нотариальной деятельности и успешному осуществлению функций нотариата в правовой системе. Например, переводчик обеспечивает понимание нотариального акта и нотариальной деятельности стороной, которая не владеет языком нотариального производства (Ярков 2017, 56).

Субъектами, участвующими в доказывании, являются нотариус (лицо, временно исполняющее обязанности нотариуса) и стороны (лица, обращающиеся за совершением нотариального действия). Также к субъектам доказывания относятся лица, чьи права и законные интересы затрагиваются совершением нотариального действия, поскольку они обязаны сообщить нотариусу определенные сведения, без которых нотариальное действие не может быть совершено или может быть оспорено. Лица, способствующие совершению нотариального действия, субъектами доказывания не являются.

С учетом целей настоящего исследования, а также назначения отдельных участников нотариального процесса предлагаем выделить три группы субъектов в контексте нотариального доказывания.

Публичные субъекты доказывания — нотариус и лица, временно исполняющие обязанности нотариуса, не только являющиеся носителями информации о факте, который необходимо установить для совершения нотариального действия, но и в порядке, предусмотренном законодательством о нотариате, осуществляющие сбор и преобразование данной информации в достоверное знание в целях совершения нотариального действия. В ходе нотариального производства публичные субъекты доказывания осуществляют деятельность: 1) по установлению (привлечению) субъектов нотариального процесса; 2) сбору, проверке и оценке доказательств; 3) обеспечению прав и соблюдению обязанностей участников нотариального производства; 4) изданию аутентичных нотариальных актов; 5) контролю за обеспечением прав граждан и организаций, обратившихся за совершением нотариального действия. Только публичный субъект нотариального доказывания несет непосредственную ответственность за совершение неправомерных нотариальных действий или отказ в их совершении. Удостоверительная деятельность публичного субъекта нотариального доказывания обуславливает успех решения задач, возложенных на нотариат как орган бесспорной гражданской юрисдикции.

Стороны нотариального действия, а также лица, чьи права и законные интересы затрагиваются совершением нотариального действия. Отличительные черты данной группы субъектов сводятся к следующим: 1) эти субъекты не несут непосредственной ответственности за достижение задач нотариального доказывания; 2) на них не возлагается обязанности проверки и оценки доказательств; 3) они участвуют в нотариальном процессе с определенных доказательственных позиций, определяемых законодательством о нотариате либо их интересами; 4) они не обла-

дают властными полномочиями, не являются субъектами применения права. Участвуя в деятельности по доказыванию, они обязаны представлять доказательства, участвовать в нотариальном действии, в порядке, предусмотренном Основами законодательства о нотариате и Регламентом совершения нотариальных действий, а также участвовать в проверке и оценке доказательств, влияя на установление фактического состава, необходимого для совершения нотариального действия в целях защиты своих прав и законных интересов.

Лица, способствующие совершению нотариального действия, но не имеющие в нем собственного материально-правового интереса. Данные лица, как правило, выполняют разовые вспомогательные функции (например, переводчик или рукоприкладчик), необходимые для совершения нотариального действия, либо к ним обращено требование о предоставлении документов, содержащих информацию о фактах (банки, территориальные органы Росреестра, Управления Пенсионного фонда РФ и т. д.). Также к данной группе лиц следует отнести секретарей и делопроизводителей нотариальной конторы, исполняющих вспомогательные обязанности в нотариальном процессе.

Все вышеперечисленные лица не имеют собственного интереса в нотариальном производстве. Главный смысл их деятельности — способствовать совершению нотариального действия или получению достоверной информации.

2.5. Стандарт доказывания в деятельности нотариуса

Понятие «стандарт доказывания», широко известное английскому и американскому доказательственному праву, в российском гражданском процессе впервые применено И. В. Решетниковой (Решетникова 1999, 133–135), которая в своих выступлениях не раз подчеркивала, что стандарт доказывания — это определенная степень уверенности в том, что все обстоятельства по делу установлены и можно вынести обоснованный судебный акт. По ее словам, термин «стандарт доказывания» в состязательной системе судопроизводства означает, что обстоятельства скорее доказаны, чем нет, либо установлены за пределами разумных сомнений (Коробка 2021).

В настоящее время в судебных актах Верховного Суда РФ активно используется понятие «стандарт доказывания»; под ним в судебной практике фактически понимается круг обстоятельств, входящих в предмет доказывания, бремя подтверждения которых лежит на лице, заявляющем соответствующие требования или возражения⁶.

Различаются следующие стандарты доказывания: обычный (баланс вероятностей или разумная степень достоверности), пониженный (минимально необходимая степень достоверности), повышенный (ясные и убедительные доказательства), наиболее высокий (достоверность за пределами разумных сомнений).

Нотариальному производству неизвестно понятие «стандарт доказывания», несмотря на то что доказательственная функция является важнейшей в деятельности нотариата, а исследование процедуры нотариального производства как процесса доказывания видится крайне перспективным и необходимым.

⁶ Определения Верховного Суда РФ от 27.05.2015 № 302-ЭС14-7670, от 10.06.2015 № 305-ЭС15-2572, от 10.07.2017 № 305-ЭС17-4211, от 29.10.2018 № 308-ЭС18-9470.

Истина есть правильное, адекватное отражение предметов и явлений действительности познающим субъектом (Губский 2000, 189). Наряду с категорией истины в процессуальном законе существует понятие достоверности. Достоверным является обоснованное, доказанное знание, истинность которого не вызывает сомнений.

Основное предназначение нотариуса — это придание достоверного, неоспоримого характера юридическим действиям субъектов гражданского оборота. Для этого нотариус наделен правом самостоятельно собирать доказательства либо, когда это невозможно в силу закона, предложить сторонам представить соответствующие доказательства, необходимые для совершения нотариального действия.

Согласно ст. 48 Основ законодательства РФ о нотариате, одно из оснований отказа нотариуса в совершении нотариального действия — ситуация, когда факты, изложенные в документах, представленных для совершения нотариального действия, не подтверждены в установленном законодательством РФ порядке, при условии что подтверждение требуется в соответствии с законодательством РФ.

В этом смысле доказывание в нотариальном процессе представляет для участников нотариального производства более сложную задачу, нежели доказывание в гражданском процессе.

Лица, обратившиеся к нотариусу за совершением нотариального действия, обязаны подтвердить фактические обстоятельства, за удостоверением которых они обратились, в противном случае они несут негативные последствия отказа в совершении нотариального действия. Если в гражданском процессе бремя доказывания стороной своих требований и возражений должно быть потенциально реализуемым и недопустимо возлагать на сторону обязанность доказывания определенных обстоятельств в ситуации невозможности получения ею доказательств по причине нахождения их у другой стороны спора, недобросовестно их не раскрывающей, то в нотариальном процессе при непредставлении необходимых доказательств удостоверяемого факта (независимо от причин) нотариальное действие не может быть совершено. Так, согласно п. 4.5 Методических рекомендаций по оформлению наследственных прав (утв. Решением Правления Федеральной нотариальной палаты от 25.03.2019, протокол № 03/19), нотариус обязан разъяснить заявителю, какие документы ему следует представить для нотариального удостоверения его прав и полномочий (на наследство, на долю в общем имуществе, исполнителя завещания), самостоятельно в соответствии с Регламентом. Выдача свидетельств, удостоверяющих права заявителя, возможна при наличии в наследственном деле всех документов и сведений, подтверждающих юридические факты и юридически значимую информацию, предусмотренные законодательством для удостоверения этих прав и полномочий.

Думается, можно говорить о повышенном стандарте доказывания в нотариальном процессе, который предполагает необходимость представления нотариусу доказательств, бесспорно подтверждающих право или факт, за удостоверением которого заявителя обратились к нотариусу.

Главная задача правового регулирования процедуры нотариального доказывания состоит в том, чтобы создать условия для всестороннего установления нотариусом обстоятельств, имевших место во взаимоотношениях между сторонами нотариального производства, с тем чтобы устранить субъективные факторы, свя-

занные с особенностями восприятия однотипных правоотношений субъектами с разным уровнем психологического восприятия (Погосян 2016, 25).

Вышеизложенное подтверждает актуальность дальнейшей разработки тех положений законодательства, которые направлены на усиление роли нотариуса в процессе доказывания.

3. Выводы

Подводя итог рассмотрению особенностей нотариального доказывания, можно сделать следующие выводы, отражающие его специфику и отличие от доказывания в гражданском процессе.

Во-первых, характерной особенностью доказывания в нотариальном процессе, является то, что установление фактов и обстоятельств происходит при отсутствии нарушенного или оспариваемого права, как в гражданском процессе, когда каждая сторона в обоснование своих требований и возражений ссылается на определенные факты, а суд на основании принципа состязательности оценивает доказательства, представленные сторонами, и выносит решение по делу. В нотариальном доказывании на первый план выходит воля лица, обращающегося за совершением нотариального действия. Именно это лицо инициирует нотариальный процесс, и от его активных действий по собиранию и представлению доказательств зависит результат нотариального производства. Окончательная квалификация доказательств, представленных лицами, обратившимися за совершением нотариального действия, производится нотариусом, который толкует волю заявителей, руководствуясь нормами материального права, процедурными правилами, правовыми обычаями, сложившимися в нотариальном праве, и собственным усмотрением, облекая ее в форму аутентичного нотариального акта.

Во-вторых, деятельность нотариуса в большей степени основана на непосредственном познании, поскольку нотариальные действия, как правило, — это результат того, что нотариус познал непосредственно, т. е. из заявлений лиц, обратившихся за их совершением, договоренностей сторон нотариального производства по поводу условий сделки, достигнутых в присутствии нотариуса, и т. д. Вместе с тем нотариус, как и судья, устанавливает имевшие место факты, т. е. в данном случае доказывание основано на опосредованном познании.

В-третьих, в процессе нотариального познания субъекты нотариального правоотношения преследуют общую цель — установление бесспорности фактов и обстоятельств, которые подтверждаются и удостоверяются нотариусом в установленной законом форме. В этом смысле подобная деятельность носит удостоверительный характер, а само доказывание в нотариальном процессе выполняет одновременно две функции: познавательную и удостоверительную.

Библиография

- Алексеев, Сергей С. 1973. *Проблемы теории права*: в 2 т. Т. 1. Свердловск: Свердловский юридический институт.
- Боруленков, Юрий П. 2014. «Пределы доказывания как категория». *Уголовное судопроизводство* 3: 29–32.

- Грядков, Алексей В. 2012. *Доказательственная сила нотариального акта в праве России и Франции*. М.: Инфотропик Медиа.
- Губский, Евгений, Ф., ред. 2000. *Философский энциклопедический словарь*. М.: ИНФРА-М.
- Клейнман, Александр Ф. 1967. *Новейшие течения в советской науке процессуального права*. М.: Изд-во Моск. ун-та.
- Коробка, Екатерина. 2021. «Должны ли стандарты доказывания быть закреплены в законе?» *Адвокатская газета*. Дата обращения 11 июля, 2021. <https://www.advgazeta.ru/novosti/dolzhny-li-standarty-dokazyvaniya-byt-zakrepleny-v-zakone/>.
- Курьлев, Сергей В. 2010. *Избранные труды*. Краснодар: Советская Кубань.
- Мусин, Валерий А. 1999. *Гражданский процесс*. М.: Проспект.
- Осокина, Галина Л. 2008. *Гражданский процесс. Общая часть*. М.: Норма.
- Погосян, Екатерина В. 2016. «Эволюция роли нотариуса в процессе доказывания». *Нотариус* 8: 19–25.
- Решетникова, Ирина В. 1999. *Доказательственное право Англии и США*. 2-е изд. М.: Городец.
- Решетникова, Ирина В. 2013. *Доказывание в гражданском процессе*. М.: Юрайт.
- Решетникова, Ирина В., ред. 2011. *Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве*. 5-е изд., доп. и пер. М.: Норма, Инфра-М.
- Сериков Юрий, А. 2004. «Классификация презумпций в гражданском процессуальном праве». *Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса* 2: 113–127.
- Фокина, Марина А. 2010. *Механизм доказывания по гражданским делам: теоретико-прикладные проблемы*. М.: Новый Индекс.
- Шалаева, Наталья Е. 2012. «Нотариальное доказывание как основа нотариального процесса». *Нотариус* 1: 2–5.
- Шварц, Михаил З. 2012. «Размышления о содержании и пределах доказательственного значения нотариального акта (на примере нотариально удостоверенных сделок)». *Сборник материалов и статей к 10-летию Центра нотариальных исследований*, 65–78. М.: Риза-Принт.
- Ярков, Владимир В. 2012. «Юридические факты в цивилистическом процессе». М.: Инфотропик Медиа.
- Ярков, Владимир В. ред. 2017. *Нотариальное право*. М.: Статут.

Статья поступила в редакцию 12 июля 2021 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Погосян Екатерина Владимировна — канд. юрид. наук; pogosyan-ekateri@mail.ru

Concept and special features of proving in notarial activities

E. V. Pogosyan

Ural State Law University,
21, ul. Komsomolskaya, Yekaterinburg, 620137, Russian Federation

For citation: Pogosyan, Ekaterina V. 2022. “Concept and special features of proving in notarial activities”. *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 125–141. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.107> (In Russian)

The article examines some problems related to proof in notarial activities and substantiates the relevance of those provisions of legislation for strengthening the role of the notary in the process of proof by introducing categories of limits and standards in notarial activities. The establishment of limits of notarial proof increases the meaning of certain clauses of the agreement (what exactly was checked and proved by the notary) and serves as the basis for an adequate solution to the issue of evidentiary value of the notarial deed, reflecting the results of the explanatory and verification activities of the notary. In the subject of proof in notarial

proceedings, it is proposed to include documents, information, and statements containing information on the presence or absence of certain facts of legal significance necessary for the performance of a notarial act. Examining certain provisions of notary legislation, the author concludes that there exists a presumption in the notarial process that should be understood as provisions according to which a particular fact is considered unproven if a significant violation of the notarial form is committed. Based on examples from judicial and notarial practice, it is concluded that the main task of legal regulation of the procedure of notarial proof is to create conditions for a comprehensive establishment by a notary of the circumstances that took place in the relationship between the parties to notarial proceedings in order to eliminate subjective factors associated with the peculiarities of perception of the same type of legal relationship by subjects with different levels of psychological perception.

Keywords: notary, proofs, proving, subject of proof, limits of proof, standard of proof, principles of proof.

References

- Alekseev, Sergei S. 1973. *Problems of the theory of law*: in 2 vols. Vol. 1. Sverdlovsk, Sverdlovskii iuridicheskii institut Publ. (In Russian)
- Borulenkov, Iurii P. 2014. "Limits of proof as category". *Ugolovnoe sudoproizvodstvo* 3: 29–32. (In Russian)
- Fokina, Marina A. 2010. *Evidence mechanism in civil cases: Theoretical and applied problems*. Moscow, Novyi Indeks Publ. (In Russian)
- Griadov, Aleksei V. 2012. *The evidentiary force of a notarial act in the law of Russia and France*. Moscow, Infotropik Media Publ. (In Russian)
- Gubskii Evgeniy F. ed. 2000. *Philosophical encyclopedic dictionary*. Moscow, INFRA-M. (In Russian)
- Iarkov, Vladimir V. 2012. *Legal facts in civil process*. Moscow, Infotropic-Media Publ. (In Russian)
- Iarkov, Vladimir V., ed. 2017. *Notarial law*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Kleinman, Aleksandr F. 1967. *The latest trends in the Soviet science of procedural law*. Moscow, Moscow University Press. (In Russian)
- Korobka, Ekaterina. 2021. "Should the standards of proof be enshrined in law?" *Advokatskaia gazeta*. Accessed July 11, 2021. <https://www.advgazeta.ru/novosti/dolzhen-li-standarty-dokazyvaniya-byt-zakrepleny-v-zakone/>. (In Russian)
- Kurylev, Sergei V. 2010. *Selected works*. Krasnodar, Sovetskaia Kuban' Publ. (In Russian)
- Musin, Valerii A., ed. 1999. *Civil procedure*. Moscow, Prospect Publ. (In Russian)
- Osokina, Galina L. 2008. *Civil procedure: A Basic part*. Moscow, Norma Publ. (In Russian)
- Pogosyan, Ekaterina V. 2016. "Evolution of the notary's role in evidencing". *Notarius* 8: 19–25. (In Russian)
- Reshetnikova, Irina V. 1999. *Evidence law of England and USA*. 2nd ed. Moscow, Gorodets Publ. (In Russian)
- Reshetnikova, Irina V. 2013. *Evidencing in the civil procedure*. Moscow, Iurait Publ. (In Russian)
- Reshetnikova, Irina V., ed. 2011. *A guide to proof in civil proceedings*. 5th ed., ext. and rev. Moscow, Norma, Infra-M Publ. (In Russian)
- Serikov, Iurii A. 2004. "Classification of presumptions in civil procedural law". *Rossiiskii ezhegodnik grazhdanskogo i arbitrazhnogo protsessa* 2: 113–127. (In Russian)
- Shalaeva, Natal'ia E. 2021. "Notarial evidencing as the basis of notarial process". *Notarius* 1: 2–5. (In Russian)
- Shvarts, Mikhail Z. 2012. "Reflections on the content and limits of the evidentiary value of the notarial act (on the example of notarized transactions)". *Sbornik materialov i statei k 10-letiiu Tsentra notarial'nykh issledovaniy*, 65–78. Moscow, Riza Print Publ. (In Russian)

Received: July 12, 2021

Accepted: December 10, 2021

Author's information:

Ekaterina V. Pogosyan — PhD in Law; pogosyan-ekateri@mail.ru

Права осужденных и принудительное питание: национальные и международные подходы

И. А. Давыдова, И. Н. Коробова, А. Н. Сиряков

Академия права и управления Федеральной службы исполнения наказаний,
Российская Федерация, 390000, Рязань, ул. Сенная, 1

Для цитирования: Давыдова, Ирина А., Ирина Н. Коробова, Алексей Н. Сиряков. 2022. «Права осужденных и принудительное питание: национальные и международные подходы». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 142–157.

<https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.108>

Протесты осужденных, отбывающих лишение свободы, в виде объявления голодовки представляют собой распространенное явление. В таких ситуациях нередко возникает противоречие между правами человека, отказывающегося от приема пищи, и обязанностью системы исполнения наказаний обеспечить здоровье и жизнь осужденного при помощи искусственного кормления. Международные правовые стандарты требуют от медицинского работника уважать автономию личности пациента. Перед процедурой медицинского вмешательства требуется получить осознанное согласие на медицинскую помощь. Однако в чрезвычайных обстоятельствах, при угрозе жизни и здоровью человека, врач обязан действовать, руководствуясь своим пониманием интересов пациента. Искусственное кормление должно осуществляться определенными средствами, как предусмотрено общими правилами о медицинском обслуживании, и никогда не причинять вреда или быть унижительным. В российском законодательстве подробные нормы об искусственном кормлении отсутствуют. В отдельных нормативных правовых актах используется термин «принудительное питание», более противоречивый и не в полной мере соответствующий требованиям международных правовых актов. В статье на примере Испании наглядно демонстрируется, как отсутствие четких правовых предписаний привело к разрешению вопроса искусственного кормления на уровне Конституционного суда, который отметил, что осужденные, отказывающиеся от приема пищи, не имеют права на смерть, а на пенитенциарную администрацию наложена обязанность сохранить здоровье и жизнь. Искусственное кормление не может рассматриваться как нарушение физической и моральной неприкосновенности, а тем более пыткой, бесчеловечным или унижающим достоинство видом обращения.

Ключевые слова: права осужденных, международные правовые стандарты, принудительное питание, искусственное кормление, уголовно-исполнительное законодательство, законодательство Испании, практика Конституционного суда Испании.

1. Введение

Права человека, находящегося в пенитенциарных учреждениях, подвержены серьезным правоограничениям. Однако в процессе исполнения уголовного наказания в виде лишения свободы существенное внимание уделяется обеспечению правового положения осужденных. Особо следует выделить закрепление в законо-

дательстве права на жизнь, человеческое достоинство, охрану здоровья и гарантий их обеспечения. Значение названных субъективных прав осужденных подтверждается уровнем правовой регламентации. Большинство международных правовых актов, содержащих стандарты исполнения наказаний и обращения с осужденными, имеют положения, касающиеся необходимости безусловного обеспечения государством права на жизнь, человеческое достоинство, гарантий защиты от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

В то же время в практике деятельности исправительных учреждений известны ситуации, когда по определенным мотивам осужденные сами отказываются от приема пищи, создавая угрозу собственной жизни и здоровью. По данным официальной статистики Федеральной службы исполнения наказаний России, доля подозреваемых, обвиняемых и осужденных, прибегающих к отказу от приема пищи, в период с 2014 по 2019 г. колеблется в пределах от 0,1 до 0,5% от общего количества. В абсолютных цифрах это выглядит следующим образом: 2014 г. — 653 случая, 2015 г. — 2580 (наибольшее количество за эти годы), 2016 г. — 937, 2017 г. — 1139, 2018 г. — 1009, 2019 г. — 1340¹. Несмотря на относительную незначительность зарегистрированных фактов, свидетельствующих об отказе от приема пищи, как правило, они не остаются незамеченными общественностью и правозащитниками, имеют большой общественный резонанс ввиду принуждения осужденных к питанию. Считается, что подобная практика приводит к посягательству на свободу воли, нарушению прав человека и представляет собой унижительный процесс, расцениваемый как пытка. Вместе с тем пенитенциарная администрация несет перед обществом обязанность сохранения здоровья осужденных и прилагает все усилия в этом направлении. Таким образом, возникает противоречие между правами осужденного и обязанностью администрации. Для его разрешения можно проанализировать международные акты, российское и зарубежное (например, испанское) законодательство в части реагирования на случаи голодовок осужденных, что позволит продолжить работу, предпринятую отечественными исследователями (Новиков 2018; Павленко 2015; Скиба, Родионов 2018), и приблизить российское законодательство к международным нормам.

2. Основное исследование

2.1. Регулирование принудительного питания в международных стандартах исполнения наказаний и обращения с заключенными

В международных правовых актах, содержащих стандарты исполнения наказаний и обращения с осужденными, имеющих положения, касающиеся необходимости безусловного обеспечения государством права на жизнь, человеческое достоинство, гарантий защиты от пыток и других жестоких, бесчеловечных или

¹ Основные показатели деятельности уголовно-исполнительной системы (январь — декабрь 2019 г.): информационно-аналитический сборник. Тверь: Федеральное казенное учреждение «Научно-исследовательский институт информационных технологий Федеральной службы исполнения наказаний России», 2020. — См. также аналогичные сборники за 2014–2018 гг.

унижающих достоинство видов обращения и наказания, есть множество норм, оформленных схожим образом (Тепляшин 2019; Уткин, Киселев, Савушкин 2018).

В одном из специальных международных правовых документов, посвященных осужденным, заключенным, задержанным, — Минимальных стандартных правилах ООН в отношении обращения с заключенными (Правилах Нельсона Манделы), утв. Генеральной Ассамблеей ООН в декабре 2015 г.², — а также в Европейских пенитенциарных правилах, принятых Комитетом Министров Совета Европы в 2006 г.³, содержатся требования к государствам, касающиеся обеспечения права на жизнь, человеческое достоинство, здоровье, трехразовое питание осужденных.

К основным принципам, закрепленным в Правилах Нельсона Манделы, относится положение о том, что все заключенные должны пользоваться уважением вследствие присущего им достоинства и их ценности как человеческой личности. Ни один заключенный не должен подвергаться пыткам и другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания, все заключенные должны быть защищены от них, и никакие обстоятельства не могут служить оправданием для них. Должна постоянно обеспечиваться охрана и безопасность заключенных, персонала, лиц, предоставляющих услуги, и посетителей (Правило 1).

В Правиле 22 отмечается обязанность тюремной администрации обеспечить в обычные часы каждому заключенному пищу, достаточно питательную, чтобы поддержать его здоровье и силы, имеющую достаточное качество, хорошо приготовленную и поданную.

В документе устанавливается обязанность государства обеспечивать медико-санитарное обслуживание заключенных, обращается внимание на единство стандартов медико-санитарного обслуживания в обществе и местах лишения свободы, бесплатность доступа к необходимым медико-санитарным услугам без какой-либо дискриминации по признаку их правового статуса (Правило 24).

Имеется императивная норма, в которой указано, что отношения между врачом, другими медицинскими специалистами и заключенными должны регулироваться едиными этическими и профессиональными стандартами, применяемыми к пациентам в свободном обществе, в числе которых:

- охрана физического и психического здоровья заключенных, профилактика и лечение болезни только на основании клинических предпосылок;
- соблюдение принципа самостоятельного подхода заключенных к своему собственному здоровью и осознанного согласия в отношениях между врачом и пациентом;
- конфиденциальность медицинской информации, если только это не создает реальной и непосредственной угрозы пациенту или другим лицам;

² The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules) Дата обращения 15 мая, 2020. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/E_ebook.pdf.

³ Recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les Règles pénitentiaires européennes. Дата обращения 20 мая, 2020. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Conseil_Europe_Recommandation_Regles_Penitentiaires_Europeennes_2_2006_FR.pdf.

- абсолютный запрет активно или пассивно участвовать в действиях, которые могут представлять собой пытки или другие жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения или наказания, включая медицинские или научные опыты, причиняющие вред здоровью заключенного, например изъятие клеток, тканей организма и органов заключенного.

Одним из запретов, содержащихся в Правилах Нельсона Манделы, касающихся дисциплинарных мер, является содержащееся в Правиле 43 требование ни при каких обстоятельствах не налагать ограничения или дисциплинарные взыскания, равнозначные пытке или другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания; например, следует запретить применять в качестве дисциплинарной меры уменьшение рациона питания или питьевой воды заключенного.

Кроме этого, медицинские работники не должны участвовать в наложении дисциплинарных взысканий или принятии других ограничительных мер, но обязаны уделять особое внимание здоровью заключенных, подвергнутых любой форме принудительной изоляции, в том числе ежедневно посещая таких заключенных и предоставляя надлежащую медицинскую помощь и лечение по просьбе заключенных или тюремного персонала.

На основании этого положения оказание медицинской помощи может осуществляться и по просьбе администрации пенитенциарного учреждения, а не только самого заключенного.

В Правиле 46 отмечается обязанность медицинских работников незамедлительно информировать директора о любом негативном воздействии дисциплинарных взысканий или других ограничительных мер на физическое или психическое здоровье заключенного, а также рекомендовать изменения в режиме принудительной изоляции заключенного в целях недопущения ухудшения здоровья или обострения психического расстройства или физических недостатков заключенного.

Основываясь на названных выше положениях Правил Нельсона Манделы, можно оценить действия администрации пенитенциарного учреждения в случае отказа осужденных от питания. Однако необходимо учитывать мотивы подобных действий. Выделим следующие причины проведения голодовок:

- несоответствие пищи религиозным предписаниям (например, п. 25.1 Европейских пенитенциарных правил говорит о необходимости разработки норм питания по возможности с учетом религии и культурных традиций заключенных);
- проблемы со здоровьем (с учетом требований международных документов об оказании медицинской помощи заключенным проблема решается в рамках медицинского обслуживания заключенных);
- психические расстройства (и в этом случае важно оказание медицинской помощи);
- желание добиться определенных изменений в условиях содержания, послаблений в режиме, получить определенные блага, которые воспринимаются осужденными как субъективные права, но не всегда ими являются.

Если в первых трех случаях требуется оказание медицинской помощи и реализация закрепленных в законодательстве прав осужденных, то последнее основание

позволяет расценить голодовку (отказ от пищи) как нарушение режима, а значит, даже дает основания применить к заключенному определенные санкции.

Довольно часто отказ от пищи выступает именно проявлением протеста, сопровождающегося выдвижением определенных требований отдельных осужденных или их групп. С одной стороны, государство обеспечивает сохранность жизни и здоровья лица, отбывающего наказание, а с другой — в международных источниках указывается, что вменяемый взрослый может отказаться от медицинского лечения, даже если лечение может спасти ему жизнь.

Международные правовые акты, касающиеся рассматриваемой проблематики, исследователи правовых и медицинских аспектов отказа от питания или голодовки лиц, находящихся в заключении, отмечают двойственность и противоречивость подходов к действиям медицинских работников в указанной ситуации.

Например, врач обязан уважать автономию личности своего пациента. Прежде чем осуществить любую процедуру медицинского вмешательства, он должен получить от своего пациента информированное осознанное согласие, за исключением случаев, когда чрезвычайные обстоятельства заставляют врача действовать, руководствуясь своим пониманием интересов больного (ст. 1 преамбулы Декларации Всемирной медицинской ассамблеи об отношении врачей к лицам, объявившим голодовку)⁴. В то же время врач обязан реанимировать пациента, даже против его воли, если человек, объявивший голодовку, запрещает проводить по поводу себя реанимационные мероприятия, но впал в состояние комы и умирает.

Имеется ряд международных правовых актов, непосредственно описывающих действия врачей в случаях отказа от пищи осужденных и иных лиц. Рекомендация Комитета Министров Совета Европы № R(98)7 в отношении этических и организационных аспектов здравоохранения в тюрьме⁵, Декларация Всемирной медицинской ассамблеи об отношении врачей к лицам, объявившим голодовку, принятая на Мальте в 1991 г.⁶, а ранее Рекомендации по позиции врачей относительно пыток, наказаний и других мучений, а также негуманного или унижительного лечения в связи с арестом или содержанием в местах заключения (Токийская декларация, принятая 29-й Всемирной медицинской ассамблеей в октябре 1975 г.)⁷ содержат следующие принципы, лежащие в основе действий врачей при осуществлении голодовки осужденных:

- врач обязан служить человечеству, сохраняя и восстанавливая физическое и психическое здоровье людей, облегчать страдания пациентов независимо от их личных качеств и проявлений (преамбула Токийской декларации);

⁴ WMA Declaration of Malta on Hunger Strikers. 1991. Дата обращения 15 мая, 2020. <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-malta-on-hunger-strikers>.

⁵ Recommandation R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire. 1998. Дата обращения 15 мая, 2020 мая. https://www.coe.int/t/dg3/health/recommendations_fr.asp.

⁶ WMA Declaration of Malta on Hunger Strikers. 1991. Дата обращения 15 мая, 2020. <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-malta-on-hunger-strikers>.

⁷ WMA Declaration of Tokyo — guidelines for physicians concerning torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in relation to detention and imprisonment. 1975. Дата обращения 15 мая, 2020. <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-tokyo-guidelines-for-physicians-concerning-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or-punishment-in-relation-to-detention-and-imprisonment>.

- врач не может предоставлять помещение, инструменты, препараты или свои знания с целью использования их для пыток и других форм жестокого, бесчеловечного или унижительного обращения, равно как и для ослабления сопротивления жертвы (ст. 2 Токийской декларации);
- когда заключенный отказывается от приема пищи и способен, по мнению врача, подтвержденному как минимум еще одним независимым врачом, здраво и рационально судить о последствиях своего решения, врач не может подвергнуть его насильственному искусственному питанию. Врач объясняет заключенному возможные последствия отказа от приема пищи (ст. 5 Токийской декларации).

Лица, объявившие голодовку, должны получить объективное объяснение вредных последствий своих действий для физического здоровья, чтобы у них было понимание опасности длительной голодовки.

Оценка состояния здоровья лица, объявившего голодовку, проводится только с выраженного его согласия, за исключением ситуаций, когда такое лицо страдает от серьезных психических расстройств, требующих перевода в психиатрическую службу.

Если, по мнению врача, состояние лица, объявившего голодовку, существенно ухудшается, он сообщает о данном обстоятельстве и предпринимает действия по законодательству страны и профессиональным стандартам.

Врачи оценивают умственные способности лица, лишённого свободы. При этом необходимо убедиться, что у лица, намеренного голодать, отсутствуют нарушения психической деятельности, которые могут серьезно подорвать его способность принимать решения о состоянии здоровья. Лиц с серьезными нарушениями психических способностей нельзя считать участниками голодовки. Необходимо лечить их психические расстройства, а не позволять им участвовать в голодовке с риском для здоровья. В этом случае, подчеркнем, данные криминологических исследований свидетельствуют о наличии у значительной части осужденных (речь идет о почти пятой части осужденных, официальные данные с 2005 по 2012 г. колеблются от 14,5 до 18,2 % от общего количества осужденных к лишению свободы) психических отклонений, не исключающих вменяемости, а значит, в случае отказа их от пищи необходимо действовать согласно рекомендации (Кулаков 2014).

Выдвинутое заранее требование об отказе от лечения соблюдается, если оно отражает добровольное пожелание лица, высказанное на момент нахождения в сознании.

В условиях заключения необходимо учитывать вероятность того, что требования, выдвигаемые заранее, могут быть результатом принуждения другими заключенными. Если у врачей есть серьезные сомнения о намерениях протестующего, то к любым требованиям необходимо относиться с большой осторожностью.

Если свидетельства, подтверждающие наличие ранее высказанных пожеланий объявившего голодовку лица, отсутствуют, врачи без постороннего вмешательства принимают решение о необходимости предоставления питания голодающему (Лехтметс, Понт 2014, 36–37).

Искусственное питание допустимо с точки зрения этических норм, если объявившее голодовку лицо соглашается на это, будучи в дееспособном состоянии.

Такое питание приемлемо, если недееспособные лица не выдвигали добровольных предварительных требований об отказе от искусственного питания. В большинстве случаев полагаем возможным осуществлять данный вид питания с учетом отсутствия добровольных требований, заранее заявленных осужденными.

Принудительное питание неприемлемо с точки зрения этических норм ни при каких обстоятельствах. Даже если преследуются благие намерения, питание, сопровождающееся угрозами, принуждением и применением силы или использованием средств физического сдерживания, является формой бесчеловечного или унижающего достоинство обращения. Недопустимо принудительное питание заключенных с целью запугать или заставить других объявивших голодовку лиц прекратить протест.

С учетом анализа содержания международных правовых актов и зарубежного опыта считаем возможным использовать термин «искусственное кормление», а не «принудительное питание». Предлагаемый термин будет обозначать такое кормление, которое осуществляется с целью поддержания жизни осужденных, может применяться помимо их воли, но без использования пыточных методов, унижения и насилия.

Важнейшим принципом при применении искусственного кормления является то, что основанием решения выступает медицинская необходимость и питание осуществляется в условиях, соответствующих медицинскому характеру принимаемых мер.

Кроме того, процесс принятия решения требует соответствия установленной процедуре, предусматривающей надлежащие меры безопасности, включая принятие независимых медицинских решений.

Международные правовые акты обращают внимание на возможность обращения в суд, мониторинг всех аспектов выполнения решения.

При применении методов искусственного кормления нужны специальные навыки, необходимо избегать необоснованного причинения боли, а силовое воздействие должно быть минимальным. Ущерб, наносимый физической целостности лица, объявившего голодовку, при подобном виде кормления должен быть минимальным.

Искусственное кормление осуществляется с определенными средствами, как это предусмотрено общими правилами о медицинском обслуживании, и никогда не должно причинять вреда или унижения заключенному (Стандарт Европейского комитета по предупреждению пыток (ЕКПП) о медицинском обслуживании в местах лишения свободы)⁸.

Ряд постановлений Европейского суда по правам человека, касающиеся рассматриваемой проблематики, основаны не на самом факте принуждения к кормлению, а на обстоятельствах, при которых оно осуществлялось:

- нахождение заключенного в наручниках;
- использование открывателей рта⁹;

⁸ Медицинское обслуживание в местах лишения свободы. СРТ/Inf(93)12-part. Дата обращения 15 мая, 2020. <https://rm.coe.int/16806ce93d>.

⁹ Постановление «Чорап против Республики Молдова» (Ciorap v. Republic of Moldova) от 19.06.2007. Дата обращения 15 мая, 2020. <http://www.echr.ru/documents/doc/5632373/5632373.htm>.

- отказ от лечения в период голодовки;
- помещение в изолятор¹⁰.

В указанных решениях суд признал власти ответственными за нарушение ст. 3 Конвенции: принудительное кормление осуществлялось без предъявления медицинских доказательств о его необходимости, являлось произвольным и осуществлялось с помощью средств физического воздействия и применения силы, равнозначных пыткам; суд высказал неприемлемость метода принудительного кормления, предусматривающего использование наручников и открывателей для рта, что причинило заявителю серьезную боль.

2.2. Правовое регулирование института принудительного питания в законодательстве Российской Федерации

В России в настоящее время на законодательном уровне применительно к осужденным вместо термина «искусственное кормление» применяется термин «принудительное питание».

Этот правовой институт предусмотрен только в ч. 4 ст. 101 Уголовно-исполнительного кодекса РФ от 08.01.1997 № 1-ФЗ¹¹ (далее — УИК РФ) и не упомянут в ведомственных нормативных актах — Правилах внутреннего распорядка исправительных учреждений (Приказ Минюста России от 16.12.2016 № 295), Правилах внутреннего распорядка воспитательных колоний уголовно-исполнительной системы (Приказ Минюста России от 06.10.2006 № 311), конкретизирующих и детально раскрывающих порядок и условия исполнения и отбывания наказания.

Согласно ч. 4 ст. 101 УИК РФ, основаниями принудительного питания являются одновременно два обстоятельства: отказ осужденного от приема пищи и возникновение угрозы его жизни, а условием — наличие медицинских показаний.

В то же время подобное регулирование института принудительного питания осужденных сложно назвать системным, оно содержит ряд недостатков: отсутствует какое-либо значимое регулирование правового положения осужденного (особенно его прав); неясно, что представляет собой принудительное питание — кормление осужденного продуктами питания либо медицинскую процедуру, связанную с введением лекарственных препаратов в его организм; отсутствует указание на необходимость изоляции осужденного, отказавшегося от приема пищи, от остальных лиц, содержащихся в исправительных учреждениях (далее — ИУ), также в целом отсутствует регламентация действий не только персонала ИУ (оперативного отдела, отдела безопасности, воспитательного отдела, медработников, психолога и пр.), но и иных должностных лиц, организующих принудительное питание осужденных; законодательно не закреплена форма отказа осужденного от приема пищи, которая является основанием к принудительному питанию; и т. п.

В определенной степени законодательные недостатки нивелируются наличием ст. 42 Федерального закона от 15.07.1995 № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», в которой отдельные

¹⁰ Постановление «Невмержицкий против Украины» (Nevmerzhitsky v. Ukraine) от 05.04.2005. Дата обращения 15 мая, 2020. <https://base.garant.ru/5849313>.

¹¹ Здесь и далее все ссылки на российские нормативно-правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 11 мая, 2020. <http://www.consultant.ru>.

из вышеуказанных проблем в определенной степени разрешены (но данная норма закона распространяется на лиц, содержащихся в следственных изоляторах). Между тем наличие ст. 42 названного закона как примера законодательного регулирования принудительного питания лиц, содержащихся в учреждениях уголовно-исполнительной системы, свидетельствует о наличии неиспользованного потенциала его регулирования.

Значимость института принудительного питания осужденных к лишению свободы велика — он направлен на обеспечение жизни осужденных, являющейся одним из естественных неотъемлемых прав.

С учетом того, что осужденный, не имеющий тяжелых психических расстройств, обычно осуществляет отказ от приема пищи, понимая его последствия для организма, опасность для самого себя, п. 17 Правил внутреннего распорядка исправительных учреждений осужденным, помимо прочего, запрещается причинять умышленный вред своему здоровью.

В Конституции РФ содержатся конкретные ограничения по поводу прав человека. Во-первых, осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (ч. 3 ст. 17). Ограничением здесь выступает сфера реализации прав и свобод иных лиц. Во-вторых, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55).

Последняя норма фактически позволяет ограничивать различные права и свободы человека и гражданина на уровне федерального закона, если это необходимо для достижения названных целей. Законом для осужденных выступает УИК РФ, в ч. 2 ст. 10 которого предусмотрено, что при исполнении наказаний осужденным гарантируются права и свободы граждан РФ с изъятиями и ограничениями, установленными уголовным, уголовно-исполнительным и иным законодательством РФ (Кашуба, Скиба 2012).

С целью улучшения порядка применения принудительного питания к осужденным, осуществляющим голодовку, целесообразно выделить ее определенные этапы:

Первый этап начинается с составления осужденным заявления об отказе от приема пищи или выявления сотрудниками ИУ угрозы его жизни и продолжается до принятия решения начальником учреждения о переводе осужденного в одиночную камеру, чтобы исключить общение с другими осужденными, недопустимость получения от них пищи и т. п. В ходе этого этапа — принятия решения о переводе осужденного в одиночную камеру — администрации ИУ изначально необходимо установить наличие оснований применения принудительного питания. Сотрудникам ИУ следует подробно раскрыть осужденному отрицательный характер отказа от приема пищи для организма и возможные негативные последствия при оценке степени его исправления от таких действий с целью склонения к отказу от их продолжения.

Второй этап начинается после принятия решения о переводе осужденного в отдельное помещение. В ходе реализации этого этапа с осужденным целесообразно проводить комплекс медицинских, воспитательных и иных мер. После принятия

решения о переводе осужденного в отдельное помещение в течение суток должен быть извещен прокурор по надзору за соблюдением законов в ИУ. Сотрудник прокуратуры проводит проверку, по результатам которой принимает решение о (не-)обоснованности отказа осужденного от приема пищи, о чем извещает начальника ИУ.

Третий этап состоит в применении принудительного кормления. Это осуществляется по решению медицинских работников в случае наступления необходимых условий (наличия медицинских показаний) при нахождении осужденного, объявившего голодовку, в отдельном помещении с признанием его действий необоснованными.

Четвертый этап заключается в реализации комплекса следующих мер, применяемых к осужденному после проведения принудительного кормления, устранения угрозы жизни и наступления возможности его обратного перевода в отряд:

- воспитательных, связанных с проведением профилактических бесед и пр.;
- оперативно-режимных, состоящих в усилении надзорных, обысковых и иных действий к этому осужденному;
- финансовых, касающихся взыскания различных расходов с осужденного за его неправомерные действия, связанные с отказом от приема пищи;
- медицинских, заключающихся в усиленном контроле за состоянием здоровья осужденного;
- психологических, состоящих в постановке осужденного на особый контроль с точки зрения его психологического состояния.

В современном виде принудительное питание осужденных к лишению свободы осуществляется на основании проведения ими голодовки, которая разделяется на четыре этапа (принятие решения о переводе осужденного в отдельное помещение; проведение основных проверочных действий; принудительное кормление осужденного; принятие мер за отказ от приема пищи и совершение иных нарушений), каждый из которых имеет свои границы и определенную область правоотношений.

Участниками правоотношений, складывающихся на этапе осуществления принудительного питания на основании голодовки осужденных, являются многие лица: осужденные к лишению свободы, сотрудники уголовно-исполнительной системы (из отдела безопасности, оперативного отдела, воспитательного отдела, медработники и пр.), работники прокуратуры и пр.

В то же время очевидно, что существует значительный неиспользованный потенциал улучшения регулирования принудительного питания осужденных к лишению свободы в России.

2.3. Зарубежный опыт реализации принудительного питания

Интересной представляется практика принудительного питания осужденных в Испании. На законодательном уровне правовое регулирование данного института имеет недостатки, которые восполняются практикой Конституционного суда Испании, выработанной более тридцати лет назад.

С учетом современной политической, правовой обстановки и общественных настроений в испанской юридической литературе высказывается мнение о возможном ином исходе дела в случае нового обращения в суд (García-Guerrero 2013).

Случаи отказа от приема пищи в Испании не единичны. Например, в 2006 г. голодовку объявлял бывший член террористической организации ЭТА Хосе Чаос, выступавший против возбуждения в отношении него новых уголовных дел; он добровольно отказывался от приема пищи в течение 90 дней (Ordaz 2007, 8–15). В 2018 г. о голодовке заявили находящиеся под стражей по обвинению в подстрекательстве к мятежу каталонские политики Хорхе Санчес, Хорхе Туруль, Хосе Руль и Хоакин Форн, принимавшие активное участие в подготовке референдума 2017 г. по вопросу независимости Каталонии. Своими действиями они стремились повысить международную осведомленность о несправедливости Испании и потребовать от Конституционного суда Испании ответить на их ходатайства, чтобы впоследствии обратиться в Европейский суд по правам человека. Их голодовка продолжалась 20 дней¹².

Подобные примеры отказа от приема пищи лиц, находящихся в местах принудительного содержания, требуют теоретико-правового обоснования действий испанских государственных органов, направленных на принудительное питание данных лиц, поскольку до сих пор какого-либо специального акта по этому вопросу не издано и в распоряжении специалистов есть лишь общие положения испанского законодательства в пенитенциарной сфере.

Во-первых, ч. 4 ст. 3 Органического закона от 26.09.1979 № 1/1979 «Основы пенитенциарных учреждений»¹³ обязывает администрацию пенитенциарного учреждения обеспечивать жизнь, неприкосновенность и здоровье заключенных, п. «b» ч. 1 ст. 45 закрепляет применение средств принуждения пенитенциарной администрацией и перечисляет случаи их применения, в том числе во избежание повреждения заключенными самих себя, других людей или вещей.

Во-вторых, в ст. 210 «Обязательное лечение в неотложных случаях» Королевского декрета от 09.02.1996 № 190/1996, утвердившего Пенитенциарный регламент¹⁴, предусматривается проведение медико-санитарной помощи с осознанного согласия заключенного (ч. 1); в случаях, когда существует неминуемая опасность жизни пациента, лечение может быть проведено против воли лица, а в случаях, когда требуется спасти жизнь пациента, медицинское вмешательство может осуществляться и без получения разрешения суда (о действиях суд информируется позднее).

В период проведения голодовки условия содержания осужденного не изменяются, он выполняет все предъявляемые требования, участвует в различных мероприятиях, вместе со всеми посещает столовую (т.е. не изолируется от остальной массы содержащихся лиц, как в России). Администрация испанских пенитенциарных учреждений осуществляет контроль за состоянием здоровья голодающего путем измерения давления и анализа крови каждые два дня, а в случае угрозы жизни голодающего обращается в суд по надзору за пенитенциарными учреждениями.

¹² Sánchez y Turull comunican a prisiones que inician una huelga de hambre indefinida. 2018. Дата обращения 15 мая, 2020. https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2018-12-01/sanchez-turull-huelga-de-hambre_1680022; Àngels Piñol Rull y Forn se unen a la huelga de hambre ante la “injusticia” del Tribunal Constitucional. 2018. Дата обращения 15 мая, 2020. https://elpais.com/ccaa/2018/12/03/catalunya/1543857246_047154.html.

¹³ General Penitenciaria. 1979. Дата обращения 15 мая, 2020. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>.

¹⁴ Reglamento Penitenciario. 1996. Дата обращения 15 мая, 2020. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-3307>.

Последний отдает распоряжение об организации принудительного питания и способе введения пищи, основываясь на рекомендациях из медицинского заключения (путем постановки назогастрального зонда либо парентерально, т. е. внутривенно, минуя желудочно-кишечный тракт).

На вопрос о соответствии правам человека положений национального законодательства и практики принудительного питания лиц, находящихся в заключении, дал ответ Пленум Конституционного суда Испании в своем Постановлении от 27.06.1990 № 120 «Апелляция по процедуре ампаро 443/1990. Обжалование Постановления второго отделения Провинциального суда Мадрида, отменяющего решение Суда по надзору за пенитенциарными учреждениями № 2 Мадрида по апелляционной жалобе о медицинской помощи заключенным, объявившим голодовку. Предполагаемое нарушение основных прав, содержащихся в ст. 1.1, 9.2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1 и 25.2 Конституции Испании. Особые мнения»¹⁵. Поводом к обращению в Конституционный суд послужили факты голодовки членов крайней левой радикальной Группы патриотического антифашистского Сопrotивления Первого октября (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre, GRAPO), содержащихся в пенитенциарных учреждениях за совершение террористических актов и похищение людей. Участники голодовки требовали, чтобы их разместили в одном пенитенциарном учреждении.

Пенитенциарная администрация, выполняя решение судьи по надзору за пенитенциарными учреждениями в провинции Сория, в случае возникновения угрозы жизни любого участника голодовки по усмотрению врача оказывала необходимую медицинскую помощь даже против их воли, т. е. осуществляла принудительное питание. При поступлении осужденных в Пенитенциарный центр «Мадрид-2» администрация учреждения обратилась в Суд по надзору за исправительными учреждениями № 2 Мадрида с просьбой дать распоряжение об осуществлении их принудительного питания ввиду 36-дневной голодовки и тяжелого состояния здоровья. Суд указал на необходимость информирования протестующих о клинической ситуации, в которой они находятся, на добровольность предлагаемого лечения, недопустимость применения к ним физической силы, так как это нарушает достоинство человека; разрешалось лишь взять анализ крови, если врачи сочтут это необходимым.

Решение было обжаловано прокуратурой и отменено вышестоящей инстанцией — Провинциальным судом Мадрида, указавшим, что оказание медицинской помощи является не только правом, но и обязанностью пенитенциарной администрации, и если жизням объявивших голодовку осужденных угрожает опасность и это отражено в медицинском заключении, пенитенциарная администрация обязана осуществлять принудительное питание способом, указанным судьей. Запрещалось осуществлять питание через рот, пока осужденный был в состоянии принимать свободные и осознанные решения.

¹⁵ Pleno. Sentencia 120/1990, de 27 de junio. Recurso de amparo 443/1990. Contra Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, resolutorio de recurso de apelación contra providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid, sobre asistencia médica a reclusos en huelga de hambre. Supuesta vulneración de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1 y 25.2 C. E. Votos particulares. 1990. Дата обращения 20 мая, 2020. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1990-18314>.

Именно на приведенное решение в Конституционный суд Испании и поступила жалоба от участников группы GRAPO (этой судебной инстанции, помимо прочего, подсудны дела в порядке процедуры ампаро, которая «предоставляет гражданину право в качестве стороны вступать в правовой спор с государством и его органами, даже с самим законодателем, тем самым содействуя интеграции граждан в процессе управления государством и обществом» (Шашкова 2017, 53), позволяя отстаивать свои права и свободы). Заявители посчитали, что принудительное питание посягает на их конституционные права, среди них право на жизнь, физическую и моральную неприкосновенность (ст. 15)¹⁶, идеологическая свобода (ст. 16) и др., а Испания нарушает положения Международного пакта о гражданских и политических правах от 1966 г.¹⁷, Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения от 1984 г.¹⁸ и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 1950 г.¹⁹

Рассмотрев жалобу заявителей, Конституционный суд Испании пришел к следующим основным выводам.

Во-первых, согласно ч. 2 ст. 25 Конституции Испании, в период тюремного заключения осужденный пользуется основными правами, за исключением тех, что могут быть ограничены судебным приговором, содержанием наказания и пенитенциарным законом.

Во-вторых, право на жизнь является высшей ценностью. Его обеспечение не ограничивается возможностью человека получить защиту своего права от любых действий государственных органов, поэтому на эти же государственные органы возлагаются полномочия принимать необходимые меры защиты права на жизнь. Решение о самостоятельном лишении себя жизни или принятии смерти не охватываются правом на жизнь, а представляют свободу действий лица. Подобные действия лица законом не запрещены, но не являются субъективным правом, предусмотренным Конституцией, т. е. у лица отсутствует право на смерть или право распоряжаться собственной жизнью. В этом случае действия администрации пенитенциарного учреждения по принудительному питанию не нарушают конституционное право на жизнь, и, наоборот, она не имеет конституционного полномочия воздерживаться от оказания медицинской помощи, которая, в частности, направлена на обеспечение жизни по ст. 15 Конституции.

В-третьих, обеспечивая высшую ценность — право на жизнь, — пенитенциарная администрация может прибегать с разрешения суда к принудительным действиям, направленным на сохранение жизни. Эти действия не могут рассматриваться как нарушение физической и моральной неприкосновенности, а тем более пыткой, бесчеловечным или унижающим достоинство видом обращения, поскольку питание механическим способом через рот не допускается, пока осужденный

¹⁶ Constitución Española. 1978. Дата обращения 20 мая, 2020. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

¹⁷ International Covenant on Civil and Political Rights. 1966. Дата обращения 20 мая, 2020. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf.

¹⁸ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. 1984. Дата обращения 20 мая, 2020. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch_IV_9p.pdf.

¹⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 1950. Дата обращения 20 мая, 2020. <https://rm.coe.int/1680a2353d>.

в состоянии принимать свободные и осознанные решения (т. е. допускаются иные виды принудительного питания, даже если осужденный возражает против них).

Наконец, принудительное питание не считается и нарушением конституционной свободы идеологии, так как пенитенциарная администрация руководствовалась исключительно заботой сохранения жизни и не предпринимала каких-либо дисциплинарных мер воздействия за протест.

Два судьи из двенадцати высказали особое мнение: обязанность по обеспечению жизни и здоровья заключенных не может рассматриваться в качестве основания введения дополнительных ограничений основных прав заключенных; их жизнь и здоровье охраняются так же, как жизнь и здоровье лиц, находящихся на свободе; вместе с отказом от медицинского обслуживания заключенных прекращается и соответствующий долг пенитенциарной администрации.

3. Выводы

Проблема отказа заключенных и осужденных от пищи сложна и неоднозначна, она распространена в России и других государствах. В международных правовых актах закреплены некоторые требования относительно действий работников пенитенциарных учреждений (в основном речь идет о медицинских работниках) при отказе осужденных от пищи. В международных правовых актах, в законодательстве ряда зарубежных государств допускается возможность искусственного кормления осужденного по решению врача, подтвержденному еще одним специалистом, в случае серьезной угрозы жизни и здоровью человека, но недопустимым считается применение при введении искусственного питания принуждения (угроз, насилия, силы или использования средств физического сдерживания); подобные проявления являются формой бесчеловечного или унижающего достоинство обращения. На наш взгляд, более корректным и отражающим указанные выше требования, является употребляемый в международных правовых актах термин «искусственное кормление», а не «принудительное питание», предусмотренный в российском законодательстве.

Отдельные положения международных актов и зарубежный опыт могут определить направления совершенствования российского уголовно-исполнительного законодательства в части регулирования принудительного питания осужденных к лишению свободы и иных лиц, находящихся в местах принудительного содержания.

Библиография

- Кашуба, Юрий А., Андрей П. Скиба. 2012. «Уголовно-правовые и уголовно-исполнительные основы правового положения больных осужденных». *Уголовно-исполнительное право* 1: 52–55.
- Кулаков, Андрей В. 2014. «Осужденные с психическими девиациями как объект профилактического воздействия». *Вестник Владимирского юридического института* 4 (33): 54–56.
- Лехтметс, Андрес, Йорг Понт. 2014. *Охрана здоровья и медицинская этика в местах лишения свободы*. М.: Микопринт. Дата обращения 15 мая, 2020. <https://rm.coe.int/prison-health-care-and-medical-ethics-ru/16806ab9b2>.
- Новиков, Егор Е. 2018. «О некоторых особенностях правового положения осужденных, в отношении которых применяется принудительное питание». *Вестник Самарского юридического института* 2 (28): 79–87.

- Павленко, Андрей А. 2015. «К вопросу о содержании алгоритма действий медицинских работников исправительных учреждений в юридически значимых для осужденных ситуациях». *Человек: преступление и наказание* 1: 92–97.
- Скиба, Андрей П., Алексей В. Родионов. 2018. «Правовое положение осужденных к лишению свободы при их принудительном питании». *Право. Журнал Высшей школы экономики* 4: 216–234. <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2018.4.216-234>.
- Тепляшин, Павел В. 2019. «Европейский пенитенциарный комплаенс: постановка вопроса, факторы актуализации и стратегические риски для уголовно-исполнительной системы Российской Федерации». *Вестник Томского государственного университета* 444: 235–239. <https://doi.org/10.17223/15617793/444/31>.
- Уткин, Владимир А., Михаил В. Киселев, Сергей М. Савушкин. 2018. «“Гибридные” и “мультирежимные” пенитенциарные учреждения: преимущества и риски». *Вестник Томского государственного университета. Право* 29: 103–113. <https://doi.org/10.17223/22253513/29/9>.
- Шашкова, Анна В. 2017. «Конституционное правосудие в Испании на примере процедуры ампаро». *Право и государство: теория и практика* 5 (149): 49–54.
- García-Guerrero, Julio. 2013. “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario: aspectos éticos, deontológicos y legales”. *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 15: 8–15. Дата обращения 20 мая, 2020. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202013000100003&lng=en&nrm=iso&tlng=en.
- Ordaz, Pablo. 2007. “La cuenta atrás”. *Elpais*. Дата обращения 20 мая, 2020. https://elpais.com/diario/2007/02/04/domingo/1170564753_850215.html.

Статья поступила в редакцию 27 мая 2020 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Давыдова Ирина Александровна — канд. юрид. наук, доц.; 706197825041977@mail.ru
Коробова Ирина Николаевна — канд. юрид. наук, доц.; i-korobova@yandex.ru
Сиряков Алексей Николаевич — канд. юрид. наук, доц.; 643350@mail.ru

Rights of convicted person in forced feeding: National and international approaches

I. A. Davydova, I. N. Korobova, A. N. Siryakov

The Academy of Law and Management of the Federal Penal Service of Russia,
1, ul. Sennaya, Ryazan, 390000, Russian Federation

For citation: Davydova, Irina A., Irina N. Korobova, Alexey N. Siryakov. 2022. “Rights of convicted person in forced feeding: National and international approaches”. *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 142–157. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.108> (In Russian)

A common form of prison protests is the hunger strike. There is often a conflict between the rights of the person who refuses to eat and the obligation of the penal system to ensure the health and life of the convicted person by artificial feeding in such situations. International legal standards require medical professionals to respect the patient’s autonomy. Informed consent to medical care must be obtained prior to medical intervention. In emergency circumstances, when a person’s life or health is threatened, the doctor must act in accordance with his understanding of the patient’s interests. Artificial feeding should be carried out by appropriate means, as provided for in the General rules on medical care, and should never cause harm or humiliation. There are no detailed rules on artificial feeding in Russian legislation. In order to improve the procedure for applying forced nutrition to convicts, it is advisable to divide it into four stages, each of which has its own borders and a certain area of legal relations: making a decision to transfer the convict to a separate room; conducting basic verification actions;

force-feeding the convict; taking measures for refusing to eat and committing other violations. The example of Spain clearly demonstrates how the lack of clear legal regulations led to the resolution of the issue of artificial feeding at the level of the constitutional court. The court noted that convicts who refuse to eat do not have the right to die, and not the prison administration imposed a duty to preserve health and life. At the same time, artificial feeding cannot be considered as a violation of physical and moral integrity, much less as torture, inhuman or degrading treatment.

Keywords: rights of convicts, international legal standards, compulsory food, artificial feeding, penal legislation, Spanish law, practice of the Constitutional Court of Spain.

References

- García-Guerrero, Julio. 2013. "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario: aspectos éticos, deontológicos y legales". *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 15: 8–15. Accessed May 20, 2020. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202013000100003&lng=en&nrm=iso&tlng=en.
- Kashuba, Iurii A., Andrei P. Skiba. 2012. "Criminal law and penal enforcement principles of the legal status of sick convicts". *Ugolovno-ispolnitel'noe pravo* 1: 52–55. (In Russian)
- Kulakov, Andrei V. 2014. "Convicts with mental deviations as an object of preventive exposure". *Vestnik Vladimirovskogo iuridicheskogo instituta* 4 (33): 54–56. (In Russian)
- Lehtmetts, Andres, Jurg Pont. 2014. *Health protection and medical ethics in prisons*. Moscow, Mikoprint Publ. Accessed May 15, 2020. <https://rm.coe.int/prison-health-care-and-medical-ethics-ru/16806ab9b2>. (In Russian)
- Novikov, Evgenii E. 2018. "On some features of the legal status of convicts in respect of which compulsory food is used". *Vestnik Samarskogo iuridicheskogo instituta* 2 (28): 79–87. (In Russian)
- Ordaz, Pablo. 2007. "La cuenta atrás". *Elpais*. Accessed May 20, 2020. https://elpais.com/diario/2007/02/04/domingo/1170564753_850215.html.
- Pavlenko, Andrei A. 2015. "On the issue of the content of the algorithm of actions of medical workers in correctional facilities in legally significant situations for convicted persons". *Chelovek: prestuplenie i nakazanie* 1: 92–97. (In Russian)
- Shashkova, Anna V. 2017. "Constitutional justice in Spain using the amparo procedure as an example". *Pravo i gosudarstvo: teoriia i praktika* 5 (149): 49–54. (In Russian)
- Skiba, Andrei P., Aleksei V. Rodionov. 2018. "The legal status of prisoners sentenced to deprivation of liberty during their forced feeding". *Pravo. Zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki* 4: 216–234. <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2018.4.216-234>. (In Russian)
- Teplishin, Pavel V. 2019. "European prison compliance: Questioning, actualization factors and strategic risks for the criminal executive system of the Russian Federation". *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta* 444: 235–239. <https://doi.org/10.17223/15617793/444/31>. (In Russian)
- Utkin, Vladimir A., Mikhail V. Kiselev, Sergei M. Savushkin. 2018. "'Hybrid' and 'multi-mode' penitentiary institutions: Advantages and risks". *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo* 29: 103–113. <https://doi.org/10.17223/22253513/29/9>. (In Russian)

Received: May 27, 2020

Accepted: December 10, 2021

Authors' information:

Irina A. Davydova — PhD in Law, Associate Professor; 706197825041977@mail.ru

Irina N. Korobova — PhD in Law, Associate Professor; i-korobova@yandex.ru

Alexey N. Siryakov — PhD in Law, Associate Professor; 643350@mail.ru

ЗАРУБЕЖНОЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

УДК 341.229, 340.5, 341.24

**Политика и законодательство США
в области освоения природных ресурсов небесных тел
(международно-правовые аспекты)****А. Х. Абашидзе, И. А. Черных*Российский университет дружбы народов,
Российская Федерация, 117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6

Для цитирования: Абашидзе, Аслан Х., Ирина А. Черных. 2022. «Политика и законодательство США в области освоения природных ресурсов небесных тел (международно-правовые аспекты)». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 158–180.

<https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.109>

В статье предпринята попытка комплексного и всеобъемлющего анализа основных этапов становления и развития политики и законодательства США по использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела. В связи с объявлением НАСА в мае 2019 г. о запуске новой лунной космической программы Artemis и заявлением властей США в мае 2020 г. о начале интенсивных переговоров по заключению с потенциальными партнерами двусторонних соглашений Artemis Accords (которые уже были заключены между США и рядом государств в октябре 2020 г.), а также с учетом принятого президентом США Д. Трампом 6 апреля 2020 г. Исполнительного приказа «О поощрении международной поддержки в отношении добычи и использования космических ресурсов» основное внимание в статье уделяется изучению политики и законодательства США в свете принципов и норм, закрепленных в основном договоре — Договоре по космосу 1967 г. — и в Соглашении о Луне 1979 г. Применяя историко-правовой, формально-юридический и сравнительно-правовой методы исследования, авторы показывают изменения позиции делегации США во время выработки упомянутых международных договоров в отношении освоения космоса и его природных ресурсов. Для выяснения первоначальной позиции США по ключевым

* Статья подготовлена в рамках гранта Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых — кандидатов наук (Конкурс — МК–2021), проект МК-2118.2021.2 «Проблемы исследования и использования (включая освоение) космических ресурсов: международно-правовой и сравнительно-правовой анализ». Публикуется при поддержке Программы стратегического академического лидерства Российского университета дружбы народов.

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2022

аспектам авторы обращаются к подготовительным материалам как Договора по космосу 1967 г., так и «вносящего неопределенность» (по мнению властей США) Соглашения о Луне 1979 г., активными разработчиками которого они были. В исследовании представлены в концентрированном виде мнения ведущих специалистов по исследованию космоса и известных ученых по международному космическому праву, что позволило авторам прийти к заключению: США ведут деструктивную политику, нацеленную на подрыв фундаментальных основ международного космического права, закрепленных в Договоре по космосу 1967 г.

Ключевые слова: космическая политика США, космическое законодательство США, общее наследие человечества, космические ресурсы, международное космическое право, освоение лунных ресурсов.

1. Введение

В последнее время все чаще объектами всеобщего внимания становятся заявления глав государств ведущих космических держав и принятие различными государствами законодательных и иных актов, связанных с освоением космических ресурсов (включающих точки Лагранжа, орбитально-частотный спектр и природные ресурсы небесных тел), прежде всего природных ресурсов Луны и других небесных тел. Общественность интересуют не только перспективы эксплуатации, но и принадлежность и статус природных ресурсов, а также последствия их эксплуатации для обитателей Земли, переживающих ныне пандемию COVID-19.

Одним из примеров активизации в сферах законодательства и национальной политики является издание президентом США Д. Трампом Исполнительного приказа от 06.04.2020 «О поощрении международной поддержки добычи и использования космических ресурсов»¹ (далее — Приказ от 06.04.2020, Приказ). Данный Приказ не требует одобрения Конгресса, однако подлежит исполнению соответствующими федеральными органами США. С помощью таких приказов президент США дает конкретные поручения федеральным органам исполнительной власти, касающиеся порядка их работы, а также разъясняет установки актов, принятых в рамках своих полномочий на основе Конституции США или статутного права (Ваньков 2018, 34–35). Приказ, по существу, отражает официальную позицию США по ключевым вопросам, регулируемым международным космическим правом (Жуков, Абашидзе 2020), включая международно-правовой режим добычи и использования природных ресурсов Луны и других небесных тел. В концентрированном виде эта позиция выражается в положениях, закрепленных в абз. 3 ст. 1 Приказа.

В рассматриваемом Приказе администрация президента Д. Трампа предприняла попытку дать международно-правовое обоснование позиции США по вопросу эксплуатации природных ресурсов Луны и других небесных тел. В частности, в документе сказано: поскольку США не являются участниками Соглашения о деятельности государств на Луне и других небесных телах 1979 г. (далее — Соглашение о Луне)², США не считают данное Соглашение эффективным или необходимым

¹ Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources. Issued April 6, 2020. Дата обращения 5 марта, 2022. <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-encouraging-international-support-recovery-use-space-resources>.

² Соглашение о деятельности государств на Луне и других небесных телах, принято Резолюцией 34/68 Генеральной Ассамблеи ООН от 05.12.1979, открыто для подписания 18.12.1979, всту-

инструментом, служащим руководством государств по содействию коммерческому участию в долгосрочном исследовании, научном открытии и использовании Луны, Марса и других небесных тел. На основе такого «обоснования» Государственному секретарю США предписывается «возражать по поводу любой попытки какого-либо государства или международной организации трактовать положения Соглашения о Луне как отражающие или иным образом выражающие обычное международное право» (разд. 2 Приказа от 06.04.2020).

Поскольку ключевые аспекты международно-правового режима Луны и других небесных тел определены в Договоре о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела 1967 г. (далее — Договор по космосу)³, участником которого США являются, в Приказе от 06.04.2020 также предпринята попытка исказить юридическую силу и значение этого основного Договора, в частности, отмечается: различия между Договором по космосу и Соглашением о Луне в отношении права на добычу и использование космических ресурсов «вносят неопределенность» (разд. 1).

Более того, Приказ предписывает Государственному секретарю США договариваться с другими государствами о принятии совместных заявлений или заключать двусторонние и многосторонние соглашения о безопасной и устойчивой добыче и использовании космических ресурсов и через шесть месяцев доложить президенту США о результатах (т. е. в октябре 2020 г. — до президентских выборов в США).

В октябре 2020 г. в онлайн-формате прошло главное научное мероприятие в области космоса — 71-й Международный астронавтический конгресс, в рамках которого 13 октября 2020 г. Австралия (государство — участник Соглашения о Луне), Канада, Япония, Люксембург, Италия, Великобритания и Объединенные Арабские Эмираты подписали новое международное соглашение Artemis Accords (далее — Соглашение Артемиды)⁴, к которому через месяц присоединилась Украина⁵. Соглашение Артемиды состоит из 13 статей и, по сути, представлено в виде принципов сотрудничества в гражданском исследовании и использовании Луны, Марса, комет и астероидов в мирных целях; оно разработано США для осуществления объявленной в мае 2019 г. новой космической программы Artemis (далее — программа «Артемиды»)⁶, предписывающей Национальному управлению по авиации и исследованию космического пространства (National Aeronautics and Space Administration, NASA, далее — НАСА) разработать инновационную программу по освоению Солнечной системы. Она должна быть начата с возвращения американ-

пило в силу 11.07.1984. Дата обращения 17 июня, 2020. https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/moon_agreement.shtml.

³ Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, принят Резолюцией 2222 (XXI) Генеральной Ассамблеи от 19.12.1966, открыт для подписания 27.01.1967, вступил в силу 10.10.1967. Дата обращения 17 июня, 2020. https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/outer_space_governing.shtml.

⁴ “The Artemis Accords. Principles for Cooperation in the Civil Exploration and Use of the Moon, Mars, Comets, and Asteroids for Peaceful Purposes”. NASA. 2020. Дата обращения 13 ноября, 2020. <https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/img/Artemis-Accords-signed-13Oct2020.pdf>.

⁵ В настоящее время к Соглашению присоединились 17 государств.

⁶ NASA’s Lunar Exploration Program Overview. 2020. Дата обращения 13 ноября, 2020. https://www.nasa.gov/sites/default/files/atoms/files/artemis_plan-20200921.pdf.

цев на Луну (после нашумевшей и до сих пор оспариваемой с точки зрения реального пребывания американцев на Луне программы «Аполлон» (Apollo program)⁷).

На фоне изложенного актуален комплексный и сравнительно-правовой анализ упомянутых международных договоров, что, в свою очередь, потребует обращения к их подготовительным материалам, в которых зафиксированы позиции государств, включая США, по ключевым, однако спорным аспектам освоения природных ресурсов небесных тел.

2. Основное исследование

2.1. Соглашение о Луне 1979 года

Начнем анализ с положений Соглашения о Луне, которое было подписано 18.12.1979 и вступило в силу 11.07.1984. По состоянию на 01.03.2022 18 государств ратифицировали и 4 подписали данное Соглашение. Ни одно государство, которое смогло бы физически осваивать космические ресурсы, обладая для этого научно-технологическим потенциалом (например, Россия, США, Китай), не является участником Соглашения о Луне, хотя эти государства (включая СССР, правопреемницей которого является Россия) принимали непосредственное и активное участие в его разработке.

Какая-то часть Соглашения о Луне 1979 г., как и всех других «договоров по космосу», разработанных после принятия Договора по космосу 1967 г., следует согласиться с мнением тех ученых, которые рассматривают их в качестве специальных соглашений, детализирующих положения основного договора — Договора по космосу (De Man 2019, 20; Нобе 2019, 97). Более того, все пять перечисленных международных договоров принимались одним и тем же органом — Комитетом ООН по космосу — и все они взаимосвязаны, что отражено в отсылочных положениях, закрепленных в преамбулах этих договоров (De Man 2019, 21–23). Фиксация в преамбулах взаимосвязанных аспектов способствует непрерывности и последовательности дальнейшего международного правотворчества в этой сфере.

В п. 1 ст. 4 Соглашения о Луне сказано: «Исследование и использование Луны является достоянием всего человечества и осуществляется на благо и в интересах всех стран, независимо от степени их экономического или научного развития».

В п. 5 ст. 11 Соглашения о Луне закреплено следующее положение: «Государства-участники настоящим обязуются установить международный режим, включая соответствующие процедуры, для регулирования эксплуатации природных ресурсов Луны, когда будет очевидно, что такая эксплуатация станет возможной в ближайшее время. Это положение осуществляется в соответствии со ст. 18 настоящего Соглашения».

В ст. 18 Соглашения о Луне зафиксированы два положения. Первое из них гласит: «Спустя десять лет после вступления в силу настоящего Соглашения в предварительную повестку дня Генеральной Ассамблеи ООН включается вопрос о рассмотрении действия настоящего Соглашения, в том числе вопрос о том, требует

⁷ The Apollo Program. 2019. Дата обращения 13 ноября, 2020. <https://www.nasa.gov/audience/forstudents/5-8/features/nasa-knows/what-was-apollo-program-58.html>.

ли данное Соглашение пересмотра». В соответствии со вторым положением ст. 18 Соглашения, «в любое время через пять лет после вступления в силу настоящего Соглашения Генеральный секретарь ООН созывает по требованию одной трети государств — участников Соглашения и с согласия большинства государств-участников конференцию государств-участников для рассмотрения действия настоящего Соглашения» и обсуждения «вопроса об осуществлении положений п. 5 ст. 11 на основе принципа, указанного в п. 1 этой статьи, и с учетом, в частности, любых соответствующих технических достижений».

Какой принцип закреплен в п. 1 ст. 11 Соглашения о Луне, в соответствии с которым можно устанавливать международный режим, включая соответствующие процедуры для регулирования эксплуатации природных ресурсов Луны? Пункт 1 статьи 11 фиксирует: «Луна и ее природные ресурсы являются общим наследием человечества...»

Таким образом, в соответствии с п. 1 ст. 4 и п. 1 ст. 11 Соглашения о Луне, «исследование и использование Луны является достоянием всего человечества» и «Луна и ее природные ресурсы являются общим наследием человечества».

В этом контексте следует также учесть, что процесс разработки положений Соглашения о Луне проходил в период работы Третьей конференции Организации Объединенных Наций (далее — ООН) над проектом единой Конвенции ООН по морскому праву (1973–1982 гг.)⁸, где обсуждалось понятие «общее наследие человечества» (the common heritage of mankind) применительно ко дну морей и океанов и его недрам за пределами национальной юрисдикции (район), с учетом ранее принятой Декларации принципов, регулирующих режим дна морей и океанов и его недр за пределами действия национальной юрисдикции 1970 г.⁹, в которой уже было закреплено следующее: «Дно морей и океанов и его недра за пределами действия национальной юрисдикции, а также ресурсы этого района являются общим наследием человечества»¹⁰ (п. 1). Впоследствии в ст. 136 Конвенции ООН по морскому праву было закреплено понятие «общее наследие человечества».

В международно-правовой доктрине имелись попытки провести аналогии международно-правового режима района с международно-правовым режимом Луны и ее природных ресурсов. Однако, как справедливо отметил Г. П. Жуков, «толкование положений Соглашения 1979 г. о деятельности государств на Луне и других небесных телах по аналогии с текстом, обсуждаемым на III Конференции по

⁸ Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982, вступила в силу 16.11.1996. Дата обращения 17 июня, 2020. Дата обращения 13 ноября, 2020. https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf. См. англоязычный вариант: United Nations Convention on the Law of the Sea dated December 10, 1982. Дата обращения 13 ноября, 2020. https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf.

⁹ Декларация принципов, регулирующих режим дна морей и океанов и его недр за пределами действия национальной юрисдикции от 17.12.1970, принята Резолюцией 2749 (XXV) Генеральной Ассамблеи ООН. Дата обращения 13 ноября, 2020. https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/seabed_principles.shtml.

¹⁰ В англоязычном варианте Декларации 1970 г. используется понятие «the common heritage of mankind», тогда как в русскоязычном официальном переводе Декларации 1970 г. данное понятие переведено как «общее достояние человечества». См. англоязычный вариант: Declaration of Principles governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, beyond the Limits of Nations Jurisdiction dated December 17, 1970, A/RES/2749(XXV). Дата обращения 13 ноября, 2020. <https://www.refworld.org/docid/3b00f1cec.html>.

морскому праву, абсолютно исключается. Сравнение смысла и содержания концепции общего наследия с аналогичной концепцией в Декларации принципов 1970 г., определяющих дно морей и океанов, может иметь исключительно познавательное значение» (Жуков 1982, 3).

Уточним, что понятие «общее наследие человечества» применительно к морскому пространству впервые было использовано принцем Таиланда Ван Вайтайаконом на первой конференции ООН по морскому праву в 1958 г., где он отметил, что «море является общим наследием человечества»¹¹. В дальнейшем на сессии Генеральной Ассамблеи ООН в 1967 г. представитель Мальты Арвид Пардо заявил о необходимости разработки международных норм для защиты морей и их ресурсов от загрязнений и в связи с этим предложил объявить дно морей и океанов, а также их ресурсы общим наследием человечества (Buttigieg 2016, 13).

Понятие «общее наследие человечества» применительно к космическому пространству и небесным телам на доктринальном уровне было рассмотрено аргентинским юристом А. Кокка (Buttigieg 2016, 16), который опирался на понятие *res communis* (лат. территория, на которую не распространяется суверенитет государства). Как заметил К. Кристол, ссылаясь на работу А. Кокка, понятие *res communis* было расширено до понятия *res communis humanitatis* (Кристол одновременно называет данное понятие принципом) (Christol 1980, 430). По замечанию К. Бэслара, понятие *res communis humanitatis* применяется к международным пространствам и не является аналогией понятия *res communis omnium* (лат. общее благо всех) (Baslar 1998, 42).

В Приказе от 06.04.2020 используется термин «всеобщее достояние» (*global commons*) и утверждается, что космическое пространство США не считают таковым. Вместе с тем в Приказе ничего не сказано о позиции США относительно международного-правового статуса Луны и ее природных ресурсов, хотя понятие «космическое пространство» включает их. В этом контексте с научно-исследовательской точки зрения интересна позиция делегации США по данному вопросу во время разработки проекта Соглашения о Луне.

Подготовительные материалы Соглашения о Луне подтверждают, что именно делегация США в 1972 г. во время обсуждения проекта Соглашения озвучила идею рассмотрения небесных тел и их ресурсов в качестве общего наследия человечества¹², а позже делегация Аргентины предложила включить соответствующее положение в текст Соглашения. Делегация США также поддержала необходимость созыва международной конференции для обсуждения международно-правового режима добычи ресурсов небесных тел, когда это станет физически возможным, однако выступила против установления моратория на добычу, что, по ее мнению, позволит выполнять экспериментальные операции по добыче природных ресурсов небесных тел, а последние, в свою очередь, будут ускорять возможность их коммерческой добычи¹³.

¹¹ U. N. Document A/CONF.13/38 dated February 24 — April 27, 1958. Дата обращения 15 октября, 2020. https://legal.un.org/diplomaticconferences/1958_los/docs/english/vol_2.pdf. P. 3.

¹² U. N. Document A/AC.105/PV.203 dated July 16, 1979. Дата обращения 17 июня, 2020. https://www.unoosa.org/pdf/transcripts/copuos/AC105_PV203E.pdf. P. 21.

¹³ U. N. Document A/AC.105/PV.203 dated July 16, 1979. Дата обращения 17 июня, 2020. https://www.unoosa.org/pdf/transcripts/copuos/AC105_PV203E.pdf. P. 21–23.

На фоне сказанного возникает закономерный вопрос: как соотносится ныне занятая властями США позиция в отношении статуса космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, с принимаемыми ими национальными актами в свете взятия США международно-правового обязательства по Договору по космосу 1967 г., участником которого они являются? Такая постановка вопроса делает необходимым сравнительно-правовой анализ соответствующих положений Договора по космосу и Соглашения о Луне, которые, согласно Приказу от 06.04.2020, «вносят неопределенность».

2.2. Договор по космосу 1967 года

Договор по космосу, являясь основным договором международного космического права, четко определяет следующие ключевые положения:

- использование космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, осуществляется «на благо и в интересах всех стран» и «является достоянием всего человечества» (the province of all mankind) (абз. 1 ст. 1);
- космическое пространство, включая Луну и другие небесные тела, открыто для исследования и использования всеми государствами без какой бы то ни было дискриминации на основе равенства и «в соответствии с международным правом» при свободном доступе во все районы небесных тел (абз. 2 ст. 1).

Как мы видим, в п. 1 ст. 4 Соглашения о Луне адекватно воспроизводится положение абз. 1 ст. 1 Договора по космосу о том, что «исследование и использование Луны является достоянием всего человечества».

Эти и другие ключевые понятия и категории международного космического права проанализированы в трехтомном Кельнском комментарии к космическому праву, составленном с участием известных специалистов по международному космическому праву. Например, Р. Джакху и С. Фриланд утверждают, что разработчики Договора по космосу допускали эксплуатацию космических ресурсов как один из видов использования космического пространства, Луны и других небесных тел (Джакху, Фриланд 2017, 138). Ф. де Ман со ссылкой на конкретный пример использования космических ресурсов в виде радиочастотного спектра и орбитальных позиций показывает, как международно-правовой режим Международного союза электросвязи применяется к указанным космическим природным ресурсам. По его мнению, эти космические ресурсы используются для получения коммерческой выгоды путем размещения на них спутников на заранее определенный период, но при этом суверенные права государств на них не распространяются (De Man 2019, 18, 28–32).

В целом Договор по космосу не содержит каких-либо прямых или косвенных запретов на использование космических ресурсов; в нем говорится об их использовании. Тем не менее возникает вопрос об их присвоении в свете ст. 2 Договора по космосу, закрепляющей принцип неприсвоения космического пространства, Луны и других небесных тел. С. Вильямс считает, что, поскольку «Договор по космосу не содержит каких-либо четких, явных положений, касающихся присвоения природных ресурсов», возникает необходимость толкования его положений (Williams

1987, 147). По мнению ряда исследователей, принцип неприсвоения распространяется и на космическое пространство, и на небесные тела, и на все находящиеся в них природные ресурсы, учитывая в совокупности все соответствующие положения пяти договоров по космосу, в том числе ст. 11 Соглашения о Луне и ст. 2 Договора по космосу (De Man 2019, 25–6; Pershing 2019, 151–157). В работе Дж. Врэнча представлены мнения отдельных ученых об ограниченном присвоении, т. е. когда запрет на присвоение космических ресурсов распространяется только на государства, а не на частных лиц (Wrench 2019).

Таким образом, при наличии расхождений во мнении о присвоении космических ресурсов имеется общее понимание по некоторым ключевым аспектам, отраженным в положениях Договора по космосу, в том числе по поводу положения о том, что использование космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, должно осуществляться всеми государствами «на благо и в интересах всех стран» на основе равенства. Это возможно только на основе «международного сотрудничества и взаимопомощи» и «в соответствии с международным правом», что особо подчеркнуто в Договоре по космосу (абз. 4–5 преамбулы, ст. 1, 9).

2.3. Соотношение положений Договора по космосу и Соглашения о Луне

Сравнивая формулировки Договора по космосу и Соглашения о Луне в отношении космических ресурсов, мы видим, что в ч. 1 ст. 11 Соглашения о Луне закреплена формулировка адресного характера: «Луна и ее природные ресурсы являются общим наследием человечества», а ст. 1 Договора по космосу сформулирована в более широком формате и контексте: «...исследование и использование космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, являются достоянием всего человечества». Данная формулировка ст. 1 Договора по космосу частично воспроизводится в ч. 1 ст. 4 Соглашения о Луне применительно к Луне: «...исследование и использование Луны является достоянием всего человечества».

Сравнивая понятия «общее наследие человечества» и «достояние всего человечества», С. Хобэ отмечает, что первое из них базируется на втором и центральной идеей обоих является введение ограничений некоторых свобод в деятельности государств, исходя из интересов всего человечества (Хобэ 2017, 112–114). К.-У. Шрогль, говоря о взаимосвязи между указанными понятиями, назвал три «глобальных достояния» — Антарктику, открытое море и морское дно, а также космическое пространство, — которые, по его мнению, подпадают под запрет национального присвоения, отличаются друг от друга и ориентированы на общее благо. Эти «глобальные достояния», по его мнению, представлены такими понятиями, как «общее наследие человечества» (the common heritage of mankind) или «достояние всего человечества» (the province of all mankind) (Schrogl 2020a). Известный отечественный юрист-международник С. В. Черниченко относит освоение космоса и Мирового океана к «международным делам», подпадающим под урегулирование общепризнанными нормами международного права (Черниченко 1999, 179–180).

В контексте выясняемого нами вопроса следует обратить внимание на положение ч. 3 ст. 11 Соглашения о Луне, согласно которому «поверхность или недра Луны, а также участки ее поверхности или недр или природные ресурсы там, где они на-

ходятся, не могут быть собственностью какого-либо государства, международной межправительственной или неправительственной организации, национальной организации или неправительственного учреждения или любого физического лица». Цитируемое положение не что иное, как развернутое разъяснение принципа национального неприсвоения космического пространства, Луны и других небесных тел, закрепленного в ст. 2 Договора по космосу 1967 г.

В ч. 5 ст. 11 Соглашения о Луне 1979 г. закреплено положение, ставшее камнем преткновения для СССР и США в вопросе определения международно-правового режима эксплуатации космических ресурсов Луны при появлении такой возможности. Это положение детализируется в ч. 7 ст. 11 Соглашения о Луне, где закреплены цели международно-правового режима, среди которых «справедливое распределение между всеми государствами-участниками благ, получаемых от этих ресурсов, с особым учетом интересов и нужд развивающихся стран, а также усилий тех стран, которые прямо или косвенно внесли свой вклад в исследование Луны».

Очевидно, что одна из главных причин нератификации США Соглашения о Луне — прежде всего те положения о международно-правовом режиме природных ресурсов Луны, которые развивают или уточняют соответствующие положения Договора по космосу, закрепленные в виде основополагающих принципов. Следовательно, неучастие США в Соглашении о Луне дает возможность властям США перевести разговор в плоскость дискуссии относительно толкования (а не выполнения) Договора по космосу, участником которого они являются. Так, исполнительный секретарь Национального космического совета США С. Пейс в 2017 г. на Симпозиуме по космическому праву им. Э. Галлоуэй расценил имеющуюся дискуссию в США по поводу неучастия страны в Соглашении о Луне в качестве самой массовой кампании. Он с удивлением отметил участие представителей правительства США в этой дискуссии, ибо, по его убеждению, Соглашение о Луне является «средством ограничения деятельности частного сектора США на Луне». По выражению С. Пейса, Соглашение о Луне создает больше ограничений, чем действующие в США законы по освоению Луны и других небесных тел. Далее он заключил: Соглашение о Луне «противоречит американским интересам», поэтому оно никогда не будет ратифицировано США (Pace 2017, 1). С. Пейс также процитировал речь, произнесенную вице-президентом США М. Пенсом на первом заседании Национального космического совета после его восстановления (Совет не функционировал с 1993 по 2017 г.), которая также подтверждает отказ властей США от международного сотрудничества в рамках Договора по космосу 1967 г.: «Мы решили руководить в космосе, потому что мы знаем, что правила и ценности космоса, как и всякая новая область исследований, будут написаны теми, кто доберется туда первым, — и наша обязанность перед человечеством состоит в том, чтобы донести американские ценности до безграничного простора небес» (Pace 2017, 2).

Одним из приоритетных интересов США С. Пейс назвал получение выгоды от космоса для США и их союзников. По его словам, сотрудничество США с государствами-партнерами и частными компаниями будет строиться на основе «права» и дипломатии, включая «несколько положений» Договора по космосу, содержащих правовые принципы. Получается, при выполнении обязательств по основному договору, каким является Договор по космосу, США выбрали путь выборочного подхода к «некоторым» его положениям.

Также в выступлении С. Пейса прозвучали установки властей США: «космическое пространство не является ни “всеобщим достоянием” (global commons), ни “общим наследием человечества” (the common heritage of mankind), ни *res communis*¹⁴, ни “общественным благом” (a public good). Эти понятия не являются частью Договора по космосу, и Соединенные Штаты неизменно придерживаются той позиции, что они не определяют правовой статус космического пространства». Далее он сослался на слова представителя США в Юридическом подкомитете Комитета ООН по космосу в 2017 г.: упоминание этих понятий более отвлекает, чем полезно. Для раскрытия потенциала космоса и расширения экономической сферы человеческой деятельности за пределы Земли необходимо, чтобы США «не ограничивались юридическими конструкциями, которые не применяются к космосу» (Pace 2017, 4).

На самом деле так получилось, что С. Пейс в этом выступлении стал противоречить самому себе, а также политике по космосу, проводимой в последнее время властями США, говоря следующее: «В мире, в котором космические возможности становятся все более глобальными, ни одно государство не сможет в одностороннем порядке устанавливать правила для исследования и освоения космоса». Следующие его слова уже никак не вытекают из предыдущих: «Разнообразие конкурирующих национальных интересов в космосе делает маловероятным появление единого международного космического органа или даже нового космического договора в ближайшее время». Пейс завершил выступление так: «Задача Соединенных Штатов, если они хотят повлиять на то, как пространство развивается и используется, состоит в том, чтобы создать привлекательные проекты и рамки, в которых другие страны предпочитают выстраивать свою космическую деятельность с нами, а не с другими» (Pace 2017, 5).

Сказанное четко показывает позицию США: они не признают космическое пространство, включая Луну и другие небесные тела, ни «общим наследием человечества», ни «достоянием всего человечества», ни «общественным благом», а следовательно, выступают против следования букве и духу положений Договора по космосу, участником которого являются, обязательства по которому требуют соблюдения ими международно-правовых принципов и норм по использованию как космического пространства, так и находящихся в нем небесных тел и их ресурсов с учетом основных принципов современного международного права — принципа добросовестного исполнения обязательств (*pacta sunt servanda*) и принципа международного сотрудничества.

На ненадежность США как непоследовательного и, следовательно, непредсказуемого партнера в международных отношениях указывает их отказ от тех собственных позиций, которые они демонстрировали при разработке проекта Договора по космосу с 1964 по 1966 г. в Юридическом подкомитете Комитета ООН по космосу¹⁵. Приведем несколько цитат из подготовительных материалов, озвученных делегациями США и СССР по рассматриваемой проблематике.

¹⁴ *Res communis omnium* — все, что находится в космосе, является международной территорией. Этот подход связан с римским правом, с *ius publicum* (подробнее см.: Matignon 2019).

¹⁵ За указанный период было подготовлено множество документов, ряд из которых анализируются далее по тексту.

Формулировка «исследование и использование космического пространства, Луны и других небесных тел являются достоянием всего человечества», закрепленная в ст. 1 Договора по космосу, принадлежала СССР и содержалась в советском проекте Договора по космосу. Делегация СССР в рамках обсуждения проекта Договора по космосу в Комитете ООН по космосу пояснила данную формулировку: Советский Союз рассматривает деятельность человека в космосе как достижение в этой области, принадлежащее человечеству в целом¹⁶.

В 1964 г. член американской делегации Ф. Плимpton отметил в своем выступлении, что главным убеждением для Комитета ООН по космосу является положение основной резолюции Генеральной Ассамблеи ООН по данному вопросу — Резолюции 1721 (XVI)¹⁷, гласящее, что исследование и использование космического пространства осуществляются «только на благо человечества и на благо государств». Он назвал две области космической деятельности, которые уже использовались человечеством в качестве общей выгоды: метеорология и телекоммуникации¹⁸. В 1966 г., когда текст Договора по космосу практически был согласован, член делегации США А. Голдберг констатировал: «Цель переговоров состояла не в том, чтобы подробно описать все непредвиденные обстоятельства, связанные с исследованием и использованием космического пространства, а в том, чтобы установить набор базовых принципов. Вот почему положения Договора были преднамеренно широкими»¹⁹. Ему же принадлежат следующие слова: Договор по космосу «заложил некоторые фундаментальные основы для мирного сотрудничества между странами в исследовании и использовании космического пространства, которое объявлено достоянием всего человечества. В ст. 1 говорится, что исследование и использование космического пространства является правом всех государств без какой бы то ни было дискриминации и на основе равенства. Это норма, подобно положению, запрещающему национальное присвоение посредством суверенитета, — надежная гарантия для тех государств, которые в настоящее время не имеют собственной космической программы»²⁰. Далее А. Голдберг заявил, что США «хотят следовать уже согласованным положениям, согласно которым космическое пространство является достоянием всего человечества и предусматривается международное сотрудничество»²¹.

В это же время (1966 г.) делегация США в рамках дискуссии относительно свободного доступа к станциям, оборудованию и космическим кораблям на Луне и других небесных телах подчеркнула: «Если было решено, что космическая деятельность должна осуществляться на благо всего человечества, что должна быть свобода научных исследований и что должен быть обеспечен доступ ко всем рай-

¹⁶ U.N. Document A/AC.105/C.2/SR.57 dated October 20, 1966. Дата обращения 17 июня, 2020. https://www.unoosa.org/pdf/transcripts/legal/AC105_C2_SR057E.pdf. P. 11–12.

¹⁷ Резолюция 1721 А и В (XVI) от 20.12.1961 «Международное сотрудничество в использовании космического пространства в мирных целях». Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.un.org/ru/ga/16/docs/16res.shtml>.

¹⁸ U.N. Document A/AC.105/PV.26 dated December 7, 1964. Дата обращения 17 июня, 2020. https://www.unoosa.org/pdf/transcripts/copuos/AC105_PV026E.pdf. P. 22.

¹⁹ U.N. Document A/C.1/SR.1492 dated December 17, 1966. Дата обращения 17 июня, 2020. https://www.unoosa.org/pdf/garecords/A_C1_SR1492E.pdf. P. 428.

²⁰ Ibid. P. 428–429.

²¹ U.N. Document A/AC.105/PV.44 dated October 25, 1966. Дата обращения 17 июня, 2020. https://www.unoosa.org/pdf/transcripts/copuos/AC105_PV044E.pdf. P. 21.

онам небесных тел, следует, чтобы государства, участвующие в деятельности на таких небесных телах, информировали другие государства об этой деятельности и доводили их результаты до сведения общественности и международного научного сообщества. Иное указание означало бы идти вразрез с целями Договора и отрицать пользу исследований, проводимых на небесных телах для некосмических держав. Только такое положение, обязывающее стороны предоставлять соответствующую информацию, позволило бы всем странам иметь доступ к тому, что на языке проекта называется «достоянием всего человечества»²².

Как видно из подготовительных материалов, делегация США не только поддержала формулировку СССР («исследование и использование космического пространства, Луны и других небесных тел являются достоянием всего человечества»), но и сама уточнила некоторые аспекты смысла и содержания этой формулировки. В подготовительных материалах не встречается даже косвенных возражений со стороны представителей США против этой формулировки. Таким образом, нынешняя политика властей США действовать самостоятельно и привлекать другие государства в этом деле на основе, прежде всего, двусторонних соглашений вне системы ООН и в отрыве от установок Договора по космосу идет вразрез с действующим международно-правовым режимом использования космического пространства, включая Луну и другие небесные тела.

Неудивительно, что мнения ученых разнятся в отношении положения Приказа от 06.04.2020, отрицающего космическое пространство как «всеобщее достояние» (global commons). На фоне подготовительных материалов легко распознаются смысл высказываний и намерения тех специалистов, которые поддерживают позицию США. Например, К. Джонсон и М. Хэнлон пытаются увести рассуждение в сторону от прямого вопроса, затрагиваемого в Приказе, констатируя лишь, что космическое пространство является юридически и физически «уникальной» областью человеческой деятельности (Johnson 2020; Hanlon 2020), однако не говоря ни слова о его статусе, определяемом позитивным международным космическим правом.

С утверждением К. Джонсона не согласна Э. Горман, считая, что такие попытки представить понятия (concept) «всеобщее достояние» (global commons), «всеобщее достояние человечества» (common province of humanity) или «общее наследие человечества» (common heritage of humanity) как несостоявшиеся, предпринимаются специально, ибо, по ее замечанию, аналогичный международный режим охраны всемирного наследия воспринимается всеми без проблем (Gorman 2020).

К.-У. Шрогль считает, что признание в международном праве «всеобщего достояния» (global commons) способствует недопущению применения принципа «первым пришел — первым обслужен» ради ответственного и устойчивого использования космического пространства, открытого для всех, в том числе для тех, кто пришел поздно. Он убежден в необходимости соблюдения всех принципов, нацеленных на благо всех (Schrogl 2020b).

Давая оценку Приказу от 06.04.2020, М. Листнер напоминает, что такая политика США была сформулирована еще до администрации Д. Трампа, которая позволяет США толковать Договор по космосу для преимущественно коммерческого

²² U.N. Document A/AC.105/C.2/SR.70 dated October 21, 1966. Дата обращения 17 июня, 2020. https://www.unoosa.org/pdf/transcripts/legal/AC105_C2_SR070E.pdf. P. 5.

освоения космических ресурсов и для отказа применять формулировку «общее наследие человечества» (common heritage of all mankind), закрепленную в Соглашении о Луне, применительно к космическому пространству. Другими словами, если бы США признали космическое пространство всеобщим достоянием (global commons) на основе Договора по космосу, это, по сути, означало бы также признание положения, закрепленного в Соглашении о Луне (the common heritage language in the Moon Agreement), лишило бы возможности США игнорировать Соглашение о Луне и не позволило бы им исказить нормы и принципы, закрепленные в Договоре по космосу (Listner 2020).

По наблюдению П. Марквиза, в отличие от прежней и нынешней администраций США, отвергающих понятие «всеобщее достояние» (global commons) применительно к космосу, Министерство обороны США продолжает придерживаться мнения о том, что космическое пространство является «всеобщим достоянием». П. Марквиз считает, что, возможно, этим объясняется появление Приказа от 06.04.2020: администрация президента США «положила конец межведомственной путанице относительно истинной позиции США по этому вопросу» (Marquez 2020).

2.4. Национальное космическое право и политика США

Вслед за выяснением политики США по вопросу освоения ресурсов небесных тел востребованным становится ретроспективный анализ законодательства США в этой сфере. Развитие законодательства США в области исследования и использования космического пространства условно можно разделить на несколько этапов.

До 04.10.1957, т. е. вывода Советским Союзом первого искусственного спутника Земли на орбиту, на внутригосударственном уровне в США функционировал Национальный консультативный комитет по воздухоплаванию (National Advisory Committee for Aeronautics, далее — НАКА), созданный в 1915 г. для координации авиации в условиях Первой мировой войны (Suckow 2009). Чуть более чем через месяц после запуска первого искусственного спутника Земли, 21.11.1957, в рамках НАКА был учрежден Специальный комитет по космическим технологиям, а 05.03.1958 НАКА был реорганизован в НАСА, начавшее свою деятельность с 01.10.1958.

Летом 1958 г. был принят Национальный закон США об авиации и исследованию космического пространства от 29.07.1958 (далее — Национальный закон 1958 г.)²³.

Начало космической деятельности повлекло изменения в других сферах. Например, в 1970 г. был объявлен применимым к частным операторам космической связи Закон о связи 1934 г. (Marboe 2015, 143).

В 1984 г. в США приняли Закон о коммерческих космических запусках²⁴. В 1984 г. было внесено первое изменение в Национальный закон 1958 г., связанное

²³ National Aeronautics and Space Act of 1958, Public Law No. 85-568, 72 Stat., 426. Signed by the President on July 29, 1958, Record Group 255. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://history.nasa.gov/spaceact.html>.

²⁴ H. R. 3942 — Commercial Space Launch Act dated October 30, 1984, Public Law No. 98-575. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.congress.gov/bill/98th-congress/house-bill/3942>.

с коммерческим использованием космоса: появилось положение, согласно которому общее благосостояние США требует, чтобы администрация НАСА стремилась к максимальному коммерческому использованию космоса и поощряла его²⁵.

В 1984 г. принят специальный Закон о коммерциализации дистанционного зондирования Земли²⁶. В 1992 г. он был заменен Законом о политике США в области дистанционного зондирования Земли²⁷. В 1988 г. в очередной раз внесли изменения в Национальный закон 1958 г.²⁸

Изменения претерпевал и Закон о коммерческих космических запусках 1984 г. Так, в результате поправок 2004 г. в Закон 1984 г. ввели специальные требования для операторов суборбитальных полетов в целях космического туризма (Marboe 2015, 142–143).

В 1990 г., после серии неудачных запусков НАСА, администрация президента Д. Буша приняла Закон о закупках пусковых услуг²⁹, согласно которому НАСА лишилось монополии на запуски гражданских космических аппаратов и на него возложили обязательство предусмотреть в своем бюджете строку расходов на привлечение частных компаний, осуществляющих запуски.

В 2002 г. был принят Закон о коммерческих многоразовых космических перевозках³⁰.

В 2005 г. утвердили Закон об ассигнованиях НАСА³¹, по которому перед НАСА были поставлены следующие задачи: возвращение американцев на Луну к 2020 г., запуск пилотируемого исследовательского аппарата к 2010 г. и др.

В Законе об ассигнованиях НАСА 2008 г.³² появились новые установки: президент США должен пригласить американских друзей и союзников, чтобы они приняли участие в международной инициативе под руководством США, направленной на расширение присутствия человека и роботов в Солнечной системе, включая исследование и использование Луны, сближающихся с Землей астероидов, точек Лагранжа и в конечном счете Марса и его спутников.

Анализ всех упомянутых законов США показывает приоритет коммерческого использования результатов космической деятельности с привлечением к такой

²⁵ Pub. L. 98–361, title I, § 110 dated July 16, 1984, 98 Stat. 426. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.congress.gov/bill/98th-congress/house-bill/5154/text>.

²⁶ H. R. 4836 — Land Remote Sensing Commercialization Act of 1984. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.congress.gov/bill/98th-congress/house-bill/4836>.

²⁷ H. R. 6133 — Land Remote Sensing Policy Act dated October 28, 1992. Public Law No. 102-555. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.congress.gov/bill/102nd-congress/house-bill/6133>.

²⁸ Pub. L. 100–685, title II, § 214 dated November 17, 1988, 102 Stat. 4093. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.congress.gov/bill/100th-congress/senate-bill/2209/text>.

²⁹ Launch Services Purchase Act dated November 16, 1990, Public Law No. 101-611. S. 2287 — National Aeronautics and Space Administration Authorization Act, Fiscal Year 1991. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/senate-bill/2287>.

³⁰ Commercial Reusable In-Space Transportation Act dated October 23, 2002, Public Law No. 107-248. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://uscode.house.gov/statviewer.htm?volume=116&page=1573>.

³¹ S. 1281 — National Aeronautics and Space Administration Authorization Act dated December 30, 2005, Public Law No. 109-15. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/senate-bill/1281>.

³² H. R. 6063 — National Aeronautics and Space Administration Authorization Act dated October 15, 2008. Public Law No. 110-422. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/6063>.

деятельности преимущественно частных структур. При этом ничего не говорится о коммерческом использовании природных ресурсов небесных тел.

Таким образом, с 1958 г., вплоть до президентства Дж. Буша-младшего, космическая политика США была нацелена на достижение следующих основных задач: наращивание знаний о Земле, солнечной системе и вселенной с помощью проведения исследований человеком и роботизированной техникой; повышение экономической конкурентоспособности, научных и технических возможностей США; поощрение инвестиций со стороны государства, национального частного сектора в космические технологии.

В космической политике, утвержденной президентом Дж. Бушем-младшим, были добавлены положения о том, что США: «отвергают любые претензии на суверенитет любой нации над космическим пространством или небесными телами, или любой их частью»; «привержены исследованию и использованию космического пространства всеми странами в мирных целях и на благо всего человечества»; «отвергают любые ограничения основополагающего права США работать в космосе и получать данные из космоса»³³.

Во время президентства Б. Обамы наблюдалась резкая активизация и изменения космической политики США по ключевым аспектам. В частности, в 2010 г. по его инициативе многие действующие законы были консолидированы в новый раздел Свода законов США под № 51 с названием «Национальные и коммерческие космические программы»³⁴. Также претерпела существенное обновление национальная космическая политика США путем издания Директивы от 28.06.2010 (далее — Директива 2010 г.)³⁵. В 2013 г. Б. Обама утвердил новую Национальную космическую транспортную политику³⁶.

Политика США в области космического позиционирования, навигации и синхронизации³⁷ и в области космического дистанционного зондирования³⁸, утвержденные Дж. Бушем-младшим, остаются неизменными и действующими.

В 2015 г. при президенте Б. Обаме был принят Закон США о конкурентоспособности коммерческих запусков в космос (далее — Закон США 2015 г.)³⁹. Согласно данному Закону любой гражданин США, желающий заниматься разработкой

³³ Fact sheet of the U.S. National Space Policy (NSPD-49) dated August 31, 2006. Дата обращения 17 июня, 2020. https://aerospace.org/sites/default/files/policy_archives/Natl%20Space%20Policy%20fact%20sheet%2031Aug06.pdf.

³⁴ Enactment of Title 51 — National and Commercial Space Programs dated December 18, 2010, Public Law No. 111–314. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ314/pdf/PLAW-111publ314.pdf>.

³⁵ National Space Policy of the United States of America. Presidential Policy Directive-4 dated June 28, 2010. Дата обращения 17 июня, 2020. https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/national_space_policy_6-28-10.pdf.

³⁶ National Space Transportation Policy dated November 21, 2013. Дата обращения 17 июня, 2020. https://aerospace.csis.org/wp-content/uploads/2018/09/national_space_transportation_policy_11212013.pdf.

³⁷ U.S. Space-Based Positioning, Navigation, and Timing Policy dated December 15, 2004. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.gps.gov/policy/docs/2004/>.

³⁸ U.S. Commercial Remote Sensing Policy dated April 25, 2003. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.space.commerce.gov/policy/u-s-commercial-remote-sensing-space-policy>.

³⁹ The U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act dated November 25, 2015. Public Law No. 114-90. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/text>.

ресурсов астероидов или других космических ресурсов на коммерческой основе, имеет право на их добычу, а также право владения, собственности, перевозки, их использования и продажи в соответствии с применимым правом, включая международные обязательства США (разд. 402–403).

При президенте Д. Трампе активность в этой сфере не снижалась. С 2017 по 2020 г. Трамп принял несколько решений, в числе которых возрождение функционирования Национального космического совета для координации космической деятельности США, учреждение в 2019 г. космического командования США⁴⁰, а в 2020 г. создание космических войск США⁴¹.

Также с 2017 по 2020 г. президент Д. Трамп подписал ряд директив.

Директива № 1 от 11.12.2017 «О космической политике»⁴² внесла изменения в Директиву 2010 г. «О национальной космической политике», принятую президентом Б. Обамой в части осуществления космической программы США по освоению Луны и других небесных тел.

Президентом Д. Трампом также была принята Директива № 2 от 02.05.2018 «Упорядочение правил коммерческого использования пространства»⁴³.

Кроме того, Д. Трамп подписал Директиву № 3 от 18.06.2018 «Национальная политика в области управления космическим движением»⁴⁴. В феврале 2019 г. была издана Директива № 4 «О создании космических сил США»⁴⁵, а в сентябре 2020 г. — Директива № 5 «Принципы кибербезопасности для космических систем»⁴⁶, являющаяся первым всеобъемлющим отражением государственной политики США, связанной с кибербезопасностью спутников и связанных с ними системами.

Как упомянуто выше, в мае 2019 г. НАСА объявило о запуске новой космической программы «Артемиды» в рамках выполнения поручения Д. Трампа, данного по Директиве № 1 «О космической политике. Осуществление программы «Артемиды» предусматривает два этапа: 1) полет на Луну к 2024 г., строительство международной окололунной станции Gateway и высадка на Луне первой женщины-американки; 2) создание инфраструктуры на Луне. Среди государств — партнеров программы изначально были названы Австралия, Канада и Япония, а также Евро-

⁴⁰ United States Space Force. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.military.com/space-force>.

⁴¹ S. 1790 — National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2020 dated December 20, 2019, Public Law No. 116-92. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1790?q=%7B%22search%22%3A%5B%22National+Defense+Authorization+Act%22%5D%7D&r=1&s=1>.

⁴² Space Policy Directive-1 “Reinvigorating America’s Human Space Exploration Program” dated December 11, 2017. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://fas.org/irp/offdocs/nspm/spd-1.pdf>.

⁴³ Space Policy Directive-2 “Streamlining Regulations on Commercial Use of Space” dated May 24, 2018. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/space-policy-directive-2-streamlining-regulations-commercial-use-space/>.

⁴⁴ Space Policy Directive-3 “National Space Traffic Management Policy” dated June 17, 2018. Дата обращения 24 апреля, 2020. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/space-policy-directive-3-national-space-traffic-management-policy/>.

⁴⁵ Space Policy Directive-4 “Establishment of the United States Space Force” dated February 19, 2019. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/text-space-policy-directive-4-establishment-united-states-space-force>.

⁴⁶ Memorandum on Space Policy Directive-5 “Cybersecurity Principles for Space Systems” dated September 4, 2020. Дата обращения 20 ноября, 2020. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/memorandum-space-policy-directive-5-cybersecurity-principles-space-systems/>.

пейское космическое агентство и крупные частные компании, такие как Lockheed Martin и Boeing, Deep Space Systems, Blue Origin, SpaceX и др.

В программе «Артемиды» привлекают внимание положения нового международного Соглашения Артемиды, в котором, в частности, урегулированы вопросы разработки природных ресурсов Луны. В отношении космических ресурсов в Соглашении Артемиды заявлено: «Возможность извлекать и использовать ресурсы на Луне, Марсе и астероидах будет иметь решающее значение для обеспечения безопасного и устойчивого освоения космоса»⁴⁷.

Следует обратить особое внимание на тот раздел нового соглашения, где говорится, что добыча и использование космических ресурсов могут и будут осуществляться согласно Договору по космосу 1967 г. с учетом ст. 2, 6, 11. В рамках исполнения обязательств по ст. 9 Договора по космосу 1967 г., закрепляющей обязательство руководствоваться принципами взаимной помощи и международного сотрудничества, во избежание причинения вредных помех космической деятельности, осуществляемой другими государствами, и с учетом принципа должной осмотрительности США планируют установить «зоны безопасности»⁴⁸.

Все это подтверждает позицию США, которая еще раз была озвучена на 56-й сессии Научно-технического подкомитета Комитета ООН по космосу: «США рассматривают будущее космоса как преимущественно коммерческое» (O'Connell 2019, slide 3).

Действительно, США все чаще стали обращаться к услугам частных компаний, хотя за ними стоит дополнительное финансирование со стороны правительства США. В связи с этим имеются все основания предполагать, что традиционная коммерческая космическая деятельность — дистанционное зондирование Земли и телекоммуникации — в ближайшем будущем тоже будет изменяться в результате изменения политики и законодательства и появятся новые виды коммерческой космической деятельности, включая освоение природных ресурсов небесных тел.

Наверное, этим объясняется заглавие одного из вопросов повестки дня юридического подкомитета Комитета ООН по космосу: «Возможные модели правового регулирования деятельности по исследованию, использованию и освоению космических ресурсов».

3. Выводы

Комплексный и сравнительно-правовой анализ законодательства и политики США по использованию космического пространства, Луны и других небесных тел позволяет говорить о наличии в США четких политических и нормативных установок по данной проблематике. В зависимости от космической политики США более 60 лет менялось законодательство, регулирующее космическую деятельность. Однако на уровне исполнительных органов США до сих пор сохраняются различия этих установок применительно к положениям Договора по космосу, участником которого являются США. Прежде всего, это прослеживается в отношении положения о том, что исследование и использование космического пространства,

⁴⁷ The Artemis Accords. 2020. NASA. Дата обращения 17 июня, 2020. https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/img/Artemis-Accords_v7_print.pdf.

⁴⁸ Ibid. P. 11.

Луны и других небесных тел — достояние всего человечества без какой бы то ни было дискриминации, на основе равенства и с учетом принципа неприсвоения.

Используя незавершенность процесса согласования на международном договорном уровне общих понятий «достояние всего человечества» и «общее наследие человечества» в результате неучастия ведущих космических держав в Соглашении о Луне, США преднамеренно вводят во внутреннем законодательстве такие термины, которые кажутся схожими по форме, однако не являются аутентичными. Примером является пограничная формулировка «всеобщее достояние» (*global commons*), не используемая в Договоре по космосу. Такой подход США не что иное, как нарушение основополагающего принципа права международных договоров о полном равенстве языков аутентичных текстов договора, закрепленного в ст. 33 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.⁴⁹ и подтвержденного в качестве обычно-правовой нормы Комиссией международного права на основании практики международных судебных учреждений⁵⁰ по таким делам, как дело Лаграндов (Германия против США, 2001)⁵¹, Голдер против Великобритании (1975 г.)⁵², или в Консультативном заключении Международного трибунала по морскому праву «Ответственность и обязательства государств в отношении деятельности в районе»⁵³.

Вместо того чтобы конструктивно поддержать процесс обсуждения вопроса о необходимости разработки международно-правового режима использования Луны и ее природных ресурсов в рамках Комитета ООН по использованию космического пространства в мирных целях, по поручению президента США Государственный секретарь США активно введет переговоры с государствами «по осуществлению безопасных и устойчивых операций по добыче и использованию космических ресурсов» (разд. 3 Приказа от 06.04.2020) с целью заключения Соглашений Артемиды (т. е. двусторонних соглашений) по осуществлению начинаемой лунной программы США. Подобное поведение США идет вразрез с положением ст. 1 Договора по космосу о равенстве всех государств в области исследования и использования космического пространства, Луны и других небесных тел без какой бы то ни было дискриминации, так как фактически только технически развитые государства могут стать партнерами США по Соглашению Артемиды. Позиция Российской Федерации по этому поводу уже озвучена на уровне Министерства иностранных дел: «Необходимость предметного, открытого и инклюзивного диалога, прежде всего в Комитете ООН по космосу, со всеми государствами по актуальным проблемам исследования и использования космического пространства в мирных целях, в том числе по ряду ключевых аспектов планируемой деятельности в сфере

⁴⁹ Венская конвенция о праве международных договоров, принята 23.05.1969. Дата обращения 20 октября, 2020. https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml.

⁵⁰ Report of the International Law Commission, Sixty-fifth session (6 May — 7 June and 8 July — 9 August 2013). Дата обращения 20 октября, 2020. <https://legal.un.org/ilc/reports/2013/english/chp4.pdf>.

⁵¹ LaGrand Case (Germany v. United States of America) (Judgment), ICJ Reports 2001. Дата обращения 20 октября, 2020. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>. Para. 99.

⁵² Golder v. the United Kingdom, February 21, 1975. Series A. No. 18. Para. 29.

⁵³ Advisory Opinion of ITLOS “Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area” Reports of ITLOS February 1, 2011. Дата обращения 20 октября, 2020. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf. Item 57. P. 28.

освоения космических ресурсов»⁵⁴. Следует уточнить, что при обсуждении в Комитете ООН по космосу вопроса о Соглашении Артемиды среди других вопросов одного порядка этот факт не даст никаких оснований рассматривать данное соглашение как замену международно-правового режима использования Луны и ее природных ресурсов.

Более того, хотя власти США и их апологеты всячески пытаются представить Приказ от 06.04.2020 не противоречащим принципам и нормам, закрепленным в Договоре по космосу, на деле речь идет о целенаправленном противостоянии властей США обсуждениям вопроса космических ресурсов в Комитете ООН по космосу, как отмечают многие специалисты. По убеждению этих специалистов, издав данный Приказ, США хотят положить конец «постоянному стремлению к более широкой актуальности и навязыванию Соглашения о Луне в этих дискуссиях» (Christensen, Johnson 2020).

Таким образом, в лице США как участника Договора по космосу мы имеем дело с ведущей космической державой, которая не только не присоединилась к Соглашению о Луне, но и отказывается добросовестно следовать букве и духу Договора по космосу, закрепляющего основополагающие принципы и нормы международного космического права, на базе которых могут быть решены все вопросы использования космического пространства, Луны и других небесных тел, включая выработку всеобъемлющего международно-правового режима освоения ресурсов Луны.

Библиография

- Ваньков, Александр В. 2018. «Статутное право и нормативные правовые акты исполнительной ветви власти США: юридическая природа и систематизация». Дис. ... канд. юрид. наук, Пермский государственный национальный исследовательский университет.
- Джакху, Рэм, Стивен Фриланд. 2017. «Статья II». *Кельнский комментарий к космическому праву. Договор по космосу*. В 3 т. Т. 1; пер. с англ. под ред. Стефана Хобэ, Бернхарда Шмидт-Тедда, Кай-Уве Шрогля, 123–153. Берлин: Берлинер Виссеншавтс-Ферлаг с разрешения организации «Волтерс Клувер Дойчланд ГмбХ».
- Жуков, Геннадий П. 1982. *Ответы доктора юридических наук, профессора Г.П. Жукова на вопросник, подготовленный председателем Комитета космического права, профессором, доктором Г. Гудхойсом для Монреальской конференции Ассоциации международного права 1982 г.* Торонто.
- Жуков, Геннадий П., Аслан Х. Абашидзе. 2020. *Международное космическое право: учебник для бакалавриата и магистратуры*. 2-е изд., стер. М.: Юрайт.
- Хобэ, Стефан. 2017. «Статья I». *Кельнский комментарий к космическому праву. Договор по космосу*. В 3 т. Т. 1; пер. с англ. под ред. Стефана Хобэ, Бернхарда Шмидт-Тедда, Кай-Уве Шрогля, 93–122. Берлин: Берлинер Виссеншавтс-Ферлаг с разрешения организации «Волтерс Клувер Дойчланд ГмбХ».
- Черниченко, Станислав В. 1999. *Теория международного права*. В 2 т. Т. 1: *Современные теоретические проблемы*. М.: НИМПП.
- Baslar, Kemal. 1998. *The concept of the common heritage of mankind in international law*. Hague: Kluwer Law International.
- Buttigieg, Jean. 2016. «Arvid Pardo — a diplomat with a mission». *Symposia Melitensia Number 12*: 13–28.

⁵⁴ Комментарий Департамента информации и печати МИД России к вопросу исследования, освоения и использования космических ресурсов от 16.10.2020. Дата обращения 21 октября, 2020. <https://www.mid.ru/ru/detail-material-page/1444448>.

- Christensen, Ian A., Christopher D. Johnson. 2020. "Putting the White House executive order on space resources in an international context". *The Space Review*. Дата обращения 27 апреля, 2020. <https://www.thespacereview.com/article/3932/1>.
- Christol, Carl Q. 1980. "The Common Heritage of Mankind Provision in the 1979 Agreement governing the activities of states on the Moon and other celestial bodies". *The International Lawyer* 14 (3): 429–483.
- De Man, Philip. 2019. "Interpreting the UN Space Treaties as the basis for a sustainable regime of space resource exploration". *The Space Treaties at Crossroads: Considerations de Lege Ferenda*, ed. by George D. Kyriakopoulos, Maria Manoli, 15–33. Cham: Springer.
- Gorman, Alice. 2020. "How the EO is a rejection of longstanding principles". *Perspective on US Space Resources Executive Order. Spacewatch. Global*. Дата обращения 22 апреля, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-on-us-space-resources-executive-order-alice-gorman-on-how-the-EO-is-a-rejection-of-longstanding-principles>.
- Hanlon, Michelle. 2020. "How the Moon Agreement is finished". *Perspective on US Space Resources Executive Order. Spacewatch. Global*. Дата обращения 22 апреля, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-on-us-space-resources-executive-order-michelle-hanlon-on-how-the-moon-agreement-is-finished>.
- Hobe, Stephan. 2019. *Space Law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Johnson, Christopher. 2020. "How the U.S. seeks to be a pioneer in space resources norm development". *Perspective on US Space Resources Executive Order. Spacewatch. Global*. Дата обращения 24 апреля, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-on-us-space-resources-executive-order-christopher-johnson-on-how-the-u-s-seeks-to-be-a-pioneer-in-space-resources-norm-development>.
- Listner, Michael. 2020. "The EO's bottom-up approach to rulemaking". *Perspective on US Space Resources Executive Order. Spacewatch. Global*. Дата обращения 20 апреля, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-on-us-space-resources-executive-order-michael-listner-on-the-eos-bottom-up-approach-to-rulemaking>.
- Marboe, Irmgard. 2015. "National space law". *The Handbook of Space Law*, ed. by Frans von der Dunk, Fabio Tronchetti, 127–204. Cheltenham: Edward Elgar Publ.
- Marquez, Peter. 2020. "The need for the EO". *Perspective on US Space Resources Executive Order. Spacewatch. Global*. Дата обращения 13 апреля, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-on-us-space-resources-executive-order-peter-marquez-on-the-need-for-the-EO>.
- Matignon, Louis de Gouyon. 2019b. "The *Res Communis* concept in space law". *Space Legal Issues*. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.spacelegalissues.com/space-law-the-res-communis-concept-in-space-law>.
- O'Connell, Kevin. 2019. "Implementation of U.S. space traffic management policy". *Presentation of the US Department of Commerce United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. Scientific and Technical Subcommittee, 56th Session, Vienna, Austria*. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.unoosa.org/documents/pdf/copuos/stsc/2019/tech-05E.pdf>.
- Pace, Scott. 2017. "Space development, law, and value". *Lunch Keynote at the IISL Galloway Space Law Symposium, Cosmos Club, Washington, D. C., USA*. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://spacepolicyonline.com/wp-content/uploads/2017/12/Scott-Pace-to-Galloway-FINAL.pdf>.
- Pershing, Abigail D. 2019. "Interpreting the Outer Space Treaty's Non-Appropriation Principle: Customary International Law from 1967 to today". *The Yale Journal of International Law* 44 (1): 149–178. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1697&context=yjil>.
- Schrogl, Kai-Uwe. 2020a. "33 minutes with Prof. Dr. Kai-Uwe Schrogl. Interviews by Torsten Kriening. Space Café WebTalk". *SpaceWatch. Global*. Accessed May 26, 2020. <https://spacewatch.global/2020/05/space-cafe-webtalk-33-minutes-with-prof-dr-kai-uwe-schrogl-on-26-may-2020>.
- Schrogl, Kai-Uwe. 2020b. "The clarity of existing Space Law". *Perspective on US Space Resources Executive Order. Spacewatch. Global*. Дата обращения 17 апреля, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-john-sheldon-on-the-us-executive-order-1-2-2-2-2>.
- Suckow, Elizabeth. 2009. "NASA history". NASA. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://history.nasa.gov/nasa>.

- Williams, Sylvia Maureen. 1987. "The Law of Outer Space and Natural Resources". *The International and Comparative Law Quarterly* 36 (1): 142–151. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://www.jstor.org/stable/pdf/760465.pdf>.
- Wrench, John G. 2019. "Non-appropriation, no problem: The outer space treaty is ready for asteroid mining case". *Western Reserve Journal of International Law* 51 (1): 437–462. Дата обращения 17 июня, 2020. <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol51/iss1/11>.

Статья поступила в редакцию 1 августа 2020 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Абашидзе Аслан Хусейнович — д-р юрид. наук, проф.; abashidze-akh@rudn.ru
Черных Ирина Алексеевна — канд. юрид. наук, ст. преп.; chernykh-ia@rudn.ru

United States policy and legislation on the exploration of natural resources of celestial bodies (international legal aspects)*

A. Kh. Abashidze, I. A. Chernykh

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
6, ul. Miklukho-Maklaya, Moscow, 117198, Russian Federation

For citation: Abashidze, Aslan Kh., Irina A. Chernykh. 2022. "United States policy and legislation on the exploration of natural resources of celestial bodies (international legal aspects)". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 158–180. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.109> (In Russian)

The present article attempts to integrate and comprehensively analyze the main stages in the formation and development of the U. S. policy and legislation on the use of outer space, including the Moon and other celestial bodies. In connection with recent announcements — the new lunar space program "Artemis" launched by NASA in May 2019, negotiations on bilateral "Artemis Accords" with potential partners in May 2020 (concluded by the U.S. with several states in October 2020), and Donald Trump's Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources — the article focuses on U. S. policy and legislation in the light of the principles and norms enshrined in the following space treaties: the Outer Space Treaty, 1967 (main space treaty), and the Moon Agreement, 1979. The authors, using historical-legal, formal-legal, and comparative legal methods, show the changing position of the U. S. taken by their delegation during the drafting of the aforementioned international treaties, and the U. S. authorities' constant adjustment of their national policy and legislation on the exploration of space and its natural resources. To clarify the initial U. S. position on key aspects, the authors refer to the *travaux préparatoires* of both the Outer Space Treaty, 1967, and "uncertainty" (according to the U. S. authorities, which had been the active drafter at the time) of the Moon Agreement, 1979. Condensed opinions of leading space experts and famous researchers on international space law are submitted in the article resulting for the authors in: U. S. pursue destructive policy aiming at undermining enshrined in the Outer Space Treaty, 1967, fundamental basis of international space law.

Keywords: United States space policy, United States space legislation, common heritage of mankind, space resources, international space law, exploitation of lunar resources.

* The article is published in the framework of the grants of the President of the Russian Federation for state support of young Russian scientists — candidates of science (Competition — МК-2021) project "Problems of the exploration and utilization (including exploitation) of space resources: international legal and comparative legal analysis" МК-2118.2021.2. This paper has been supported by the RUDN University Strategic Academic Leadership Program.

References

- Baslar, Kemal. 1998. *The Concept of the common heritage of mankind in international law*. Hague, Kluwer Law International.
- Buttigieg, Jean. 2016. "Arvid Pardo — a diplomat with a mission". *Symposia Melitensia Number 12*: 13–28.
- Chernichenko, Stanislav V. 1999. *Theory of International Law*. In 2 vols, vol. 1: *Modern theoretical problems*. Moscow, NIMP Publ. (In Russian)
- Christensen, Ian A., Christopher D. Johnson. 2020. "Putting the White House executive order on space resources in an international context". *The Space Review*. Accessed April 27, 2020. <https://www.thespacereview.com/article/3932/1>.
- Christol, Carl Q. 1980. "The Common Heritage of Mankind Provision in the 1979 Agreement governing the activities of states on the Moon and other celestial bodies". *The International Lawyer* 14 (3): 429–483.
- De Man, Philip. 2019. "Interpreting the UN Space Treaties as the basis for a sustainable regime of space resource exploration". *The Space Treaties at Crossroads: Considerations de Lege Ferenda*, ed. by George D. Kyriakopoulos, Maria Manoli, 15–33. Cham, Springer.
- Gorman, Alice. 2020. "How the EO is a rejection of longstanding principles". *Perspective on US Space Resources Executive Order. Spacewatch. Global*. Accessed April 22, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-on-us-space-resources-executive-order-alice-gorman-on-how-the-eo-is-a-rejection-of-longstanding-principles>.
- Hanlon, Michelle. 2020. "How the Moon Agreement is finished". *Perspective on US Space Resources Executive Order. Spacewatch. Global*. Accessed April 22, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-on-us-space-resources-executive-order-michelle-hanlon-on-how-the-moon-agreement-is-finished>.
- Hobe, Stephan. 2017. "Article I". *Keĭnskii kommentarii k kosmicheskomu pravu. Dogovor po kosmosu*. In 3 vols, vol. 1. Rus. ed., eds Stephan Hobe, Bernhard Schmidt-Tedd, Kai-Uwe Schrogl, 93–122. Berlin, Berliner Vissenshavts-Ferlag s razresheniia organizatsii "Volters Kluver Doichland GmbH" Publ. (In Russian)
- Hobe, Stephan. 2019. *Space Law*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- Jakhu, Ram S., Freeland, Steven. 2017. "Article II". *Keĭnskii kommentarii k kosmicheskomu pravu. Dogovor po kosmosu*. In 3 vols, vol. 1. Rus. ed., eds Stephan Hobe, Bernhard Schmidt-Tedd, Kai-Uwe Schrogl, 123–153. Berlin, Berliner Vissenshavts-Ferlag s razresheniia organizatsii "Volters Kluver Doichland GmbH" Publ. (In Russian)
- Johnson, Christopher. 2020. "How the U. S. seeks to be a pioneer in space resources norm development". *Perspective on US Space Resources Executive Order. Spacewatch. Global*. Accessed April 24, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-on-us-space-resources-executive-order-christopher-johnson-on-how-the-u-s-seeks-to-be-a-pioneer-in-space-resources-norm-development>.
- Listner, Michael. 2020. "The EO's bottom-up approach to rulemaking". *Perspective on US Space Resources Executive Order. Spacewatch. Global*. Accessed April 20, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-on-us-space-resources-executive-order-michael-listner-on-the-eos-bottom-up-approach-to-rulemaking>.
- Marboe, Irmgard. 2015. "National space law". *The Handbook of Space Law*, ed. by Frans von der Dunk, Fabio Tronchetti, 127–204. Cheltenham, Edward Elgar Publ.
- Marquez, Peter. 2020. "The Need for the EO". *Perspective on US Space Resources Executive Order. Spacewatch. Global*. Accessed April 13, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-on-us-space-resources-executive-order-peter-marquez-on-the-need-for-the-eo>.
- Matignon, Louis de Gouyon. 2019. "The *Res Communis* concept in space law". *Space Legal Issues*. Accessed June 17, 2020. <https://www.spacelegalissues.com/space-law-the-res-communis-concept-in-space-law>.
- O'Connell, Kevin. 2019. "Implementation of U. S. space traffic management policy". *Presentation of the US Department of Commerce United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. Scientific and Technical Subcommittee, 56th Session, Vienna, Austria*. Accessed June 17, 2020. <https://www.unoosa.org/documents/pdf/copuos/stsc/2019/tech-05E.pdf>.
- Pace, Scott. 2017. "Space development, law, and value". *Lunch Keynote at the IISL Galloway Space Law Symposium, Cosmos Club, Washington, D. C., USA*. Accessed June 17, 2020. <https://spacepolicyonline.com/wp-content/uploads/2017/12/Scott-Pace-to-Galloway-FINAL.pdf>.

- Pershing, Abigail D. 2019. "Interpreting the Outer Space Treaty's Non-Appropriation Principle: Customary International Law from 1967 to today". *The Yale Journal of International Law* 44 (1): 149–178. Accessed June 17, 2020. <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1697&context=yjil>.
- Schrogl, Kai-Uwe. 2020a. "33 minutes with Prof. Dr. Kai-Uwe Schrogl. Interviews by Torsten Kriening. Space Café WebTalk". *SpaceWatch.Global*. Accessed May 26, 2020. <https://spacewatch.global/2020/05/space-cafe-webtalk-33-minutes-with-prof-dr-kai-uwe-schrogl-on-26-may-2020>.
- Schrogl, Kai-Uwe. 2020b. "The clarity of existing Space Law". *Perspective on US Space Resources Executive Order*. *Spacewatch. Global*. Accessed April 17, 2020. <https://spacewatch.global/2020/04/spacewatchgl-perspective-john-sheldon-on-the-us-executive-order-1-2-2-2-2>.
- Suckow, Elizabeth. 2009. "NACA history". NASA. Accessed June 17, 2020. <https://history.nasa.gov/naca>.
- Van'kov, Aleksandr V. 2018. "Statutory Law and regulations of the US executive branch of government: Legal nature and systematization". PhD diss., Permskii gosudarstvennyi natsional'nyi issledovatel'skii universitet. (In Russian)
- Williams, Sylvia Maureen. 1987. "The Law of Outer Space and Natural Resources". *The International and Comparative Law Quarterly* 36 (1): 142–151. Accessed June 17, 2020. <https://www.jstor.org/stable/pdf/760465.pdf>.
- Wrench, John G. 2019. "Non-appropriation, no problem: The Outer Space Treaty is ready for asteroid mining case". *Western Reserve Journal of International Law* 51 (1): 437–462. Accessed June 17, 2020. <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol51/iss1/11>.
- Zhukov, Gennadii P. 1982. *The answers of Doctor of Law, Professor G. P. Zhukov to a questionnaire prepared by the Chairman of the Space Law Committee, Professor, Dr. G. Goodhoy for the Montreal Conference of the International Law Association in 1982*. Toronto. (In Russian)
- Zhukov, Gennadii P., Aslan Kh. Abashidze. 2020. *International Space Law: textbook for undergraduate and graduate programs*. 2nd ed., ster. Moscow, Iurait Publ. (In Russian)

Received: August 1, 2020
Accepted: December 10, 2021

Authors' information:

Aslan Kh. Abashidze — Dr. Sci. in Law, Professor; abashidze-akh@rudn.ru
Irina A. Chernykh — PhD in Law, Senior Lecturer; chernykh-ia@rudn.ru

Criminal Law Regulation of criminal acts involving COVID-19 epidemic*

Pang Dongmei, Ma Jiahui

Henan University,
85, Minglun st., Kaifeng, 475001, China

For citation: Pang Dongmei, Ma Jiahui. 2022. "Criminal Law Regulation of criminal acts involving COVID-19 epidemic". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 181–205.
<https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.110>

On the eve of the 2020 Spring Festival, the new coronavirus pneumonia broke out, normal social order was affected, and crimes involving the epidemic increased. On February 6, 2020, the Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate, the Ministry of Public Security, and the Ministry of Justice jointly issued "Opinions on Punishment of Crimes Obstructing the Prevention and Control of the Novel Coronavirus Infection Pneumonia Epidemic According to Law", which clearly stipulates nine types of crimes that hinder the prevention and control of the epidemic. In order to clarify and solve some outstanding problems of inconsistent understanding of the application of laws in the practice of epidemic prevention and control, the Supreme People's Procuratorate selected cases that accounted for a large portion of cases, reflected many problems, and urgently required practical practices; they then issued ten batches of "Typical Cases of Crimes Obstructing the Prevention and Control of the New Coronary Pneumonia Epidemic by Procuratorial Organs across the Country". This article is mainly based on the "Prosecutors across the country handle typical cases of crimes obstructing the prevention and control of the new crown pneumonia epidemic in accordance with the law", analyzing economic and property crimes, crimes that disrupt the order of social management, and crimes that endanger public safety.

Keywords: COVID-19 pandemic, crimes involving epidemic situation, judicial cognizance, criminal policy, infectious diseases, judicial practice, disputed issue, coping path.

1. Introduction

In the face of the sudden outbreak of COVID-19, criminal acts related to the epidemic also proliferated, and the legal regulation of illegal and criminal acts during the outbreak of COVID-19 in China also changed. At the initial stage, because COVID-19 is an infectious disease that has never appeared in the world, illegal and criminal acts in the period of prevention and control in China are mainly regulated by "The Interpretation of Several Issues Concerning the Specific Application of Laws in Handling Criminal Cases Obstructing the Prevention"¹ and "Control of Emergent Infectious Diseases and Emer-

* This article was prepared within project of the National fund of social sciences of the People's Republic of China "Institute of the general part of Russian criminal law" (project number: 16AFX008).

¹ 两高《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2003]8号). Accessed March 12, 2021. https://www.sohu.com/a/369065729_120051578.

agency Regulations for Public Health Emergencies”² issued in 2003 and based on SARS. With the development of the epidemic situation, on January 20, 2020, the National Health and Wellness Committee issued “The Announcement of the National Health and Wellness Committee of the People’s Republic of China No. 1 of 2020”³, which included pneumonia infected by novel coronavirus as a Class B infectious disease stipulated in “The Law of the People’s Republic of China on the Prevention and Control of Infectious Diseases”⁴, and took preventive and control measures for Class A infectious diseases. At the same time, pneumonia triggered by a novel coronavirus should be included in the quarantine infectious disease management as stipulated in “Frontier Health and Quarantine Law of the People’s Republic of China”⁵. Combined with “The provisions of the Supreme People’s Procuratorate and the Ministry of Public Security’s Provisions (I)”⁶ on the Prosecution Standards of Criminal Cases under the Jurisdiction of Public Security Organs in June 2008, the illegal and criminal acts during their prevention and control can be controlled according to the provisions of Art. 49, 50, and 51. On February 6, 2020, the Supreme People’s Court, the Supreme People’s Procuratorate, the Ministry of Public Security, and the Ministry of Justice jointly issued the “Opinions on Punishing Laws and Crimes Affecting the Prevention and Control of Pneumonia in novel coronavirus”⁷ (Opinions). On the basis of the above laws and regulations, illegal and criminal acts during the epidemic control period have been comprehensively stipulated, and the legal organizational structure of China during the prevention and control of COVID-19 epidemic have been further tightened.

2. Basic research

2.1. Current status of criminal acts involving epidemic situation

During the epidemic period, there have been many kinds of criminal acts involving the epidemic, and Opinions clearly stipulate nine kinds of crimes that hinder the prevention and control of the epidemic. To better aid its prevention and control, procuratorial organs conscientiously put down the important guiding spirit of General secretary Xi Jinping on prevention and control and decision-making arrangements of the CPC Central Committee, on adhering to the thought and method of rule of law, and on cracking down on the crime of prevention and control of the epidemic situation in strict accordance with the law. The Supreme People’s Procuratorate selected a sample with a large proportion of cases, many problems, and urgent practical needs, and then issued ten batches of “Typi-

² 《突发公共卫生事件应急条例》. 2003. Accessed March 12, 2021. http://www.gov.cn/gongbao/content/2003/content_62137.htm.

³ 《中华人民共和国国家卫生健康委员会公告2020年第1号》. 2020. Accessed March 12, 2021. <http://www.nhc.gov.cn/jkj/s7916/202001/44a3b8245e8049d2837a4f27529cd386.shtml>.

⁴ 《中华人民共和国传染病防治法》. 2013. Accessed March 12, 2021. <https://www.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/27585.html>.

⁵ 《中华人民共和国国境卫生检疫法》. 2018. Accessed March 12, 2021. http://www.chaoyang.jcy.gov.cn/art/2018/6/28/art_3078_12977.html.

⁶ 《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》. 2008. Accessed March 12, 2021. <https://www.scxsls.com/knowledge/detail?id=15458>

⁷ 《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》. 2020. Accessed March 12, 2021. <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-219321.html>.

cal Cases of National Procuratorial Organs Handling Crimes against the Prevention and Control of COVID-19 Epidemic Situation According to Law”⁸ (Typical Cases). These cases came mainly from local filings, special solicitations, and advocacy by members of the leading group of the highest prosecution for epidemic prevention and control, using cases found in daily work. They are typical in type and application of law, which clarifies and solves some outstanding problems of inconsistent understanding of applicable law in practice.

There are 55 cases in these ten batches of Typical Cases, involving many related crimes (Chart). Specifically, the first batch of Typical Cases was released on February 11, 2020, including ten cases covering a wide range that played a good first demonstration role during the epidemic. The crimes involved included: crimes of impairing the prevention and cure of epidemic diseases (Art. 330 of the Criminal Law of the People’s Republic of China, 1997⁹ (hereinafter CL)), crimes of interference with public function (Art. 277 CL), crimes of picking quarrels and provoking troubles (Art. 293 of the CL), crimes of fraud (Art. 266 of the CL), crimes of producing and selling fake and inferior products (Art. 140 of the CL), crimes of illegal business operation (Art. 225 of the CL), crimes of illegally hunting and killing precious and endangered wildlife (Art. 341 of the CL), and other crimes involving epidemics. The second batch of “Typical Cases” was released on February 19, 2020, including six cases involving such crimes as: impairing the prevention and cure of epidemic diseases, interference with public function, fraud, fabricating or deliberately spreading false information (Art. 291, paragraph 2 of the CL), illegally hunting and killing precious and endangered wildlife (Art. 341 of the CL), and picking quarrels and provoking troubles. The third batch of “Typical Cases” was published on February 26, 2020, including five cases focusing on the definition of the crime of impairing the prevention and cure of epidemic diseases and the crime of employing dangerous means to endanger public security. The crimes involved include: impairing the prevention and cure of epidemic diseases, interference with public function, and illegally acquiring and selling precious wild animals (Art. 341 of the CL). The fourth batch of “Typical Cases” was published on March 4, 2020, including six cases focusing on criminal cases that undermined the market order of epidemic prevention and control, and focusing on solving some difficult and complicated problems in legal policies for such cases as counterfeiting, selling fakes, and driving up prices. The crimes involved included: producing and selling fake and inferior products (Art. 145 of the CL), selling commodities bearing counterfeits registered trademarks (Art. 214 of the CL), and illegal business operations.

The fifth batch of “Typical Cases” was released on March 12, 2020, including five cases focusing on identifying fraud during the epidemic; fraud was the main crime. The sixth batch of typical cases was released on March 20, 2020, including five cases focusing on strictly prosecuting the criminal acts that hinder the resumption of work and production according to law, and creating a good legal environment to promote enterprises to operate in compliance with laws and regulations. Crimes involved included: fraud and other crimes involving epidemics. The seventh batch of “Typical Cases” was released

⁸ 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例》。2020。Accessed March 12, 2021. <https://www.spp.gov.cn>.

⁹ Hereinafter all Chinese legal acts and court decisions are given in accordance with “北大法宝”. Accessed March 12, 2021. <https://www.pkulaw.com/chl/39c1b78830b970eabdfb.html?keyword=%E5%88%91%E6%B3%95>.

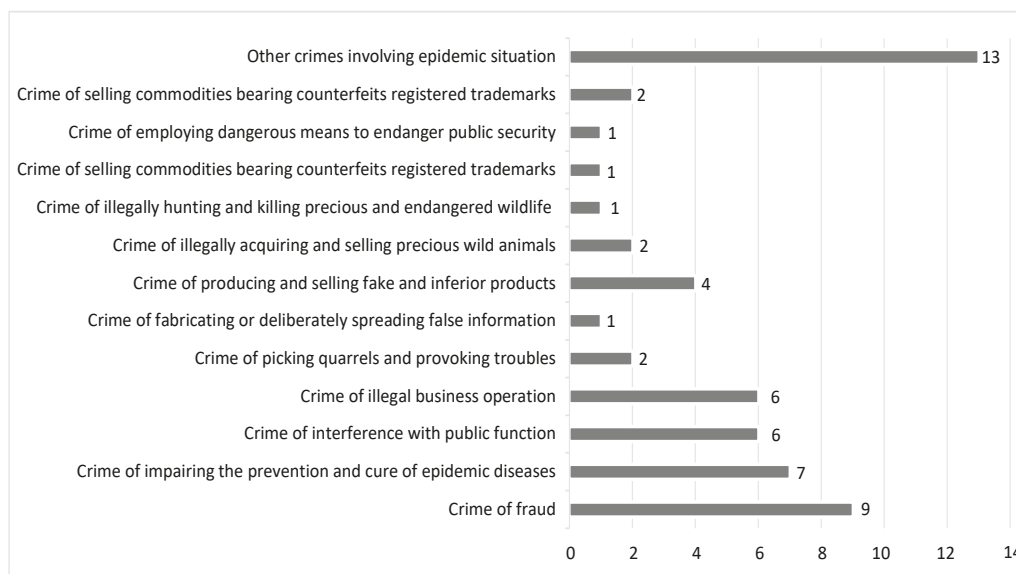


Chart. Number of cases related to epidemic crime (《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例》). Accessed March 15, 2021. <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-219321.html>

on March 26, 2020, including four cases focusing on identifying illegal business crimes, such as raising prices and profiteering during the epidemic prevention and control period. Crimes involved were mainly illegal business operations. The eighth batch of Typical Cases was published on April 3, 2020, including three cases focusing on prosecuting criminal cases involving importing epidemic prevention and control. Crimes involved included impairing the prevention and cure of epidemic diseases and other crimes involving epidemics. The ninth batch of “Typical Cases” was released on April 9, including six cases focusing on severely punishing serious violent crimes according to law. Crimes involved included: picking quarrels and provoking troubles, willful and malicious injury (Art. 234 of the CL), and other crimes involving epidemics. The tenth batch of Typical Cases was published on April 17, 2020, including five cases focusing on criminal cases in which suspects or defendants pleaded guilty and repented, conscientiously implementing the criminal policy of tempering justice with mercy, giving full play to the institutional advantages of pleading guilty and accepting punishment leniently, promoting the restoration of normal order of production and life, and realizing the unification of political, legal and social effects of handling cases. The crimes involved included interference with public functions and other crimes involving the epidemic situation.

Among these ten typical cases, there are 21 cases of economic and property crime, 15 cases of crime against social management order, and six cases of crime against public safety. Based on Typical cases, this paper focuses on the analysis of these three most representative crimes.

2.2. *Controversial issues related to COVID-19 epidemic crimes*

2.2.1. *Economic and property crimes*

This kind of crime mainly involves: fraud, producing and selling fake and inferior products, illegal business operations, selling commodities bearing counterfeits of registered trademarks, and selling commodities bearing counterfeits of registered trademarks. This kind of criminal behavior is mainly manifested as follows: First, taking advantage of the epidemic situation, using charitable donations, selling masks and other epidemic protection articles as means, and defrauding money by various means, mainly through telecommunication networks during the epidemic. Second, the production and sale of fake and inferior epidemic prevention articles. Third, driving up prices, selling epidemic prevention articles or living goods at high prices, seriously and disrupting market order and affecting people's lives. Here, the author mainly expounds the controversial crimes of fraud, producing and selling fake and inferior products, producing and selling sub-standard medical equipment, and illegal business operation in judicial practice during the epidemic prevention and control period, and other related crimes are not repeated here.

2.2.1.1. The act of fraud

During the period of epidemic prevention and control, selling disposable masks for fraud is the most common behavior. For example, in the fraud case of Wu Moumou in Yangchun City, Guangdong Province¹⁰, Wu Moumou took advantage of customers' large demand for masks for the purpose of illegal possession, and fabricated the fact that he sold masks to defraud customers of large amounts of property. According to the "Opinions", during the epidemic prevention and control period, those who cheat public and private property in the name of developing, producing, or selling articles for epidemic prevention and control, or fabricate facts to cheat the public to donate a large amount of money and materials, shall be convicted and punished for fraud in accordance with the provisions of Art. 266 of the CL¹¹. During the situation of epidemic prevention and control measures, the relatively closed environment makes people in a relatively closed state most of the time, so most perpetrators commit fraud through the Internet. For fraud committed via a telecommunication network, the perpetrator will make false propaganda through the network, thus committing fraud. In 2016, the opinions of the Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate, and the Ministry of Public Security on Several Issues Concerning the Application of Laws in Handling Criminal Cases, such as Telecommunication Network Fraud specifically¹², stipulated: "If the telecommunication network fraud

¹⁰ 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第五批)》。2020。Accessed March 15, 2021. https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202003/t20200312_456264.shtml#1.

¹¹ Article 266: Whoever swindles public or private money or property, if the amount is relatively large, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years, criminal detention or public surveillance and shall also, or shall only, be fined; if the amount is large, or if there are other serious circumstances, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than 10 years and shall also be fined; if the amount is especially large, or if there are other especially serious circumstances, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than 10 years or life imprisonment and shall also be fined or be sentenced to confiscation of property, except as otherwise specifically provided in this Law.

¹² 《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》。2016。Accessed March 12, 2021. https://www.spp.gov.cn/zdgz/201612/t20161221_176278.shtml.

crime is implemented and the corresponding amount standard is reached, one of the following circumstances exists, as appropriate. Severely punished: 6. Fraudulent property of disabled people, the elderly, minors, students in school, people who have lost their ability to work, or fraudulent property of seriously ill patients and their relatives. 7. Fraudulent use of disaster relief, emergency rescue, flood control, special care, poverty alleviation, immigration, relief, and medical treatment". Under the epidemic prevention and control, we should grasp the difference between the crime of fraud and the crime of false advertising in judicial determination.

2.2.1.2. The act of making and selling fake goods

During the period of epidemic prevention and control, this crime is mainly to make inferior masks, fake masks, and fake protective equipment to make large profits. For example, in the case of Fang Moumou selling fake and inferior products in Xianju County, Zhejiang Province¹³, Fang Moumou pretended to have a qualified product with a sales amount of more than 50 000 yuan. During the epidemic prevention and control period, if the production and sale of fake and inferior prevention and protection articles and materials met the provisions of Art. 140 of the CL¹⁴, he was convicted and punished for the crime of producing and selling fake and inferior products. In judicial practice, there are disputes about the cognizance of this crime, which mainly focusses on: First, the qualitative problem of "three noes" masks; second, fake and inferior products have not been sold or the sales amount is less than 50 000 yuan.

Ji Moumou, Yangzhou City, Jiangsu Province, was suspected of selling substandard medical equipment¹⁵. He subjectively knew that the masks had expired and did not meet national and industrial standards for protecting human health, and he sold them for large profits. According to the "Opinions": During the epidemic period, those who produce medical equipment such as medical masks, goggles, and protective clothing that do not meet the national and industrial standards for protecting human health, or sell medical equipment that is known to be substandard, which is enough to seriously endanger human health, shall be convicted and punished according to Art. 145 of

¹³ 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例（第四批）》。2020。Accessed March 23, 2021. https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202003/t20200304_455675.shtml#1.

¹⁴ Article 140: Any producer or seller who mixes impurities into or adulterates the products, or passes a fake product off as a genuine one, a defective product as a high-quality one, or a substandard product as a standard one, if the amount of earnings from sales is more than 50 000 yuan but less than 200 000 yuan, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than two years or criminal detention and shall also, or shall only, be fined not less than half but not more than two times the amount of earnings from sales; if the amount of earnings from sales is more than 200 000 yuan but less than 500 000 yuan, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than two years but not more than seven years and shall also be fined not less than half but not more than two times the amount of earnings from sales; if the amount of earnings from sales is more than 500 000 yuan but less than 2 000 000 yuan, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than seven years and shall also be fined not less than half but not more than two times the amount of earnings from sales; if the amount of earnings from sales more than 2 000 000 yuan, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of 15 years or life imprisonment, and shall also be fined not less than half but not more than two times the amount of earnings from sales or be sentenced to confiscation of property.

¹⁵ 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例（第四批）》。2020。Accessed March 23, 2021. https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202003/t20200304_455675.shtml#1.

the CL¹⁶. The controversial focus of this crime in judicial practice lies, first, in whether the disposable medical mask is medical equipment, and second, how to identify “enough to seriously endanger human health”.

2.2.1.3. The behavior of driving up prices and selling epidemic prevention articles or articles for daily use at high prices

For the illegal business case of Cao Moumou in Shandong Province¹⁷, Cao was driving up prices and making huge profits during the epidemic. According to Art. 225 of the CL and the “Opinions”: During the epidemic prevention and control period, in violation of the relevant state regulations on market operation and price management, hoarding and raising the price of masks, goggles, protective clothing, disinfectants, and other protective equipment, medicines, or other items related to people’s livelihood, profiteering, illegal income is large or there are other serious circumstances, seriously disrupting market order, in accordance with Art. 225 of the CL. We should pay heed to the following problems in the judicial practice: the identification of “price gouging”; the cognizance of “a large amount of illegal income” in the crime of driving up prices; and the identification of “other serious circumstances”.

2.2.2. Criminal acts that hinder the order of social management

This kind of crime mainly involves: interference with public functions, picking quarrels and provoking troubles, fabricating or deliberately spreading false information, illegally hunting and killing precious and endangered wildlife, and illegally acquiring and selling precious wild animals. The main manifestations of this kind of crime during the epidemic are as follows: First, refusing to accept prevention and control measures, so using violence or threatening to implement epidemic prevention and control staff, destroying epidemic prevention and control equipment, or using violence to beat epidemic prevention medical personnel. Secondly, fabricating false information related to epidemic situation or terror information related to it, spreading rumors and spreading rumors, and disturbing social order. The author mainly expounds the controversial crime of fabricating, deliberately spreading false information, picking quarrels and provoking trouble, and obstructing official duties in judicial determination. Other related crimes are not repeated here.

¹⁶ Article 140: Whoever produces medical apparatus and instruments or medical hygiene materials that are not up to the national or trade standards for safe guarding human health or sells such things while clearly knowing the fact, thereby causing serious harm to human health, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years and shall also be fined not less than half, but not more than two times, the amount of earnings from sales; if the consequences are especially serious, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years but not more than 10 years and shall also be fined not less than half but not more than two times the amount of earnings from sales; if the circumstances are especially flagrant, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than 10 years or life imprisonment, and shall also be fined not less than half but not more than two times the amount of earnings from sales or be sentenced to confiscation of property.

¹⁷ 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例（第七批）》。2020. Accessed April 5, 2020. https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202003/t20200326_457369.shtml#1.

2.2.2.1. The act of fabricating false information, creating rumors, and spreading rumors.

Zhao Moumou in Anshan City, Liaoning Province was suspected of fabricating and deliberately spreading false information¹⁸. Zhao Moumou fabricated false epidemic information subjectively and objectively to satisfy vanity, which caused people to panic and seriously disrupted the social order. According to the “Opinions”: During the period of epidemic prevention and control, if false epidemic information is fabricated and spread on information network or other media, or if it is knowingly spread on information network or other media that seriously disturbs social order, the crime of fabricating or deliberately spreading false information shall be convicted and punished, according to the second paragraph of Art. 291-1 of the CL¹⁹. Therefore, Zhao Moumou constitutes the crime of fabricating and deliberately spreading false information. Here we need to reflect on whether Zhao Moumou’s behavior also constitutes the crime of picking quarrels and provoking trouble. How should we seize the relationship between these two charges in judicial practice?

2.2.2.2. Acts that obstruct official duties

In the case of Wang Moumou’s obstruction of official duties in Renshou County, Sichuan Province²⁰, the defendant Wang objectively refused to move his car and did not cooperate with epidemic prevention work, and then took advantage of Liao Moumou’s unprepared fist to hit his face, causing his facial soft tissue contusion. Liao Moumou and others came forward to stop Wang Moumou and hold him down. Wang still scratched Liao Moumou’s face with his hands and scratched several blood marks on his face. Wang Moumou is subjectively intentional. According to the “Opinions”, those who obstruct the staff of state organs from carrying out the measures of epidemic prevention, quarantine, compulsory isolation, isolation, and treatment in accordance with the law by means of violence or threat shall be convicted and punished for the crime of obstructing official duties in accordance with the provisions of the first and third paragraphs of Art. 277 of the CL²¹. Those who violently attack people’s policemen who are performing their duties

¹⁸ 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例（第二批）》。2020。Accessed March 25, 2021. https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202002/t20200219_454775.shtml.

¹⁹ Paragraph 2 of Article 291-1: Whoever fabricates false dangerous situations, epidemics, disasters and warnings and spreads them on information networks or other media, or knowingly spreads them on information networks or other media, thus seriously disturbing social order, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years, criminal detention or public surveillance; Those who cause serious consequences shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than seven years.

²⁰ 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例（第二批）》。2020。Accessed March 25, 2021. https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202002/t20200219_454775.shtml.

²¹ Article 277, paragraphs 1 and 3:

Whoever by means of violence or threat, obstructs a functionary of a State organ from carrying out his functions according to a law shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years, criminal detention, or public surveillance or be fined.

Persons who prevent members of the National People’s Congress or local people’s assemblies at various levels from performing their functions in accordance with the law through violence or threats are punished in accordance with the provisions of the previous paragraph. Intentional obstruction of State security bodies or public security bodies in the performance of State security tasks in accordance with the law and non-use

according to law shall be convicted of the crime of obstructing official duties and shall be given a heavier punishment. To identify this crime in judicial practice, it is necessary to accurately grasp the definition of the object of the crime of obstructing public service in the Opinions, that is, the scope of public servants.

2.2.3. Criminal acts endangering public safety

The crime involved in such acts is mainly employing dangerous means to endanger public security (Art. 114 and 115 of the CL) and impairing the prevention and cure of epidemic diseases. This kind of criminal behavior is mainly manifested as follows: First, COVID-19 patients and pathogen carriers who have been diagnosed refuse isolation treatment or leave isolation treatment without authorization before the expiration of the isolation period, and enter public places or public transport. Suspected patients in COVID-19 refuse isolation treatment or leave isolation treatment without authorization before the expiration of the isolation period, and enter public places or public transport, resulting in the behavior spread in novel coronavirus. Second, refusing to implement. Prevention and control measures of health and epidemic prevention institutions, causing the spread of COVID-19 or the dangerous behavior of spreading.

In the case of Sun Moumou suspected of interfering with the prevention and treatment of infectious diseases in Nanchong City, Sichuan Province²², the doctor suspected that Sun Moumou was suspected of being “Infected with a novel coronavirus” and asked him to be treated in isolation. Sun Moumou did not listen to dissuasion and quietly fled the hospital, and returned to Ji-an Town by bus, where many people came into contact. On January 23, 2020, the staff forced Sun Moumou to be isolated for treatment. After being diagnosed and treated in isolation, he still concealed the real itinerary and activity track, which led to the disease control department for failing to carry out prevention and control work in time, and a large number of contact personnel have not been recovered. On February 5, 2020, Jialing Branch of Nanchong Public Security Bureau filed a case investigation on Sun Moumou’s suspicion of “Obstructing the prevention and treatment of infectious diseases”. The author thinks this conclusion is questionable. In this case, should Sun Moumou be convicted and sanctioned by the crime of endangering public safety by dangerous methods? How should these two charges be explicitly identified? How to understand the distinction between two charges?

2.3. Judicial response to criminal acts involving COVID-19 epidemic

2.3.1. Economic and property crimes

2.3.1.1. The difference between the crime of fraud and the crime of false advertising

In the period of epidemic prevention and control, in violation of laws and regulations, many people deceive others by using advertisements to exaggerate or falsely pub-

of methods of violence or threats that have entailed serious consequences are punishable in accordance with the provisions of paragraph 1.

²² 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第一批)》。2020. Accessed January 13, 2021. https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202002/t20200211_454256.shtml#2.

licize products they sell, and the amount of illegal income is large or there are other serious circumstances. They are convicted and punished for crimes of false advertisement (Art. 222 of the CL). In the context of epidemic prevention and control, the author thinks that the distinction between false advertising crime and fraud crime should be grasped from aspects of the crime subject and crime subjective: The first and the second crime have different subjects. The subject of the crime of false advertising is a unique subject, which can only be made by advertisers, advertising operators, and advertisement publishers. The subject of fraud is the universal subject, and the unit does not constitute this crime. Second, the subjective aspects are different. The crime of fraud is committed for the purpose of illegal possession of public and private property, which is subjectively manifested as direct intention; the subjective aspect of the crime of false advertising can be expressed as direct intention or indirect intention according to different subjects (Li Li 2012, 18).

2.3.1.2. The act of making and selling fake goods

2.3.1.2.1. Qualitative analysis of “three noes” Masks

On March 4, 2020, the “Legal Essentials” of the fourth batch of “Typical Cases” responded to the qualitative question of “Three noes” masks: “‘Three noes’ masks refer to masks without production enterprises, production licenses, registration numbers, production dates and batch numbers, which can generally be identified as fake and inferior products in combination with quality inspection. If the actor claims to be a ‘medical mask’ and makes people mistakenly believe that it is a ‘medical mask’ for sale through imitation certification materials, packaging, logos, etc., or if the purchaser explicitly purchases a ‘medical mask’ and the actor defaults, it is appropriate to identify fake and inferior medical equipment”²³.

2.3.1.2.2. Fake and inferior products have not been sold or the sales amount is less than 50 000 yuan

After being identified as “three noes” masks, it involves the sale of fake and inferior masks, which can be punished according to Art. 149 of the CL²⁴. The status of sales amount in this crime has been controversial in academic circles, and there are mainly the following different views: objective punishment conditions, accomplished standards, constitutive elements and so on. Scholars who support taking the sales amount as an objective penalty condition believe that the sales amount has nothing to do with the crime constitution, but the right to launch the penalty, and the right to launch the penalty can only be started with the sales amount (Wang Zhixiang 2007, 44). Scholars who support taking the sales amount as the accomplished standard of this crime believe that the sales amount is one of the constitutive requirements of the crime and the standard for the completion of the crime; Scholars who support taking the sales amount as a constitutive element of

²³ 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例（第四批）》。2020。Accessed March 23, 2021. https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202003/t20200304_455675.shtml#1.

²⁴ Article 149: Whoever produces or sells products listed in Articles 141 through 148 of this Section, if the case does not constitute the crime as mentioned in these Articles respectively but more than 50 000 yuan is earned from sales, shall be convicted and punished in accordance with the provisions of Art. 140 of this Section.

crime think that the sales amount is a constitutive element of crime. When the conditions of sales amount are met, it does not represent the completion of crime, but the establishment of crime. Sales amount is the establishment condition of crime of producing and selling fake and inferior products (Shan Min, Li Yingying 2009, 55). Among the controversial viewpoints mentioned above, the author thinks that it is more in favor of taking the sales amount as an essential element, that is, taking the sales amount as the establishment condition of the crime of producing and selling fake and inferior products. Therefore, if the fake and inferior products are not sold or the sales amount is less than 50 000 yuan, it does not constitute the crime of producing and selling fake and inferior products.

The “Legal Essentials” of the fourth batch of “Typical Cases” issued by the Supreme People’s Procuratorate points out that if fake and inferior products have not been sold or the sales amount is less than 50 000 yuan, according to the Provisions of the Supreme People’s Procuratorate and the Ministry of Public Security on “The Prosecution Standards for Criminal Cases under the Jurisdiction of Public Security Organs (I)”²⁵ and the Supreme People’s Court and the Supreme People’s Procuratorate’s “Interpretation of Several Issues Concerning the Specific Application of Laws in Handling Criminal Cases of Producing and Selling Fake and Inferior Commodities”²⁶: If the sum of the sold amount multiplied by three times and the total value of the fake and shoddy products not sold is more than 150 000 yuan, a case shall be filed for prosecution. Those who sell at a high price or make exorbitant profits, have a large amount of illegal income, or have other serious circumstances that seriously disrupt the market order may also be punished for the crime of illegal business operation²⁷.

2.3.1.2.3. Disposable medical mask medical equipment

During the epidemic period, if the crime of producing and selling substandard disposable masks is to be incriminated, we must first decide whether disposable masks are medical devices. Article 145 of the CL²⁸ stipulates that criminal objects of this crime are medical devices and medical materials. As for medical devices, according to Art. 6 of “The Regulations on the Supervision and Administration of Medical Devices”²⁹, Art. 8 and 9 of

²⁵ 《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》。2008 Accessed March 12, 2021. <https://www.scxsls.com/knowledge/detail?id=15458>.

²⁶ 《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。2001. Accessed March 12, 2021. <https://law.lawtime.cn/d663492668586.html>.

²⁷ 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例（第四批）》。2020. Accessed March 23, 2021. https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202003/t20200304_455675.shtml#1.

²⁸ Article 145: Whoever produces medical apparatus and instruments or medical hygiene materials that are not up to the national or trade standards for safe guarding human health or sells such things while clearly knowing the fact, thereby causing serious harm to human health, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years and shall also be fined not less than half but not more than two times the amount of earnings from sales; if the consequences are especially serious, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years but not more than 10 years and shall also be fined not less than half but not more than two times the amount of earnings from sales; if the circumstances are especially flagrant, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than 10 years or life imprisonment, and shall also be fined not less than half but not more than two times the amount of earnings from sales or be sentenced to confiscation of property.

²⁹ 《医疗器械监督管理条例》。2021. Accessed March 25, 2021. <https://www.nmpa.gov.cn/xxgk/fgwj/flxzhfg/20210319202057136.html>.

“The Rules for the Classification of Medical Devices”³⁰ and the “Notice on Regulating the Work Related to the Classification of Medical Devices”³¹ issued by China Food and Drug Administration, medical devices in China are divided into three categories, according to the degree of risk from low to high. The China Food and Drug Administration Medical Device Standards Management Center (“Standard Management Center”) is responsible for establishing and maintaining “The Catalogue of Medical Devices Classification”³². However, “Classification Catalogue of Medical Devices” is not the only reference for the scope of criminal objects of this crime, and it needs to be constantly updated by the Standards Control Center with the development and changes of the time. In November, 2019, “Summary of the results of the classification and definition of the second batch of medical device products in 2019”³³ published by China Food & Drug Network, it was clearly stated that disposable medical masks should be managed as class II medical devices. At the same time, in practice, China’s medical device supervision and management department has always managed the primary medical masks according to medical devices. In 2014, the former China Food and Drug Administration issued the Guiding Principles for Technical Examination of Medical Mask Product Registration³⁴, which also clarified that medical protective masks, medical surgical masks and ordinary medical masks (disposable medical masks) are managed according to Class II medical devices. This guiding principle is valid so far, and it is used to guide the provincial medical device regulatory agencies to standardize the technical review of medical mask products (Ma Xun et al. 2020). Therefore, it can be concluded that disposable masks belong to medical devices.

2.3.1.2.4. Identification of “enough to seriously endanger human health”

Article 145 of the CL requires the degree of “serious harm to human health”, which indicates that the crime is a dangerous crime. On March 24, 2020, the director of the Research Office of the Supreme People’s Court and the Supreme People’s Procuratorate once again answered the reporter’s question on criminal justice in epidemic prevention and control. It was obvious that the identification of “enough to seriously endanger human health” should be comprehensively judged, and should not only look at one point. Not as good as the rest. Otherwise the scope of application of this crime will be improperly expanded. Only when fake medical masks are sold to medical institutions and used by medical personnel can they be considered as “enough to seriously endanger human health”; if it is sold to non-epidemic-prone areas for people’s daily use, it should not be identified as the above situation. If it meets the constitutive requirements of other charges, it shall be determined by extra charges³⁵.

³⁰ 《医疗器械分类规则》. 2015. Accessed March 25, 2021. <https://www.nmpa.gov.cn/directory/web/nmpa/xxgk/fgwj/bmgzh/20150714120001554.html>.

³¹ 《关于规范医疗器械产品分类有关工作的通知》. 2017. Accessed March 25, 2021. <https://www.nmpa.gov.cn/directory/web/nmpa/xxgk/fgwj/gzwj/gzwyjlx/20170926173301389.html>.

³² 《医疗器械分类目录》. 2017. Accessed March 25, 2021. <https://www.nmpa.gov.cn/wwwroot/gyx02302/sm.htm>.

³³ 《2019年第二批医疗器械产品分类界定结果汇总》. 2019. Accessed March 25, 2021. <http://www.cnpharm.com/c/2019-11-25/690144.shtml>.

³⁴ 《医用口罩产品注册技术审查指导原则》. 2014. Accessed March 25, 2021. <https://www.nmpa.gov.cn/directory/web/nmpa/ylqx/ylqxggg/ylqxqtgg/20140520120001426.html>.

³⁵ 《依法惩治妨害疫情防控犯罪 切实保障人民群众生命健康安全——最高人民法院研究室主任姜启波、最高人民检察院法律政策研究室主任高景峰联合答记者问（二）》. 2020. Accessed January 24, 2021. <http://news.cri.cn/20200324/a779318e-4f16-d312-8f49-ecca5dab3c60.html>.

2.3.1.3. The behavior of driving up prices and selling epidemic prevention articles or articles for daily use at high prices

2.3.1.3.1. The identification of “driving up prices”

According to the “Opinions”, price gouging refers to behavior of hoarding, driving up the price of protective articles such as masks, goggles, protective clothing, disinfectant, medicines, or other items related to people’s livelihood, which are urgently needed for epidemic prevention and control, and making huge profits during the epidemic prevention and control period. During the epidemic period, the behavior of “driving up prices” is mainly to raise prices, that is, if business operators take advantage of the shortage of protective articles or daily necessities needed for epidemic prevention and control, and after deducting production and operation costs and normal profits, they will greatly increase the prices of products for external sales, which should be regarded as “driving up prices and profiteering”. The cognizance of the behavior of driving up prices should be combined with the subjective viciousness of the actor, harmful results, actual operating conditions and other factors.

2.3.1.3.2. Identification of “relatively large amount of illegal income” in the crime of illegal business operation

In the Opinions, a “relatively large amount of illegal income” is one of the most incriminating conditions. During the epidemic prevention and control period, the identification of this standard becomes the key to incriminate. According to “the Research Opinions of the Research Office of the Supreme People’s Court on the Identification of ‘Illegal Income’ in the Crime of Illegal Business Operation”³⁶ in 2013, “illegal income” in the crime of illegal business operation should refer to the profit amount, that is, the total income (illegal business amount) obtained by the actor from illegally producing and selling goods or providing services, and the remaining amount after deducting the reasonable expenses directly used for business activities. There is no clear regulation of the amount of illegal income caused by price gouging during the epidemic. The crime of illegal business operation caused by price gouging is different from unlawful income caused by general illegal business operations. The price after gouging includes three parts: purchase price (cost), legal profit, and illegal profit beyond legal profit. If the method of calculating illegal income caused by general illegal business operations is unreasonable (Gao Na, Feng Rui 2020), according to the general public’s cognition, it should not be regarded as the profit amount, but should be the sales amount after deducting the cost and the legal profit obtained according to reasonable market price. The author thinks that identifying a large amount of illegal income can be determined according to “filing standards of illegal business crimes stipulated in Provisions on Prosecution Standards of Criminal Cases under the Jurisdiction of Public Security Organs (II)”³⁷ by the Supreme People’s Procuratorate and the Ministry of Public Security, that is, “the amount of illegal business operations by

³⁶ 《最高人民法院研究室关于非法经营罪中“违法所得”认定问题的研究意见》。2013。Accessed February 4, 2021. <http://ytzy.sdcourt.gov.cn/ytzy/spyw83/dxalws25/6207671/index.html>.

³⁷ 《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》。2012。Accessed March 15, 2021. <https://baike.so.com/doc/8734631-9057580.html>.

individuals is more than 50 000 yuan, or the illegal income is more than 10 000 yuan”, and “the amount of illegal business operations by units is more than 500 000 yuan, or the amount of illegal income is more than 100 000 yuan”. In practice, local judicial organs can also grasp this standard according to local economic development level.

2.3.1.3.3. Identification of “other serious circumstances”

The author thinks that “other serious circumstances” in the behavior of driving up prices should be interpreted in the same way, which refers to behavior with the same nature as hoarding and driving up the prices of protective articles such as masks, goggles, protective clothing, disinfectant, medicines, or other items related to people’s livelihood.

2.3.2. *Criminal acts that hinder the order of social management*

2.3.2.1. Behavior of deliberately spreading fabricated and false information and trouble-seeking behavior

2.3.2.1.1. “Internet rumor-type” crime of seeking trouble

During the epidemic, the perpetrator fabricated false information related to the epidemic and spread it via the Internet, causing panic among citizens and disrupting social order, which is a “network rumor-type” crime of picking quarrels and provoking trouble. “Internet rumor-type” crime of provoking trouble is not a new crime, but a general expression based on the particularity of crime implementation space and behavior mode. It mainly refers to the behavior of fabricating and spreading false information in the information network, causing serious disorder of public order, which has a particular form of the traditional “instigating trouble-type” crime of provoking trouble (Zhang Peng 2020, 4). The behavior means of the online rumor-based crime of picking quarrels and provoking trouble is to fabricate false information about walking, and the behavior place is cyberspace. On September 6, 2013, the Supreme People’s Court and the Supreme People’s Procuratorate issued “The Interpretation on Several Issues Concerning the Application of Laws in Handling Criminal Cases such as defamation by using Information Network”³⁸, which also stipulated in Art. 5 that “Whoever fabricates false information or knowingly fabricates false information and spreads it on the information network, or organizes or instructs personnel to spread it on the information network, causing disturbances and causing serious public disorder, shall be convicted and punished for the crime of picking quarrels and provoking trouble”. There is a competing relationship between the crime of fabricating and deliberately spreading false information and the crime of picking quarrels and provoking trouble. If the actor has the intention and behavior of provoking trouble and disturbing social order, which is not limited to spreading false information but using information network to stir up trouble, it can be regarded as the crime of picking quarrels and provoking troubles according to the principle of subjective and objective consistency.

³⁸ 《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》。 2013. Accessed March 15, 2021. <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-5913.html>.

2.3.2.1.2. The difference between the “Internet rumor-based” crime of picking quarrels and provoking troubles and the crime of fabricating or deliberately spreading false information

It is of great significance for the correct application of the two crimes to clarify the main differences between the “network rumor-type” crime of picking quarrels and provoking trouble, and the crime of fabricating or deliberately spreading false information. First, the scope of false information is different, which is the main difference between the two crimes. The crime of fabricating and deliberately spreading false information only regulates false danger, epidemic situation, disaster situations, and alarm situations, and some scholars think that false information in this crime should be restricted and interpreted, and false information should be fundamentally false. If information disseminated by the perpetrator is basically true on the whole, only some cases are untrue, it cannot be considered that the perpetrator fabricated and disseminated “false information” (Huang Huasheng, Li Wenji 2015, 336). “Internet rumor type” crime of picking quarrels and provoking trouble does not limit the content of false information. Second, there are differences in behavior places. The behavior place of “Internet rumor” crime of picking quarrels and provoking trouble is limited to “information networks”, while the behavior place of fabricating and deliberately spreading false information includes “information networks” and “other media”, and the latter is obviously larger than the former in scope of application. Finally, the criminal result is different. “Internet rumor-type” crimes of picking quarrels and provoking trouble results in “serious disorder of public order”, while the crime of fabricating and deliberately spreading falsehood results in “serious disruption of the social order”. The object of the crime of picking quarrels and provoking trouble is shared public order, and whether public order includes network order has always been controversial. Cyberspace order refers to the normal and orderly use of the network for social activities, which are the reappearance of the real public order in cyberspace (Zhang Peng 2020, 23). As Professor Qu Xinjiu said, modern society has entered the information society, so it is acceptable to explain the concept of “public place” in line with the changes in the information society (Qu Xinjiu 2013). With the rapid development of the Internet, people’s lives are closely related to the Internet, and the gap between cyberspace and the real society is constantly narrowing. Stability of network order is also an indispensable part of the stability of public order (Xu Juan 2013). Therefore, during the prevention and control of a novel coronavirus epidemic, the management of network order should not be underestimated, and the behavior of using an information network to cause chaos of real social order and public panic must be strictly regulated by criminal law. In the above case, Zhao Moumou spread false epidemic information in the WeChat circle of friends, subjectively to satisfy vanity and expand his network influence. The author believes that he has no intention of provoking trouble or disturbing social order subjectively. Therefore, depending upon the principle of consistency between subjective and objective, there is no competition between the crime of fabricating and deliberately spreading false information and the crime of provoking trouble. Zhao Moumou only constitutes the crime of fabricating and deliberately spreading false information.

2.3.2.2. Definition of the object of the crime of interference with public functions

The crime of obstructing public service protects the normal order of public servants in performing their duties, so it is particularly important to identify the scope of municipal servants. In the context of epidemic prevention and control, all parts of the country have adopted closed management, and relevant prevention and control measures such as entry and exit registration and temperature measurement have been taken at all entrances and exits. Many pertinent staff members are involved in these prevention and control measures, and some of these staff members are not public servants. So at this time, how to define the criminal object of the crime of obstructing official duties?

Article 277 of the CL³⁹ stipulates that the object of this crime is the staff of state organs, specifically including staff of state organs, representatives of the National People's Congress and local people's congresses at various levels, staff of the Red Cross, staff of state security organs and public security organs, etc. Article 93 of the CL stipulates that "State functionaries referred to in this Law refer to those who are engaged in official duties in state organs. Personnel engaged in official duties in state-owned companies, enterprises, institutions and people's organizations, and personnel appointed by state organs, state-owned companies, enterprises and institutions to engage in official duties in non-state-owned companies, enterprises, institutions and social organizations, as well as other personnel engaged in official duties in accordance with the law". The presentation of "New Public Service Theory" (Li Xihui 2007, 608) makes the essence of state functionaries clearer, that is, state functionaries are those who have obtained specific qualifications, have specific functions and powers, and are engaged in state management in the name of their duties and have certain responsibilities. During the period of epidemic prevention and control, the essence of public servants is more focused on performing their duties according to law, and the behavior of performing their duties has certain particularity. Acts that interfere with the implementation of measures closely related to epidemic prevention, quarantine, compulsory isolation, isolation treatment, etc, shall be deemed as acts that interfere with public service. The public servants specified in the "Opinions" include civil servants authorized by the state, civil servants entrusted, and those who are involved in epidemic prevention and control without preparation. Therefore, personnel who assist in epidemic prevention and control also belong to the staff of state organs. The staff of village committees, neighborhood committees, or community gates who are also engaged in epidemic prevention and control work according to the authorization or entrusting of

³⁹ Article 277:

Whoever by means of violence or threat, obstructs a functionary of a State organ from carrying out his functions according to a law shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years, criminal detention, or public surveillance or be fined.

Whoever, by violence or threat, obstructs a deputy to the National People's Congress or a local people's congress at any level from performing his deputy's functions according to law shall be punished in accordance with the provisions of the preceding paragraph.

Whoever during natural calamities or emergencies obstructs, by means of violence or threat, the workers of the Red Cross Society from performing their functions and duties according to law shall be punished in accordance with the provisions of the first paragraph.

Whoever intentionally obstructs officers of a State security organ or a public security organ from maintaining State security in accordance with law and causes serious consequences, though without resort to violence or threat, shall be punished in accordance with the provisions of the first paragraph.

higher authorities are also staff members of state organs. However, if they are volunteers who spontaneously organize to maintain epidemic prevention and control work, or if they have implemented epidemic prevention and control measures beyond the entrusted scope despite the authorization of higher authorities, they are not staff members of state organs. At this time, the offender's nuisance behavior does not represent the crime of obstructing official duties, but may constitute the crime of picking quarrels and provoking troubles or the crime of willful and malicious injury.

2.3.3. Criminal acts endangering public safety

For the crime endangering public safety, the main crimes involved are employing dangerous means to endanger public security and impairing the prevention and cure of epidemic diseases. The following mainly expounds the judicial determination of the two charges, that is, the difference between the two charges.

2.3.3.1. Judicial determination of the crime of employing dangerous means to endanger public security

On February 27, 2020, Jiang Qibo, director of the Research Office of the Supreme People's Court, and Gao Jingfeng, director of the Legal Policy Research Office of the Supreme People's Procuratorate, jointly answered a reporter's question⁴⁰, clearly stating that in practice, the crime of endangering public safety by dangerous methods should be strictly grasped according to law. Only when the following three situations are met can the crime of employing dangerous means to endanger public security be applied: COVID-19 patients and pathogen carriers who have been diagnosed refuse isolation treatment or leave isolation treatment without authorization before the isolation period expires, and enter public places or public transport, suspected patients in COVID-19 refuse isolation treatment or leave isolation treatment without authorization before the expiration of the isolation period, and enter public places or public transport, resulting in the spread of novel coronavirus, knowing that he has been diagnosed as a COVID-19 patient or a suspected patient, he maliciously spreads the virus to an unspecified majority out of subjective intentions such as revenge against society, with serious consequences and bad circumstances. Under the COVID-19 epidemic, the following points should be grasped in the judicial determination of the crime of employing dangerous means to endanger public security: First, the definition of the subject of crime. Second, identification of confirming patients and suspected patients. Third, the definition of the subjective aspect.

2.3.3.1.1. The definition of the subject of crime

The subject of the crime of employing dangerous means to endanger public security is a general subject or a natural person. The Criminal Law of the People's Republic of China does not make other provision on the criminal subject of this crime. Therefore, the criminal subject of this crime needs to be at least 16 years old and a natural person with criminal re-

⁴⁰ 《依法惩治妨害疫情防控犯罪 切实保障人民群众生命健康安全——最高人民法院研究室主任姜启波、最高人民检察院法律政策研究室主任高景峰联合答记者问（二）》。2020. Accessed January 17, 2021. https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202002/t20200227_455391.shtml.

sponsibility, and the unit does not belong to the subject of this crime (Zhang Kai 2020, 9). In the “Opinions”, there are two types of subjects of the crime of employing dangerous means to endanger public security, namely, confirmed patients and suspected patients. For the former, if you want to be guilty, you must have three conditions at the same time: First, it is a confirmed patient. Second, it implemented one of the two behaviors of refusing isolation treatment or leaving isolation treatment without authorization before the expiration of isolation period. Third, it has entered public places or public transport. For the former subject, both dangerous offenders and consequential offenders are punished; For the latter subject, there must be four conditions for conviction: First, “suspected patient”. Second, it implemented one of the two behaviors of refusing isolation treatment or leaving isolation treatment without authorization before the expiration of isolation period. Third, it has entered public places or public transport. Fourthly, the above-mentioned behavior of the actor caused the consequences of the spread in COVID-19. It can also be seen that only the consequential offender is punished for the “suspected patient”.

2.3.3.1.2. Identification of confirming and suspected patients

Article 78 of The Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases⁴¹ clearly stipulates: “Infectious disease patients and suspected infectious disease patients refer to those who meet the diagnostic criteria for infectious disease patients and suspected infectious disease patients according to The diagnostic criteria for infectious diseases regulated by the Law of the People’s Republic of China on Prevention and Control of Infectious Diseases⁴² issued by the health administrative department under the State Council”. Although there is no clear stipulation of the Opinions on the criteria for diagnosis, professional judgment should be made according to the diagnostic criteria of COVID-19. No one may arbitrarily identify others as “confirmed patients” or “suspected patients” before being diagnosed by a professional doctor.

2.3.3.1.3. The definition of subjective aspect

It can be seen from the provision of the Opinions that this crime must be subjectively intentional. In the context of the widespread anti-epidemic of the whole people, every citizen can subjectively realize that the COVID-19 virus is extremely contagious. Whether it is a “confirmed patient” or a “suspected patient”, it can be subjectively determined as intentional if he refuses isolation treatment or leaves isolation treatment without authorization before the isolation period expires and enters public places or public transport. In practice, most of the actors are indirectly intentional and have a laissez-faire attitude towards the spread of viruses. However, if the actor doesn’t know whether he is infected with the virus or not, and entering public places causes many people to be infected, the actor can be regarded as negligent because he subjectively has no intention of the occurrence of harmful results or even does not want the occurrence of harmful results. At this time, it does not represent this crime.

⁴¹ 《中华人民共和国传染病防治法》. 2004. Accessed March 25, 2021. <https://baike.so.com/doc/5412518-5650655.html>.

⁴² 《中华人民共和国传染病防治法规定管理的传染病诊断标准》. 1990. Accessed March 25, 2021. http://www.law-lib.com/law/law_view1.asp?id=6827.

2.3.3.2. Judicial determination of the crime of impairing the prevention and cure of epidemic diseases

In the judicial determination of the crime of preventing and treating infectious diseases, there are mainly the following controversies: First, the interpretation of the objective element of the crime of impairing the prevention and cure of epidemic diseases, “Class A infectious diseases”. Second, the intentional crime of obstructing the prevention and treatment of infectious diseases and scope of understanding.

2.3.3.2.1. Interpretation of “Class A infectious diseases”

The scope of “Class A infectious diseases” is determined in accordance with the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases and the applicable provisions of the State Council. According to Art. 3 of the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases, the class of infectious diseases refers to plague and cholera. It does not include the new coronavirus. Therefore, at the beginning of the outbreak, it was difficult to identify part of the behavior of resisting epidemic prevention and control measures as the crime of hindering the prevention and control of infectious diseases. In order to avoid the injustice of dealing with misdemeanors and even guilty acts, the “Opinions” interpret “Category A infectious diseases” as including Category B infectious diseases that require preventive and control measures with reference to category A infectious diseases. This explanation has solved the problem of identifying most behaviors in judicial practice. On March 1, 2021, Amendments to the Criminal Code of the People’s Republic of China No. 11⁴³ was formally implemented. The amendment revised the crime of preventing and treating infectious diseases, and changed “causing the spread of Class A infectious diseases or having serious danger of spreading” in the first paragraph to “causing Class A infectious diseases and infectious diseases that have been determined to take measures to prevent and control Class A infectious diseases according to law or have serious danger of spreading”. It is further clarified that infectious diseases such as COVID-19 and other infectious diseases that have been determined by law to take steps to manage Class A infectious diseases belong to the scope of this crime.

2.3.3.2.2. Subjective intentional crime and its cognitive scope

The subjective aspect of this crime is also controversial. The main viewpoints are negligence and intention. The negligence theory holds that the actors who refuse to implement the epidemic prevention and control measures are “deliberately” implemented under the control of their own will, but the actors generally hold a negative attitude towards the consequences that cause the spread of infectious diseases or have serious risks of infection. If the actor intentionally causes serious injury or death, or causes heavy losses to public and private property, it is beyond the scope of the crime of preventing and treating infectious diseases, and should be recognized as the crime of endangering public safety by dangerous means according to law (Wang Tao 2020, 70). The theory of negligence is also a common theory in the field of criminal law in China, that is, the actor has overconfident

⁴³ 《中华人民共和国传染病防治法规定管理的传染病诊断标准》. 1990. Accessed March 25, 2021. http://www.law-lib.com/law/law_view1.asp?id=6827.

negligence or negligent negligence in causing Class A infectious diseases or spreading danger. Intentional theory holds that the actor who constitutes the crime of obstructing the prevention and control of infectious diseases subjectively shows that his violation of the provisions of the Law on Prevention and Control of Infectious Diseases will cause the spread of Class A infectious diseases or have serious danger of spreading, and hopes or lets such a result happen. Judging from the behavior of the crime, most perpetrators knowingly committed the crime, and the perpetrators also knew the consequences of their actions. For the above two theories, the author also agrees with the negligence theory. Today, when the anti-epidemic prevention and control work are vigorously publicized, the public should be aware of the spread of COVID-19 virus and the serious consequences caused by the spread, and at least be overconfident in the harmful consequences.

After briefly expounding the controversial issues in the judicial cognizance of the crime of employing dangerous means to endanger public security and the crime of impairing the prevention and cure of epidemic diseases, the author thinks that Sun Moumou's behavior in the above case constitutes the crime of endangering public safety by dangerous methods. First of all, Sun Moumou is suspected to be a "suspected patient" after being diagnosed by a professional doctor, which accords with the main elements of the crime of employing dangerous means to endanger public security subjectively. Sun Moumou should be aware of the harmful consequences caused by his refusal to accept the epidemic prevention measures and returning to Ji-an by bus. Although he is not actively pursuing the direct intention of causing many people to be isolated for observation, he is at least in a psychological state of *laissez-faire* for the harmful consequences of his behavior, which is indirect intention, and it endangers the safety of the unspecified majority, which conforms to the constitutive requirements of the crime of endangering public safety by dangerous means.

3. Conclusions

In the prevention and control of epidemic situation in COVID-19, we should always adhere to restraint and prudent attitude and implement the criminal policy of combining leniency with severity while severely cracking down, which is a reasonable path that our country must adhere to when dealing with epidemic-related crimes in the face of sudden public health incidents.

The policy of combining leniency with strictness is the basic criminal policy of our country, which runs through the whole process of criminal legislation, criminal justice, and criminal execution. In dealing with epidemic crime, we should adhere to the principle of combining leniency with strictness, be strict in general, and promote the effect of epidemic prevention and control. We should correctly grasp the relationship between leniency and strictness. In accordance with the law, we should severely punish the criminal acts that seriously hinder epidemic prevention and control, such as resisting epidemic prevention and control measures, obstructing official duties, provoking troubles, violently injuring doctors, making fake and selling fakes, driving up prices, defrauding, destroying wildlife resources, etc. At the same time, we should give lenient treatment to mild crimes, which is conducive to resolving social contradictions, relieving social tension under the epidemic situation, and reducing confrontation and enhancing social stability (He Huan Mary 2020, 22). "Leniency" and "Strictness" are relative. For more serious criminal sus-

pects, the authorities can also be lenient according to law within tolerable limits. For criminal suspects who do not gain leniency, they must insist on being cruel according to law. Combining leniency with severity is neither blindly strict nor infinitely lenient. For different crimes, the severity of the penalty should be adapted to the criminal behavior carried out by the perpetrator, so as to ensure the realization of the deterrent power of penalty. Ten batches of Typical Cases issued by the Supreme People's Procuratorate not only give full play to the guiding role, but also deter potential epidemic crimes, which shows social fairness and justice and better serves the overall situation of epidemic prevention and control and social and economic development. These ten batches of "Typical Cases" fully reflect the specific application of the criminal policy of tempering justice with mercy during the epidemic air defense period, and insist on using strict and lenient means to deal with the epidemic crime.

3.1. Adhere to the principle of "strictness" according to law

The unusual nature of the crime determines the unusual nature of criminal policy (Chen Xingliang 2004, 4). Strike hard is regarded as "an extraordinary means of struggle to solve the problem of extraordinary crime" (Xiao Yang 1996, 48). In Guiding Opinions on Handling Criminal Cases during Epidemic Prevention and Control⁴⁴, the Supreme People's Procuratorate pointed out that criminal acts that endanger epidemic prevention and control and seriously disrupt social order should be strictly grasped according to law.

3.1.1. The principle of legality

In the face of epidemic-related crimes, first of all, ten batches of "Typical Cases" have strictly implemented the principle of a legally prescribed punishment for a given crime, and the implementation of the criminal policy of combining leniency with strictness must be based on the law, so as to realize the legality of leniency and strictness. The timely publication of "Opinions" provides a concrete basis for punishing epidemic prevention and control crimes according to law, so that judicial organs can accurately grasp the boundary between crime and non-crime when dealing with epidemic crimes, strictly distinguish the relationship between this crime and the other crime, prevent one-sided strictness, and expand the targets of attack. For example, before the "Opinions" was issued, violations of epidemic prevention and control measures, such as concealing trips and not wearing masks, caused serious risks to the spread of COVID-19, and most of them were still investigated and punished for crimes of endangering public safety by dangerous methods. Opinions clearly stipulate the subject scope of the crime of employing dangerous means to endanger public security and the crime of impairing the prevention and cure of epidemic diseases, which make the application of these two crimes clearer and clearer.

3.1.2. The principle of adapting crime to punishment

Secondly, these ten batches of "Typical Cases" reflect the basic principle of adapting crime and punishments. Art. 5 of the CL stipulates: "The severity of punishment should

⁴⁴ 《关于疫情防控期间办理刑事案件的指导意见》。2020. Accessed March 25, 2021. <http://legal.people.com.cn/n1/2020/0203/c42510-31568183.html>.

be adapted to the crime committed by criminals and the criminal responsibilities they bear”. This is the normative basis for the principle of adapting crime to punishment to assume the role of judicial guidance. Moreover, the principle of adaptation of crime and punishment is the criminal law system with crime and punishment as the core symbol in China, which is enshrined in the basic principle level (Gao Ming Xuan 2019, 19). On the one hand, we should different epidemic-related crimes differently after comprehensively considering the behavior, subjective attitude, harmful consequences, social harmfulness, social impact, and confession and punishment after the crime. On the other hand, “Opinions” also clarified the circumstances of severe punishment. For example, for the first batch, the second batch, and the third batch of “Typical Cases” of crime that hinder social management order, “severely punish the crime of resisting epidemic prevention and control measures according to law”. The legal gist points out that violent attacks on policemen who are performing their duties according to law will be severely punished for crimes of obstructing official duties; as for economic and property crimes, the legal gist of the fourth batch of Typical Cases pointed out that the production and sale of fake and inferior medical equipment are extremely harmful and must be severely punished according to law. The legal gist of the seventh batch of “Typical Cases” points out that those who drive up prices and seek huge profits during the epidemic prevention and control period, which constitutes a crime, shall be given a heavier punishment according to law for the crime of illegal business operation. The legal gist of the fifth batch of “Typical Cases” on the crime of fraud points out that those who swindle property such as disaster relief, medical goods and materials can be severely punished depending on the crime of fraud. Those who use telecommunication networks to defraud the property of the elderly, students in school, or defraud disaster relief, medical materials and other property shall be given heavier punishment as appropriate; for crimes that endanger the resumption of work and production, the criminal acts that hinder the resumption of work and production shall be strictly prosecuted according to law.

3.1.3. Legal procedures

Finally, judicial organs also strictly follow legal procedures when dealing with crimes involving epidemic situation. In the application of coercive measures, if the criminal suspect is a suspected or confirmed patient, in principle, no coercive custodial measures should be taken. First, the original criminal suspect should be treated with medical treatment and then properly handled according to law. For example, Wei Moumou in Laibin City, Guangxi Zhuang Autonomous Region was suspected of obstructing the prevention and treatment of infectious diseases, and Li Moumou in Jinshan District, Shanghai was suspected of obstructing the prevention and treatment of infectious diseases. The suspects were not given compulsory measures for detention. After the periods of recovery or isolation expired, they were punished depending on the law. In terms of procedure, we should strictly protect the basic rights of criminal suspects, strictly abide by the provisions of the Criminal Procedure Law on quick adjudication, summary, ordinary procedures, delivery, notification and other deadlines, minimize the impact of epidemic prevention and control on the efficiency of handling cases, and realize the unity of combating crime and protecting human rights.

3.2. Adhere to the principle of “lenient punishment” according to law

The lenient punishment according to law means that the criminal suspects and defendants who commit minor crimes or have lenient circumstances are treated leniently according to law, so as to minimize social opposites, disintegrate crime and promote social harmony (Wang Wenhua, Yao Shuju 2020, 156). Although criminal behavior during the epidemic prevention and control period always adheres to the overall strictness, it does not exclude leniency according to law, and it can realize the organic unity of legal effect and social effect to the maximum extent.

3.2.1. The system of pleading guilty and accepting punishment with leniency shall be applied according to law

In 2018, with the revision of the Criminal Procedure Law, system of lenient punishment for guilty pleas and punishment was formally established. This system has been widely used in judicial practice since it was established. In epidemic crime in 2020, the system of pleading guilty and lenient punishment was also widely used. Procuratorial organs implement the requirements of prevention and control according to law, and educate and encourage criminal suspects to truthfully confess and repent for minor criminal crime. The applicable rate of the system of pleading guilty and lenient punishment in epidemic cases of procuratorial organs in China is 86,6 %, and the applicable rate of pleading guilty and lenient punishment in epidemic cases of procuratorial organs in some provinces exceeds 90 %⁴⁵. In ten batches of “Typical Cases”, this system was applied in many cases. For example, in the second batch of Typical Cases of Wang’s nuisance of official duties in Renshou County, Sichuan Province, the Renshou County Procuratorate considered that the facts of the case were clear and evidence was true and sufficient. Wang confessed truthfully after arriving at the case and voluntarily pleaded guilty, which met the applicable conditions of the system of pleading guilty and lenient punishment. After the procuratorial organ interrogated, informed the litigation rights, and explained the law, Wang signed the confession and punishment statement and agreed to apply the quick ruling procedure in the presence of the duty lawyer and provided legal assistance. Zhao Moumou in Longyao County, Hebei Province, sought trouble. The judge of the case passed the interpretation of the law. Zhao Moumou pleaded guilty and sincerely repented, voluntarily signed the “Pledge of Confession and Punishment”, and agreed to apply the quick ruling procedure. In the fifth batch of “Typical Cases”, Wu Moumou voluntarily pleaded guilty at Yangchun City, Guangdong Province. Yangchun city Procuratorate decided to apply the System of lenient punishment for guilty plea and punishment to Wu Moumou, and filed a public prosecution with Xiangchun City Court, and suggested that summary procedure should be applied.

3.2.2. The implementation of the judicial concept of less arrest and caution

Less arrest and careful prosecution are also one of the important contents in our criminal policy. “Careful arrest and reduction of arrests” do not mean that criminal sus-

⁴⁵ 《认罪认罚从宽制度：丰富刑事司法与犯罪治理的“中国方案”》。2021。Accessed March 9, 2021. https://www.12309.gov.cn/llzw/jcyksjb/202103/t20210308_511580.shtml.

pects are not arrested. Criminal suspects who should be arrested are arrested. If they are not arrested, this will not be enough to crack down on crime. Of course, “less arrest and caution” doesn’t mean that all criminal suspects should be arrested, and it doesn’t mean that arrest replaces investigation activities, promotes compensation by arrest, or broadens the role of arrest as a coercive measure (Lu Zhiqiang 2017, 7). On the one hand, the implementation of “Careful arrest and reduction of arrests” is an important manifestation of the procuratorial organs actively performing their duties; on the other hand, it can also prevent the occurrence of unjust, false, and wrong cases. To implement the judicial idea of less arrest and caution, first, criminal suspects with minor crime, less social harm, and less subjective malignancy should make a decision not to prosecute according to law, not to arrest them and save judicial resources. For example, in “Typical Cases”, Wang Moumou and Fu Moumou in Huzhou City, Zhejiang Province were suspected of falsely issuing special invoices for value-added tax⁴⁶. The logistics company operated by Wang Moumou was one of the few local logistics enterprises that could resume work after the outbreak of the COVID-19 epidemic, and undertook a number of transportation business of epidemic prevention materials. In order to ensure the smooth logistics of epidemic prevention materials and people’s livelihood products, the court conscientiously implemented the criminal policy of combining leniency with severity, actively applied the system of pleading guilty and accepting punishment with leniency, comprehensively considered the subjective viciousness of Wang Moumou and Fu Moumou, investigated the amount of crime and the objective reality of paying back the taxes involved in the case, and made a decision not to prosecute Wang Moumou and Fu Moumou according to law. After explaining the law and giving targeted education on the rule of law, the criminal suspects were addressed in a timely manner. Second, arrest measures should be used with caution for criminal suspects, the necessity of detention should be examined for criminal suspects who have been arrested, and the compulsory measures should be changed in time for criminal suspects who do not need to be arrested. For those who have taken compulsory measures, the necessity of detention should be examined seriously, and if there is no necessity of detention, the compulsory measures should be changed promptly. In the case of an engineering company in Tianjin and Zhang Moumou suspected of bribery⁴⁷, after Zhang Moumou commissioned a defender to submit a review on the necessity of detention, the procuratorate found that the facts and evidence of Zhang Moumou’s bribery case were clear and fixed, and there was no possibility of destruction, forgery of evidence, collusion, interference with witnesses’ testimony, etc. Moreover, he pleaded guilty and acknowledged punishment, and the change of compulsory measures did not affect the proceedings and did not pose personal danger. At the same time, if Zhang Moumou continues to be detained, it will affect the promotion of municipal key projects undertaken by the company. In order to implement the Opinions of the Central Political and Legal Committee, the Supreme People’s Court, and the Supreme People’s Procuratorate on Legal and Political Organs to Guarantee Resumption of Work and Resumption of Production during Epidemic Prevention and Control according to Law⁴⁸, and to protect the normal development of private

⁴⁶ 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例（第六批）》。2020。Accessed March 5, 2021. https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202003/t20200320_456968.shtml#1.

⁴⁷ 《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例（第六批）》。2020。Accessed May 5, 2020. https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202003/t20200320_456968.shtml#1.

⁴⁸ 《关于政法机关依法保障疫情防控期间复工复产的意见》。2020。Accessed March 31, 2021. http://www.moj.gov.cn/government_public/content/2020-03/02/tzjw_3243029.html.

enterprises, Zhang Moumou was released on bail pending trial after seeking the opinions of the supervisory organs.

References

- Chen, Xingliang, ed. 2004. *China's criminal policy review*. Beijing, Zhōngguó jiǎnchá chūbǎnshè Publ. (In Chinese)
- Gao, Ming Xuan 2019. "General principles of criminal law's Judicial Practice and Improvement". *Journal of National Prosecutor's College* 27 (5): 13–22. (In Chinese)
- Gao, Na, Feng Rui. 2020. "How to identify the crime of illegal business operation involving epidemic disease and driving up prices". *Jiǎnchá ribào* 3. Accessed November 20, 2021. https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/202003/t20200321_457032.shtml. (In Chinese)
- He Huan, Mary. 2020. "Understanding and Application of Criminal Policy of Tempering Justice with Mercy in COVID-19 Epidemic Prevention and Control". *Zhōngguó jiǎncháguān* 8: 22–23. (In Chinese)
- Huang, Huasheng, Li Wenji. 2015. "An analysis of the judicial application of the network-based crime of picking quarrels and provoking trouble". *Xíngfǎ lùncóng* 41 (1): 325–343. (In Chinese)
- Li, Li. 2012. *Judicial cognizance of false advertising crime*. Beijing, Zhōngyāng mínzú dàxué Publ. (In Chinese)
- Li, Xihui. 2007. *A Probe into Criminal Law*. Beijing, Zhōngguó gōngān dàxué chūbǎnshè Publ. (In Chinese)
- Lu, Zhiqiang. 2017. "Some thoughts on the implementation of the criminal policy of 'less arrest and careful arrest' by procuratorial organs". *Rénmín jiǎnchá* 4: 5–7. (In Chinese)
- Ma, Xun, Deng Yuping, Zhang Jie, Xu Li. 2020. "Legal issues of manufacturing and selling fake and shoddy medical masks under the epidemic situation (part 2)". *Shanghai law journal* B05. Accessed November 20, 2021. http://www.shfzb.com.cn/html/2020-03/11/content_902752.html. (In Chinese)
- Qu, Xinjiu. 2013. "New regulations on combating online defamation: A more scientific and reasonable interpretation of criminal law". *Fǎzhì ribào* 7. Accessed November 20, 2021. <http://theory.people.com.cn/n/2013/0912/c40531-22898784.html>. (In Chinese)
- Shan, Min, Li Yingying. 2009. "Research on some problems of the crime of producing and selling fake and inferior products". *Zhōngguó xíng shì fǎ zhì* 4: 52–56. (In Chinese)
- Wang, Tao. 2020. "Analysis and identification of disputes in criminal cases involving epidemic situation". *Shànghǎi gōngān dàxué xuébào* 30 (1): 69–73. (In Chinese)
- Wang, Wenhua, Yao Shuju. 2020. "The application of law and the balance of criminal policy in cases involving epidemic diseases". *Rén mín jiǎn chá* 8: 152–157. (In Chinese)
- Wang, Zhixiang. 2007. "Research on basic problems of amount crime". *Zhōngguó xíngshì fǎ zázhi* 2: 42–51. (In Chinese)
- Xiao, Yang, ed. 1996. *China's criminal policy and strategy*. Beijing, Fǎlǜ chūbǎnshè Publ. (In Chinese)
- Xu, Juan. 2013. "The Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate issued judicial interpretations, setting standards for online illegal activities such as fabricating information-making rumors on the Internet to disturb the order is to seek trouble". *Rénmín ribào* 4. Accessed November 20, 2021. <https://news.12371.cn/2013/09/10/ART11378764249374203.shtml>. (In Chinese)
- Zhang, Kai. 2020. *The cognizance of the crime of endangering public safety by dangerous methods*. Kaifeng, Hénán dàxué Publ. (In Chinese)
- Zhang, Peng. 2020. *Research on the Judicial Determination of the crime of seeking trouble by Internet Rumors*. Beijing, Zhōngguó rénmin gōngān dàxué Publ. (In Chinese)

Received: May 4, 2021

Accepted: December 10, 2021

Authors' information:

Pang Dongmei — Dr. Sci. in Law, Professor; pangdongmei71@163.com

Ma Jiahui — Master Student; 838559531@qq.com

Участие прокурора в гражданском и административном процессе при защите общественных интересов в Китае

Цзя Шаосюе¹, Ли Яо²

¹ Шанхайский университет права и политики,

Китайская Народная Республика, 200333, Шанхай, район Ципу, пр. Вэйцинсун, 7989

² Институт сравнительного правоведения при Китайском политико-правовом университете,

Китайская Народная Республика, 100088, Пекин, район Хайдянь, шоссе Ситучэн, 25

Для цитирования: Цзя Шаосюе, Ли Яо. 2022. «Участие прокурора в гражданском и административном процессе при защите общественных интересов в Китае». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 206–218. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.111>

С быстрым развитием экономики все чаще встречаются случаи нарушения общественных интересов, например загрязнение окружающей среды, возникает проблема безопасности продуктов питания и лекарств, что приводит к нарушению личных прав и огромным потерям имущественных средств большого числа людей. В настоящее время граждане или соответствующие общественные организации неспособны обращаться для решения проблем в суд с иском заявлением, затрагивающим общественные интересы, поэтому необходимо полагаться на органы прокуратуры для защиты общественного порядка и общественных интересов. При исполнении прокурорами соответствующих законодательных актов достигнуты значительные результаты в области защиты общественных интересов, однако возникли проблемы как в гражданском, так и административном судопроизводстве при защите общественных интересов в делах, возбужденных органами прокуратуры. Одна из проблем состоит в том, что данная категория дел касается лишь случаев, указанных в законах, также при осуществлении прокурорского надзора возникают сложности доказывания ущерба общественным интересам и недостатка профессиональных знаний прокуроров. В статье представлена и проанализирована правовая основа участия прокуроров при обращении с иском в защиту общественных интересов в Китае, раскрыты причины фундаментальных проблем. Кроме того, предложены способы совершенствования действующего законодательства и пути решения возникающих проблем с помощью использования современной интеллектуальной судебной системы и соответствующих административных органов в области экологии и окружающей среды, природных ресурсов, продуктов питания и лекарств, защиты прав потребителей и т. д.

Ключевые слова: органы прокуратуры, защита общественных интересов, охрана окружающей среды, безопасность пищевых продуктов, доказывание, искусственный интеллект.

1. Введение

23 октября 2014 г. в Решениях 4-го пленума Центрального комитета Коммунистической партии Китайской Народной Республики (далее — КНР) 18-го созы-

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2022

ва¹ впервые было предложено создать режим участия прокуроров в судебном процессе при защите общественных интересов. В мае 2015 г. Центральная руководящая группа по всестороннему углублению реформы рассмотрела и приняла экспериментальную программу «О реформе судопроизводства в органах прокуратуры при обращении с исками в защиту общественных интересов»², содержащую принципы участия прокуроров в судебном процессе, затрагивающем общественные интересы, порядок рассмотрения дел, затрагивающих общественные интересы, и другие требования. В июле того же года началось применение такой программы на два года в 87 городских прокуратурах и 759 районных прокуратурах. На основании результатов вышеуказанного эксперимента на 28-м заседании Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей 11-го созыва в Гражданский процессуальный кодекс КНР³ и Кодекс административного судопроизводства КНР⁴ (далее — ГПК КНР и КАС КНР) были внесены изменения от 27.06.2017, касающиеся участия прокуроров в гражданском и административном процессе при защите общественных интересов. Верховный суд КНР и Генеральная прокуратура КНР совместно приняли Разъяснение от 23.02.2018 о некоторых вопросах, касающихся применения прокурорами законодательства в судебных делах, связанных с общественными интересами⁵ (далее — Разъяснение). Разъяснение состоит из 4 глав (общее положение, участие прокурора в гражданском процессе при защите общественных интересов, участие прокурора в административном процессе при защите общественных интересов и дополнительное положение) и 27 статей. Также 23.04.2019 на 10-м заседании Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей 13-го созыва было внесено дополнение в Закон КНР о прокурорах⁶, принятый 28.02.1995 на 12-м заседании Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей 8-го созыва: в ст. 7 «Полномочия прокуроров» внесен п. 3: «...осуществлять работу по участию в судебных процессах при защите общественных интересов».

Обобщая опыт судебной практики за последние годы, можно отметить, что ценность режима участия прокуроров в гражданском и административном процессах при защите общественных интересов постепенно повышалась. Надзор за выполнением административными органами своих обязанностей в соответствии с законом и их эффективностью при защите общественных интересов и законных

¹ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》[Решения Центрального комитета Коммунистической партии Китая по нескольким основным вопросам, касающимся всестороннего продвижения верховенства закона]. Дата обращения 19 июня, 2021. https://www.cccps.gov.cn/xytt/201812/t20181212_123256.shtml.

² 《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》[Экспериментальная программа «О реформе судопроизводства в органах прокуратуры при обращении с исками в защиту общественных интересов»]. Дата обращения 20 июня, 2021. https://www.spp.gov.cn/zdgz/201507/t20150703_100706.shtml.

³ 《中华人民共和国民事诉讼法》[Гражданский процессуальный кодекс КНР]. Дата обращения 23 июня, 2021. https://www.spp.gov.cn/spp/fl/201802/t20180201_363882.shtml.

⁴ 《中华人民共和国行政诉讼法》[Кодекс административного судопроизводства КНР]. Дата обращения 23 июня, 2021. https://www.spp.gov.cn/spp/fl/201802/t20180207_365256.shtml.

⁵ 《最高人民法院 最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》[Разъяснение о некоторых вопросах, касающихся применения прокурорами законодательства в судебных делах, связанных с общественными интересами]. Дата обращения 20 июня, 2021. https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202012/t20201230_504430.shtml#2.

⁶ 《中华人民共和国检察官法》[Закон КНР о прокурорах]. Дата обращения 23 июня, 2021. <https://www.jcy.gz.gov.cn/xgcsxfzl/1122.jhtml>.

прав народа внес значительный вклад в гарантию строительства экологической цивилизации и безопасность питания продуктов и лекарств. Видя достижения и прогресс, важно также признать, что судебный процесс в области защиты общественных интересов все еще является новым делом по сравнению с другими областями судебного процесса и столкнется с новыми проблемами и вызовами по мере развития. Рассмотрим ряд особенностей участия прокуроров в гражданском и административном процессе при защите общественных интересов.

2. Основное исследование

2.1. Правовая основа участия прокуроров в судебных процессах, касающихся защиты общественных интересов, и форма их участия

Действующая правовая основа участия прокуроров в судебных процессах при защите общественных интересов в Китае главным образом состоит из следующих норм: ст. 55 ГПК КНР⁷, п. 4 ст. 25 КАС КНР⁸, вышеуказанного Разъяснения Верховного суда КНР и Генеральной прокуратуры КНР, а также ст. 25 Закон КНР о защите (памяти) павших героев⁹.

⁷ Статья 55 ГПК КНР: «В случае загрязнения окружающей среды, ущемления законных прав и интересов многих потребителей и совершения других действий, наносящих ущерб общественным интересам, органы и соответствующие организации, предусмотренные в законе, могут обращаться с исками в народные суды. В случае выявления народными прокуратурами при исполнении своих полномочий действий, наносящих ущерб экологической среде и охране ресурсов, ущемляющих законные права и интересы многих потребителей в сфере безопасности пищевых продуктов и лекарственных средств, а также иных действий, наносящих ущерб общественным интересам, они вправе обращаться с исками в народные суды при отсутствии органов и организаций, указанных в предыдущем пункте, или при отказе органов и организаций, указанных в предыдущем пункте, от обращения с исками в суды. В случае обращения с исками в суды органами или организациями, указанными в предыдущем пункте, народные прокуратуры могут оказывать поддержку» («中华人民共和国民事诉讼法》 [Гражданский процессуальный кодекс КНР]. Дата обращения 23 июня, 2021. http://www.moj.gov.cn/Department/content/2018-12/25/357_182594.html).

⁸ Пункт 4 ст. 25 КАС КНР: «Если в ходе исполнения своих полномочий народные прокуратуры выявляют, что административные органы, осуществляющие надзор и управление в таких сферах, как охрана экологической среды и ресурсов, безопасность пищевых продуктов и лекарственных средств, охрана государственного имущества, предоставление права пользования землями, которые находятся в государственной собственности, и в других сферах осуществляют свои полномочия с нарушением закона или бездействуют, что приводит к ущемлению государственных или общественных интересов, то они должны вносить в административные органы соответствующие акты прокурорских реагирований, призывающие их исполнять свои обязанности в соответствии с законом. Если административные органы не выполняют свои обязанности, народные прокуратуры вправе обращаться с исками в народные суды в соответствии с законом» («中华人民共和国行政诉讼法》 [Кодекс административного судопроизводства КНР]. Дата обращения 23 июня, 2021. https://www.spp.gov.cn/spp/fl/201802/t20180207_365256.shtml).

⁹ Статья 25 Закона КНР о защите (памяти) павших героев: «1. Близкие родственники павших героев в соответствии с законом могут обращаться с исками в народные суды за действия, посягающие на имена, изображение, честь и достоинство павших героев. 2. Если у павших героев нет близких родственников или если близкие родственники отказываются обращаться с исками в народные суды, органы прокуратуры вправе обращаться с исками в народные суды в соответствии с законом в отношении действий, посягающих на имя, изображение, честь и достоинство павших героев и наносящих ущерб общественным интересам. 3. При выявлении в ходе исполнения служебных обязанностей отделом по павшим героям (памяти павших героев) и другими соответствующими отделами действий, указанных в п. 1, если нужно обращение органов прокуратуры с исками в народные суды,

В области гражданского судопроизводства по искам в защиту общественных интересов в ГПК КНР четко установлены порядок органов и соответствующих организаций, предусмотренных в законе, и органов прокуратуры при обращении в суд в гражданском процессе в защиту общественных интересов. Иными словами, органы и соответствующие организации, предусмотренные в законе, имеют приоритетный статус для обращения с иском в суд, в данном случае органы прокуратуры могут лишь оказывать содействие и поддержку для них, но не напрямую участвовать в судебном разбирательстве. Если отсутствуют вышеуказанные органы и организации или если они существуют, но не инициируют судебный процесс, органы прокуратуры могут инициировать судебный процесс в качестве дополнительного истца. По этому поводу в ст. 13 Разъяснения уточнено, что в случае выявления народными прокуратурами при исполнении своих полномочий действий, наносящих ущерб экологической среде и охране ресурсов, ущемляющих законные права и интересы многих потребителей в сфере безопасности пищевых продуктов и лекарственных средств, а также иных действий, наносящих ущерб общественным интересам, надлежит проводить публичное объявление о заключении под стражу в соответствии с законом сроком на 30 дней. Если срок объявления истекает, а предусмотренные законом органы и соответствующие организации не обращаются с исками в суды, то органы прокуратуры могут возбудить дело в народном суде. В сфере защиты чести и достоинства павших героев в связи с особым характером чести этих лиц в ст. 25 Закона КНР о защите (памяти) павших героев установлен первоочередной порядок обращения в суд их близких родственников, а при отсутствии таковых органы прокуратуры являются законным истцом для инициирования судебного процесса в общественных интересах.

По сравнению с гражданским судопроизводством при защите общественных интересов в административном судопроизводстве, с одной стороны, круг дел, затрагивающих общественные интересы, в защиту которых могут обратиться представители прокуратуры, шире и включает сферы охраны экологической среды и ресурсов, безопасности пищевых продуктов и лекарственных средств, охраны государственного имущества, предоставления права пользования землями, которые находятся в государственной собственности, и т. д. С другой стороны, объект административного судопроизводства также более однороден, т. е. в основном оно направлено на незаконные действия (бездействие) административных органов, и согласно ст. 25 КАС КНР орган прокуратуры является единственным правомочным истцом для возбуждения административного судопроизводства, касающегося защиты общественных интересов. В судебной практике также встречается гражданский иск в защиту общественных интересов, а в административном судопроизводстве — в защиту общественных интересов. Например, народная прокуратура г. Хух-Хото возбуждала дело против Бюро лесного хозяйства района Сайхан с гражданским иском в защиту общественных интересов в связи с тем, что Бюро лесного хозяйства района Сайхан не выполнило свои обязанности в соответствии с законом, в результате чего сотни акров государственных лесных угодий, находя-

данные отделы должны сообщать об этом в органы прокуратуры» («中华人民共和国英雄烈士保护法» [Закон КНР о защите (памяти) павших героев]. Дата обращения 21 июня, 2021. http://www.zunyi.gov.cn/zwgk/zdlygk/twjrsw/ylyb/202104/t20210408_3674).

шихся под его контролем и управлением, были серьезно повреждены компанией Hubei Tuolin Construction and Installation Engineering Co., Ltd.¹⁰

Что касается гражданского иска в защиту общественных интересов в уголовном процессе, когда органы прокуратуры в ходе возбуждения уголовных дел привлекают к уголовной ответственности правонарушителей и одновременно взыскивают ущерб, причиненный общественным интересам, то ст. 20 Разъяснения предусматривает: в случае возбуждения народными прокуратурами уголовных дел о взыскании убытков, причиненных окружающей среде, и о защите прав и законных интересов многих потребителей в сфере безопасности пищевых продуктов и лекарственных средств, а также иных действиях, наносящих ущерб общественным интересам, гражданские иски могут подаваться в защиту общественных интересов в народные суды совместно и рассматриваться одним и тем же народным судом. Судебная практика в уголовном процессе с гражданским иском в защиту общественных интересов в основном сосредоточена на защите экологических ресурсов и безопасности продуктов питания и лекарств; в качестве примеров можно привести дело против Changzhou Dingmei Decoration Material Co., Ltd. и гражданина Ли Шейбинь о загрязнении окружающей среды¹¹ и дело против гражданина Чжан Чжэнь о производстве и продаже продуктов питания, не соответствующих стандартам безопасности питания¹².

Авторы настоящей статьи проанализировали результаты работы органов прокуратуры за последние годы и заметили следующее. Во-первых, количество дел быстро растет; с января по ноябрь 2018 г., т. е. вскоре после внесения изменений в ГПК и КАС, органами прокуратуры по всей стране было подано в общей сложности 89 523 иска о защите общественных интересов¹³. Во-вторых, постепенно расширялся круг дел, затрагивающих общественные интересы в судопроизводстве, в защиту которых могут обратиться представители прокуратуры. В 2012 г., когда была создана система судебных разбирательств в общественных интересах, формы участия прокуроров в судебных процессах при защите общественных интересов были в основном сосредоточены на гражданском судопроизводстве. Однако в настоящее время существуют и гражданский, и административный процесс, направленные на защиту общественных интересов, а также административный процесс с гражданским иском и уголовный процесс с гражданским иском. Круг дел постепенно расширяется от первоначальной области защиты окружающей среды до области экологических ресурсов, продуктов питания и лекарств, предоставления права пользования землей, которая находится в государственной собственности, защиты павших героев и др. (Цао Миндэ 2020, 119).

¹⁰ Дело № 2017. 内01行初142号. Дата обращения 24 июня, 2021. https://www.spp.gov.cn/djcdt/201711/t20171116_204855.shtml.

¹¹ Дело № 2019. 苏04刑终60号. Дата обращения 24 июня, 2021. <http://www.faxin.cn/lib/cpal/AlyzContent.aspx?isAlyz=1&gid=C1377620&userinput=>.

¹² Дело № 2020. 豫0721刑初230号. Дата обращения 24 июня, 2021. <http://wenshu.faxin.cn/wenshu/page/detail.html?uniqid=3cea407a-24b0-46d7-dee8-b464035b9168&backurl=http://www.faxin.cn/>.

¹³ Данные来源于《全国检察机关共办公益诉讼案件2018年工作总结》[Данные из Обзора судебных дел в защиту общественных интересов, поданных органами прокуратуры за 2018 г.]. Дата обращения 24 июня, 2021. https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/201812/t20181226_403577.shtml.

2.2. Проблемы законодательства, регулирующие вопросы участия прокуроров в судебных процессах при защите общественных интересов

Органы прокуратуры имеют преимущества для защиты общественных интересов в связи с их полномочиями по надзору за соблюдением исполнения законов, принятию мер по предотвращению, устранению и пресечению нарушений закона. Такие полномочия эффективны и удобны для улучшения разрешения споров, однако в связи с большим количеством лиц, вовлеченных в судебные процессы, касающиеся защиты общественных интересов, и сложностью дел на практике возникли некоторые проблемы.

2.2.1. Узкий круг дел в защиту общественных интересов

Круг дел, затрагивающих в судебных процессах общественные интересы, в защиту которых могут обратиться представители прокуратуры, определяет степень прокурорского надзора за соблюдением прав и свобод человека и гражданина и за исполнением законов администрациями органов и учреждений, а также то, в какой степени общественные интересы могут быть защищены посредством прокурорского надзора (Ван Ваньхуа 2018, 97). В докладе Генерального прокурора Генеральной прокуратуры Чжан Цзюня от 23.10.2019 о работе Генеральной прокуратуры по судебным разбирательствам в общественных интересах подчеркивается, что с июля 2017 по сентябрь 2019 г. органы прокуратуры возбудили 118 012 судебных дела по защите общественных интересов в сфере охраны экологической среды и ресурсов, 71 464 судебных дела в сфере безопасности продуктов питания и лекарств, 20 363 судебных дела в сфере охраны государственного имущества, 4826 судебных дел в сфере предоставления права пользования землями, которые находятся в государственной собственности, и 75 судебных дел в сфере защиты прав павших героев¹⁴. Из приведенных данных видно, что на практике судебное судопроизводство, касающееся защиты общественных интересов, возбужденное органами прокуратуры, ограничивается лишь сферами дел, указанных в законах, например делами об экологических ресурсах, продуктах питания и лекарствах. Заметим: количество дел, связанных с общественными интересами, относящимися к экологическим ресурсам, продуктам питания и лекарствам, слишком велико по сравнению с количеством дел по защите прав павших героев.

Причина заключается в том, что в действующем законодательстве полномочия прокуроров по разрешению споров в общественных интересах в основном закреплены в п. 2 ст. 55 ГПК КНР и п. 4 ст. 25 КАС КНР, несмотря на то что круг дел в этих статьях четко определен, некоторые типы дел, которые могут возбуждаться органами прокуратуры, указаны как «совершение других действий» или действий «в других сферах», этот перечень открыт, но на практике органы прокуратуры не обращают внимания на другие виды дел. Более того, в связи со многими новыми типами правоотношений само понятие «общественные интересы» еще не опреде-

¹⁴ 数据来源于《最高人民法院关于开展公益诉讼检察工作情况的报告》[Данные из Доклада о работе Генеральной прокуратуры по судебным разбирательствам в общественных интересах]. Дата обращения 25 июня, 2021. https://www.12309.gov.cn/llzw/yw/201910/t20191024_436143.shtml.

лено в китайской юридической теории. Хотя термин «общественные интересы» часто встречается в Конституции¹⁵ и во многих законах и нормативных правовых актах, на законодательном уровне отсутствует четкое и конкретное его определение. Отсутствие ясности в вышеупомянутых правовых положениях затрудняет участие органов прокуратуры в судебных процессах, направленных на защиту общественных интересов.

Есть и много других категорий дел, нарушающих общественные интересы, например недавнее дело о велосипедных стартапах в Китае в 2017 г.¹⁶ Некоторые компании не сумели вернуть залоги всем клиентам и просто обанкротились, что стало новым типом дел, нарушающих общественные интересы. Поэтому круг дел в защиту общественных интересов прокурорами нуждается в дальнейшем уточнении в законодательстве.

2.2.2. Сложности доказывания ущерба общественным интересам и недостатка профессиональных знаний прокуроров

Ввиду значительного отличия доказательной способности органов прокуратуры и от гражданина, и организаций в целом в судебном процессе, направленном на защиту общественных интересов, органы прокуратуры обязаны нести бремя доказывания и имеют право проводить расследование и собирать доказательства (Ли Чэн, Чжао Вэйган 2018, 58). Так, ст. 6 Разъяснения устанавливает, что при возбуждении судебных дел, затрагивающих общественные интересы, народные прокуратуры вправе проводить расследование и собирать доказательственные материалы от соответствующих административных органов, а также других организаций и граждан; соответствующие административные органы, а также другие организации и граждане должны содействовать в этом, если необходимо применять меры по сохранению доказательств, осуществляемые согласно положениям АПК КНР и КАС КНР. Согласно ст. 14 Разъяснения, когда органы прокуратуры возбуждают гражданский судебный процесс в защиту общественных интересов, они должны представить предварительные доказательства того, что действия ответчика нанесли ущерб общественным интересам. Причем стандарт предварительного доказательства здесь неясен: в соответствующих положениях не определено, как прокуратура сможет доказать, что общественным интересам был нанесен ущерб, чтобы можно было считать, что она выполнила необходимые предварительные действия по доказыванию. По большинству дел об экологическом и природоохранном ущербе трудно доказать наличие, степень и неизбежность ущерба без профессиональной оценки экологического и природоохранного ущерба, а прокуратура не имеет опыта и специалистов в некоторых областях, связанных с общественными интересами, например касающихся экологических ресурсов. Так, предотвращение и контроль загрязнения окружающей среды требуют специальных знаний и профессионалов: выявление и устранение загрязнения атмосферы, воды, почвы, выявление и устранение шума, электромагнитного излучения, радиоактивного и опас-

¹⁵ 《中华人民共和国宪法》 [Конституция КНР]. Дата обращения 26 июня, 2021. http://www.xinhuanet.com/politics/2018lh/2018-03/22/c_1122572202.htm.

¹⁶ Дело № 2018. 粵01破12-1号. Дата обращения 12 марта, 2022. https://m.chinairn.com/hyzx/20190702/092728121.shtml?ivk_sa=1024320u.

ного химического загрязнения и экологического ущерба относятся к вопросам узкой специализации, а расследование и сбор доказательств в этих случаях также более сложны и требуют соответствующего оборудования и технических экспертов. Органы прокуратуры не имеют профессиональных преимуществ в этих областях. Если невозможность доказать ущерб используется в качестве причины для прекращения преследования прокуратурой, то это явно не способствует защите общественных интересов в экологической области.

2.3. Совершенствование режима судебного процесса, возбужденного органами прокуратуры в целях защиты общественных интересов, в законодательстве и на практике

2.3.1. Расширение круга дел, в защиту которых могут обращаться представители прокуратуры

Именно в связи с установлением в законе открытого перечня сфер участия прокуроров в упоминаемых делах органы прокуратуры при осуществлении своих полномочий всегда придерживались принципа «для государственных органов и должностных лиц запрещено все, что прямо не предусмотрено законом»; долгое время органы прокуратуры придавали большое значение сфере борьбы с коррупцией, должностным преступлениям и другим уголовным делам и не имеют достаточного представления о важности гражданских и административных дел. Кроме того, в прокуратурах штат отделов гражданского и административного судопроизводства также меньше, чем штат отделов уголовного судопроизводства, особенно в прокуратурах нижнего уровня, которые проводят большую практическую работу — расследование и сбор доказательств в гражданском и административном судопроизводстве в общественных интересах. Соответственно, органы прокуратуры не обращали внимания на дела, не входящие в перечень, и даже само понятие «общественные интересы» в законе четко не определено, что делает правовое основание для осуществления прокурорского надзора более неоднозначным. Цзян Минъань предполагает, что, помимо дел, четко предусмотренных АПК КНР и КАС КНР, в законе установлено, что судебные процессы в защиту общественных интересов могут быть возбуждены и в других областях. Как правило, в таких областях, как нарушение прав и интересов потребителей, прав и интересов работников, существует недобросовестная конкуренция в промышленности и в сфере права интеллектуальной собственности. Также автор статьи отмечает, что в рамках административного судопроизводства круг дел, направленных на защиту общественных интересов, предусмотренных законом, должен быть расширен, а органы прокуратуры должны сосредоточиться на надзоре за сферами общественной безопасности, сноса жилья и изъятия земли для государственных нужд и др. в дополнение к четырем сферам, в настоящее время указанным в законе, проверяя их на предмет нарушений закона или бездействия административных органов (Цзян Минъань 2016). Ли Вэй и Линь Сянчжи считают, что к указанным сферам можно добавить нарушения прав слабозащищенных групп населения, таких как женщины и дети, и проблемы защиты культурного наследия, включая материальное и нематериальное культурное наследие (Ли Вэй, Линь Сянчжи 2018, 108).

Авторы настоящей статьи полагают, что участие прокуроров в судебном процессе, направленном на защиту общественных интересов, призвано устранить пробел в управлении, ущемляющий общественные интересы, и эффективно задействовать эффективность правосудия в обеспечении общественных интересов. В Гражданском кодексе КНР¹⁷, вступившем в силу 01.01.2021, 11 раз встречаются выражения «общественные интересы» или «общественные интересы общества», в том числе: «в общественных интересах осуществляется постоянное изъятие или временная реквизиция недвижимого или движимого имущества» (ст. 117); «субъекты гражданских правоотношений не вправе злоупотреблять гражданскими правами в целях причинения вреда общественным интересам» (ст. 132); «органы регулирования рыночной деятельности... несут ответственность за осуществление контроля и проведение разбирательств по фактам использования лицами договоров для причинения вреда государственным интересам и общественным интересам» (ст. 534); «при сообщении новостей, общественном обсуждении и подобных действиях в общественных интересах допускается...» (ст. 999); «при ведении медицинской и научной деятельности... не допускаются причинение вреда здоровью человека, нарушение этики и морали, причинение вреда общественным интересам» (ст. 1009) и т. д. Таким образом, чтобы решить проблему узкого круга дел о защите общественных интересов с участием прокуроров на практике, нужно внести в Гражданский кодекс КНР и соответствующие процессуальные кодексы изменение, касающееся ссылок на нормы других нормативных правовых актов о защите общественных интересов, и дать законодательное определение термина «общественные интересы», чтобы органы прокуратуры в процессе исполнения своих полномочий поняли, какие интересы должны защищать.

2.3.2. Использование умной судебной платформы для доказательств и взаимодействия органов прокуратуры Китая с другими органами

Сталкиваясь с проблемой сложности доказывания ущерба общественным интересам и с недостатком профессиональных знаний прокуроров, следует усилить связь и сотрудничество в получении доказательств не только внутри органов прокуратуры — между отделом по защите общественных интересов и следственным отделом и между органами прокуратуры на верхнем и нижнем уровнях. Органы прокуратуры также должны обмениваться информацией с соответствующими административными органами в области экологии и окружающей среды, природных ресурсов, продуктов питания и лекарств, защиты прав потребителей и т. д. В то же время некоторые каналы общественного мнения могут использоваться для выявления правонарушений, связанных с общественными интересами во всех аспектах. Для сотрудничества в этих областях необходима помощь искусственного интеллекта.

В апреле 2018 г. Верховный народный суд опубликовал «Отчет об оценке строительства умных судов за 2017 г.»¹⁸, в котором указывалось, что такие суды соз-

¹⁷ 《中华人民共和国民法典》 [Гражданский кодекс КНР]. Дата обращения 20 июня, 2021. <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml>.

¹⁸ 《智慧法院建设评价报告 (2017 年)》 [Отчет об оценке строительства умных судов за 2017 г]. Дата обращения 21 июня, 2021. <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-89462.html>.

даны по всей стране. Например, в 2017 г. Высший народный суд Шанхая создал платформу «Шанхайская интеллектуальная вспомогательная судебная система рассмотрения уголовных дел». Система включает в себя 26 функций и 88 подфункций, в том числе: руководство по стандарту доказательств; анализ и оценка достоверности и достаточности доказательств по всему делу; электронная передача материалов; предсудебное совещание; автоматическое показывание сотрудникам аналогичных дел; контроль процедуры рассмотрения дела; аудио- и видеозапись в целом судебном процессе и т. д. Также система включает следующие базы больших данных: 1039 баз, касающихся стандартов доказательства, 22,1 млн документов по судебным решениям и определениям, 1,46 млн законов и нормативных актов и т. д. (Цуй Ядун 2018, 94). Данная система создана в основном для сбора и классификации доказательств. В ней содержится перечень доказательств по аналогичным делам, а также требования к отдельным доказательствам по форме и содержанию, что дает возможность понять, какие доказательства и каким образом нужно собирать в отношении различных видов дел. Например, при загрузке материалов дела через интернет интеллектуальная система автоматически объединяет соответствующие законы и нормативные акты и список доказательств по предыдущим аналогичным делам, автоматически подсказывает сотрудникам, каких доказательных материалов не хватает в деле, тем самым изначально решая проблему нечеткого применения доказательств и нарушений в поведении прокурорского персонала при возбуждении дел. Исходя из текущей практики, интеллектуальная вспомогательная судебная система реализовала функцию электронной передачи материалов дела, а также наладила взаимосвязь и обмен информацией между органами общественной безопасности, прокуратуры и судами. Система делает процесс доказывания видимым, управляемым и контролируемым; от возбуждения дела до окончания судебного процесса введенные доказательства можно своевременно изучать, проверять и оценивать. Однако поскольку система находится на начальной стадии развития, а некоторые дела конфиденциальны, в настоящее время ее используют только вышеупомянутые три органа. В будущем может быть создана новая аналогичная специальная система искусственного интеллекта для дел, затрагивающих общественные интересы, и может быть открыт доступ для органов охраны окружающей среды, органов безопасности пищевых продуктов и органов защиты прав потребителей и т. д. Когда прокуроры столкнутся с соответствующими профессиональными проблемами, они смогут загружать в систему видео, фотографии, отчеты и другие материалы, чтобы своевременно связываться с различными органами онлайн. Также можно сделать так, что граждане смогут сообщать о фактах правонарушений, напрямую загружать в систему для органов прокуратуры видео и фотографии действий, наносящих ущерб общественным интересам, чтобы в определенной степени компенсировать недостаток получения органами прокуратуры соответствующей информации в судебных процессах, связанных с общественными интересами. Даже если прокурор вводит в систему экологические данные завода, система может автоматически обнаружить правовые документы о стандарте качества окружающей среды в этом районе и автоматически определить, превышены ли стандарты, а также своевременно представить экологический отчет, который отдел охраны окружающей среды раньше составил по заводу.

Но суть установления фактов заключается не в выявлении и восприятии доказательств, а в их сочетании для определения фактов. Процесс доказывания содержит множество форм аргументации, но перед лицом множества доказательств нет ничего более важного, чем поиск причинно-следственных связей между ними и установление обоснованных фактов (Ли Чжэн 2020, 123). Чтобы избежать судебной ошибки, искусственный интеллект используется только для сбора доказательств и представления процессов аргументации прокурорам и судье в наглядной и логичной форме. Окончательный вывод все равно делает судья с учетом достоверности и достаточности всех доказательств.

3. Выводы

Участие прокуроров в судебных процессах, связанных с общественными интересами, должно учитывать множество факторов. В гражданском судопроизводстве по делам, затрагивающим общественные интересы, прокуратура выступает в качестве истца или оказывает дополнительную поддержку. Однако в административном судопроизводстве положение прокуратуры гораздо сложнее. Административное правоотношение усиливает противостояние между административным органом и прокуратурой, и это противостояние и спор между двумя сторонами в конечном счете рассматривается судебными органами. Эти противоречивые отношения между административным органом и прокуратурой отличаются от предыдущих, т. е. происходит переход от отношений сотрудничества между государственными органами к состязательным отношениям между истцом и ответчиком в судебном процессе.

Таким образом, продвижение судебного процесса в общественных интересах является важной задачей для прокуратуры в настоящее время и в будущем. Необходимо в соответствии с потребностями социально-экономического развития Китая и с учетом фактической ситуации, касающейся судебных процессов, связанных с общественными интересами, как можно скорее усовершенствовать законодательство, расширять круг дел, затрагивающих в гражданском и административном процессах общественные интересы, в защиту которых могут обратиться представители прокуратуры. В случае, когда правонарушения трудно доказать из-за недостаточной способности прокуратуры получать доказательства и недостаточной квалификации прокуроров в областях контроля окружающей среды, безопасности продуктов и др., необходимо гарантировать своевременную координацию и сотрудничество между органами прокуратуры и другими ведомствами, а также использовать современную интеллектуальную судебную систему и другие технологии искусственного интеллекта, что поможет улучшить эффективность работы органов прокуратуры.

Библиография

王万华: 《完善检察机关提起行政公益诉讼制度的若干问题》, 载《法学杂志》2018年第1期, 第96-108页。 [Ван, Ваньхуа. 2018. «Некоторые вопросы совершенствования административного судопроизводства в общественных интересах по инициативе органов прокуратуры». *Правовой журнал* 1: 96–108].

- 李成, 赵维刚: 《困境与突破: 行政公益诉讼线索发现机制研究》, 载《四川师范大学学报》2018年第4期, 第54–61页。[Ли, Чэн, Чжао Вэйган. 2018. «Проблема и путь решения: исследование механизма выявления административных правоотношений в судебных процессах в общественных интересах». *Вестник Сычуаньского педагогического университета* 4: 54–61].
- 李伟, 林仙芝: 《对行政公益诉讼的若干思考——以公益诉讼司法解释第26条的理解为视角》, 载《人民司法》2018年第22期, 第107–111页。[Ли, Вэй, Линь Сянчжи. 2018. «Некоторые размышления об административном судопроизводстве в общественных интересах — взгляд на понимание статьи 26 Разъяснения о некоторых вопросах, касающихся применения прокурами законодательства в судебных делах, связанных с общественными интересами». *Народное правосудие* 22: 107–111].
- 栗峥: 《人工智能与事实认定》, 载《法学研究》2020年第1期, 第117–133页。[Ли, Чжэн. 2020. «Искусственный интеллект и установление фактов». *Исследование в области юриспруденции* 1: 117–133].
- 姜明安: 《完善立法、推进检察机关对行政违法行为的监督》, 载《检察日报》2016年3月7日第3版。[Цзян, Минъань. 2016. «Совершенствование законодательства и содействие надзору за административными нарушениями со стороны органов прокуратуры». *Ежедневная газета о прокуратуре* 7 марта. Дата обращения: 25 июня, 2021. https://www.spp.gov.cn/llyj/201603/t20160307_113859.shtml].
- 崔亚东: 《司法科技梦: 上海刑事案件智能辅助办案系统的实践与思考》, 《人民法治》2018年第18期, 第92–97页。[Цуй, Ядун. 2018. «Мечта о судебной технологии: практика и размышления о шанхайской интеллектуальной вспомогательной судебной системе рассмотрения уголовных дел». *Народное право* 18: 92–97].
- 曹明德: 《检察院提起公益诉讼面临的困境和推进方向》, 载《法学评论》2020年第1期, 第118–125页。[Цао, Миндэ. 2020. «Дилемма, с которой сталкивается прокуратура при возбуждении дел в защиту общественных интересов, и направление продвижения». *Юридическое обозрение* 1: 118–125].

Статья поступила в редакцию 12 июля 2021 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Цзя Шаоюе — д-р юрид. наук; ys02302041@126.com

Ли Яо — докторант; 245259947@qq.com

Prosecutor's participation in civil and administrative proceedings in defense of public interests in the China

Jia Shaohue¹, Li Yao²

¹ Shanghai University of Political Science and Law,
7989, Wai Qingsong Road, Qingpu District, Shanghai, 200333, China

² Institute of Comparative Law, China University of Political Science and Law,
25, Xitucheng Road, Haidian District, Beijing, 100088, China

For citation: Jia Shaohue, Li Yao. 2022. "Prosecutor's participation in civil and administrative proceedings in defense of public interests in the China". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 206–218. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.111> (In Russian)

With the rapid development of the economy, violations of public interest, such as environmental pollution, and food and drug safety issues, are increasingly occurring, resulting in the violation of personal rights and enormous losses of property assets for a large number of people. At present, citizens or relevant public organizations are unable to take legal action affecting the public interest to resolve problems, so it is necessary to rely on the prosecution authori-

ties to protect public order and the public interest through the exercise of their prosecutorial powers. The implementation of relevant legislation by prosecutors has achieved considerable results in favor of the protection of public interests, but problems have accordingly arisen in both civil and administrative proceedings for the protection of public interests brought by prosecution authorities. One set of problems is the limitation only to areas of cases specified in law, making the range of cases is narrow; the implementation of prosecutorial supervision leading to difficulties in proving damage to the public interest; and prosecutors' lack of professional knowledge. The article presents and analyzes the legal framework for prosecutors' involvement in public interest litigation in China and reveals the causes of the fundamental problems; and suggests ways to improve the current legislation and ways to solve the problems arising by using a modern intelligent judicial system and with the help of relevant administrative authorities in the field of environment and environmental protection, natural resources, food and medicine, consumer protection, and so on.

Keywords: prosecutors, public interest protection, environmental protection, food safety, evidence, artificial intelligence.

References

- Cao, Mingde. 2020. "The dilemma and direction for advancing public interest litigation by the procuratorate". *Fa xue ping lun* 1: 118–125. (In Chinese)
- Cui, Yadong. 2018. "Judicial technology dream: Practice and reflections on Shanghai's intelligent assisted case management system for criminal cases". *Ren min fa zhi* 18: 92–97. (In Chinese)
- Jiang, Ming'an. 2016 "Improving legislation and promoting supervision of administrative violations by procuratorial organs". *Jian cha ri bao* March 7. Accessed June 25, 2021. https://www.spp.gov.cn/llyj/201603/t20160307_113859.shtml. (In Chinese)
- Li, Cheng, Zhao Weigang. 2018. "Dilemmas and breakthroughs: a study on the discovery mechanism of administrative public interest litigation clues". *Si chuan shi fan da xue xue bao* 1: 54–61. (In Chinese)
- Li, Wei, Lin Xianzhi. 2018. "Some reflections on administrative public interest litigation — a perspective on the understanding of Article 26 of the Judicial Interpretation of Public Interest Litigation". *Ren min si fa* 22: 107–111. (In Chinese)
- Li, Zheng. 2020. "Artificial intelligence and fact finding". *Fa xue yan jiu* 1: 117–133. (In Chinese)
- Wang, Wanhua. 2018. "Some problems of improving the administrative public interest litigation system initiated by procuratorial organs". *Fa xue za zhi* 1: 96–108. (In Chinese)

Received: July 12, 2021
Accepted: December 10, 2021

Authors' information:

Jia Shaoxue — Dr. Sci. in Law; ys02302041@126.com
Li Yao — PhD Student; 245259947@qq.com

Cryptocurrencies and crypto-assets in the Italian and EU perspective

R. Lener

University of Rome Tor Vergata,
50, Via Cracovia, Roma (RM), 00133, Italy

For citation: Lener, Raffaele. 2022. "Cryptocurrencies and crypto-assets in the Italian and EU perspective". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 219–229.
<https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.112>

The article provides a first critical exam of the approach taken by EU Regulators and Courts regarding cryptoactivities. The purpose of this analysis is to see if a new European regulation on "encrypted" financial services will really be born. The analysis begins with the definition and regulation of Cryptocurrencies, the best of which are probably found in the opinions of supervisory and regulatory bodies. Italian courts dealing with this difficult subject show uncertainty among assets (*beni*), money (*valuta*), and financial products. Today the reflection of both Regulators and Courts is expanding from cryptocurrencies to the wider and even more indefinite area of the so-called crypto-assets. In this regard, the most recent and important element is given by the European Commission Proposal of September 24, 2020, concerning regulation of crypto-asset markets (Regulation on Markets in Crypto-assets, MiCA). The proposed regulation should apply to crypto-asset issuers, as well as to providers of crypto-asset services on the territory of the European Union. Also in this case, the definition of "crypto-asset" is crucial. New rules provide a fairly generic definition as "digital representations of value or rights that can be transferred or stored electronically using distributed ledger or similar technologies". To obviate the vagueness of the definition, the only possibility seems to be moving by subtraction, i. e., listing a series of "tools" to which the proposed regulation does not apply, even though these may fall, in theory, in the broad definition of "crypto-asset".

Keywords: financial markets, cryptocurrencies, crypto-assets, financial instruments, financial products, blockchain, distributed ledger technology, smart contracts, token, investor protection.

1. Introduction

A discussion on crypto-assets requires a brief recap of the functioning of blockchain, smart contracts and tokens. To simplify, we define "blockchain" as a derivative of Distributed Ledger Technology (DLT). Blockchain is, indeed, a particular form of DLT and can be described as a system in which information and data are stored using cryptography. The peculiarity of this innovative *database* is its decentralization that comes from the fact that this "register" is under the control of a peer-to-peer network of participants. A blockchain database can record the transactions made by the system's participants without the need of a unique and central authority that manage it. DLT allows full disintermediation, since each participant of the network, called "node", possess a full copy of the information stored therein.

© St Petersburg State University, 2022

Decentralization is, however, the first but not the only important characteristic of a blockchain (Lener, Furnari 2020). The second is transparency. Indeed, to reach the best level of decentralization, there is a need to let everyone become a node of this database. In other words, it is necessary to give to everyone the right to see (and copy) all the information stored in this register using specific tools. Decentralization and transparency make DLT a cyber-secure choice to store information. Indeed, who wants to modify the information stored in the distributed register needs to have the majority of the “computational power” given by participants to the system. This means also the approval of the nodes offering such power.

The innovative functionality of DLT lies in the peculiar kind of *things* that can be stored in its registers, especially the so-called *token*. A token is nothing more than a record of information that results in favor of a participant. Tokens are created by blockchain protocols in which they are registered or by a *smart contract*. A token allows the *possessor* (the person who has power to transfer its transcript in favor of another) to be recognized by the entity who released the token as the holder of a precise amount and/or kind of rights. If, from a technical point of view, a token is nothing more than a simple registration, from a functional point of view it is an informatic instrument that allows participants to exercise precise rights towards the releasing company. Those rights are, often, the subject of an offer to the public in exchange of money to develop an entrepreneurial project (*Initial Coin Offering* or *ICO*). The rights conferred by a token include: authority to exchange the token itself (*cryptocurrency*); access to a service provided by the platform (*utility token*); administrative or economic rights toward the company that offered them (*investment token*). Hence, tokens are adaptable tools that can represent almost everything (*tokenization process*). They can easily be sent to or exchanged with other participants and, notwithstanding their virtual nature, they do not need an intermediary to be stored or transferred (Lener, Furnari 2020).

Smart contracts were born when some blockchain protocols, such as the Ethereum one, started to use the power of calculation of its participants to run a *virtual machine*. In turn, a virtual machine can be imagined as a big (phantom) computer using the power given by all the computers of the participants to elaborate softwares. Therefore, smart contracts are not contracts, but simply algorithmic sequences elaborated by a computer created with the “calculation power” of the nodes. The virtual machine — as every information recorded on the blockchain — is not under the control of anybody, so that smart contracts acquire the two following characteristics: unstoppable self-execution and autonomation (Lener, Furnari 2020; Furnari 2019; Sarzana Di Sant’ippolito, Nicotra 2018, 90–114; Raskin 2017; Werbach, Cornell 2017)¹.

Like much software, smart contracts are self-executing. If a smart contract is programmed to perform a determined action, it will work until the action is completed. This means also that if a precise mechanism to stop its activity has not been “programmed” by the party who launched it, nobody can stop it without taking the control of the majority of the calculation power alimenting the blockchain.

Autonomation means that smart contracts do not need human interaction for their execution. Above all, they can be used to perform obligations deriving from a contract

¹ Those characteristics make smart contract suitable to be used for the execution of contracts. It is from this fact that they took their name.

that can be written within the smart contract itself (Szabo 1997)². A contract of this kind could help managing a contractual execution since there is no need for interpretation of its terms. At these conditions, parties do not need to trust each other before the conclusion of the agreement since the execution is fully automated. For instance, this principle applies particularly to the collection of money through the launch of an ICO. If the collection of money is managed using a smart contract, this program will automatically deliver token in exchange of the money received.

Smart contracts can in this way grant the rights attached to a specific token. If a token grants the access to a specific service of the issuer, the buyer of the token could be sure that he will enjoy the service he paid for.

In brief, it is possible to describe DLT and its derivatives as follows: Blockchain is the infrastructure on which tokens are placed and interact with other participants using smart contracts without the presence of intermediaries (Lener, Furnari 2020).

2. Basic research

2.1. Cryptocurrencies in front of the Italian courts

It is not easy to say in strict legal terms what the so-called virtual currencies (or cryptocurrencies) are. The best definitions are perhaps found in the opinions of the main supervisory and regulatory authorities, such as the EBA, FINMA, ESMA, and Bank of Italy³. In fact, until 2017, the national legal system did not have a regulatory definition of virtual currencies. With Decree no. 90 of 2017⁴, implementing the IV European anti-money laundering directive (Directive (EU) 2015/849)⁵, the legislator amended the rules contained in the Decree no. 231 of 2007 (so-called anti-money laundering decree), defining in Art. 1, *sub* qq)⁶, virtual currency as a “digital representation of value, not issued by a central bank or public authority, not necessarily linked to a legal tender currency, used as a

² To highlight their basic functioning, smart contract has been described as “online vending machines”. Indeed, within the blockchain, they appear as *autonomous agents* who perform predetermined actions in response of a precise input.

³ See: “Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs)”. *FINMA*. 2018. Accessed December 3, 2021. <https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung>; “Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets”. *ESMA*. 2019. Accessed December 3, 2021. <https://www.esma.europa.eu/document/advice-initial-coin-offerings-and-crypto-assets>; “Report with advice for the European Commission on Crypto-asset”. *EBA*. 2019. Accessed December 3, 2021. <https://www.eba.europa.eu/eba-reports-on-crypto-assets>; “Rapporto sulla stabilità finanziaria n. 1”. *Banca D'Italia*. 2018. Accessed December 3, 2021. <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-stabilita/2018-1/index.html>.

⁴ The Decree no. 90 of 2017. Accessed December 3, 2021. <https://www.normattiva.it/atto/carica/DetailAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2017-06-19&atto.codiceRedazionale=17G00104&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=f701b708-3b21-42be-8d21-65012e1b9366&tabID=0.03794678907261151&title=lbl.dettaglioAtto&generaTabId=true>.

⁵ Directive (EU) 2015/849. Accessed December 3, 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32015L0849>.

⁶ The Decree no. 231 of 2007. Accessed December 3, 2021. <https://www.normattiva.it/atto/carica/DetailAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2018-02-08&atto.codiceRedazionale=18G00023&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=30574ad8-47e9-4657-83be-1f41c6b5b229&tabID=0.10439236553126485&title=lbl.dettaglioAtto>.

medium of exchange for the purchase of goods and services and electronically transferred, filed and negotiated”.

Despite the solutions adopted, the question of the legal nature of virtual currencies remains doubtful. The theses proposed in this regard discount criticism. The results are considerable uncertainty about the applicable legal regime, which also poses several problems in relation to company law.

It is in this heated debate that the sentence of the Court of Brescia of July 25, 2018 and the decree of October 24, 2018 of the Court of Appeal of Brescia are placed. With such rulings, the case law intervenes for the first time on the issue of the use of cryptocurrencies in corporate law.

Following the reconstruction of the Court of Brescia, cryptocurrencies must be qualified as “assets”. On the contrary, the Court of Appeal considers them similar to “money”. Both constructions have weaknesses. In particular, cryptocurrencies intended as a legal asset raise some doubts in relation to the fact that the attribution of exclusive rights on intangible assets is regulated, in our legal system, by a principle of strict typicality, i. e. the right on the intangible asset exists if there is a standard, a legal provision, that recognizes it. In the case of cryptocurrencies, there is no such rule, or rather there is, but it does not in any way say that an information or a number is an intangible legal asset.

A qualification of cryptocurrency as a currency, on the other hand, suffers from various critical issues. Cryptocurrencies, in fact, can be traced back with difficulty to the concept of “money”, since they do not fall within any of the reconstructions offered by the various rules that deal with the currencies (Livi 2019, 111). In the end, even if the qualification of cryptocurrency as a financial service (better, a financial product), proposed by the Veronese judges, also highlights critical issues, and so this solution appears preferable. Indeed, it seems more reasonable to trace cryptocurrencies to the broader category of “financial products”, identified by Art. 1, paragraph 1, *sub u*) of the Italian Consolidated Law on Financial Markets of 1998 (so called TUF) as “financial instruments and any other form of investment of a financial nature”, at least in the common hypothesis in which Cryptocurrencies assume the function of “financial investment”⁷.

2.2. The EU Commission proposal on crypto-assets

In fact, today the analysis of both Regulators and Courts is expanding from cryptocurrencies to the wider and even more indefinite area of the so called crypto-assets. In this regard, the most recent and important element is given by the European Commission Proposal of September 24, 2020, concerning the issue of a Regulation on Crypto-asset markets (“Regulation on Markets in Crypto-assets” or even MiCA⁸). Pursuant to Art. 2, paragraph 1, of the Proposal, the regulation applies to crypto-asset issuers, as well as to providers of crypto-asset services in the territory of the European Union. As for the notion of “crypto-asset”, Art. 3, paragraph 1, n. 2, provides a fairly generic definition.

⁷ See the decision of the Court of Cassation no. 26807 of September 25, 2020, in which the activity of promoting investment in Bitcoin has been qualified as an investment activity regarding the distribution of financial product. Accessed December 3, 2021. <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=/.20200925/snpen@s20@a2020@n26808@tS.clean.pdf>.

⁸ Regulation proposal on Markets in Crypto-assets (MiCA). 2020. Accessed December 3, 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>.

These are defined as “digital representations of value or rights that can be transferred or stored electronically using distributed ledger or similar technologies” (De Filippi, Wright 2018; Lener, Furnari 2020; Furnari 2019, 90 ff; Sarzana Di Sant’ippolito, Nicotra 2018)⁹.

To obviate the vagueness of the definition, Art. 2, paragraph 2, helps to objectively outline the scope of application of the Proposal by listing a series of “tools” to which the Proposal does not apply, even though these may fall, in the abstract, in the definition of “crypto-asset”. This list includes: 1) financial instruments, as defined by Directive 2014/65/EU¹⁰; 2) electronic money, as defined by Directive 2009/110/EC¹¹; 3) deposits, as defined by Directive 2014/49/EU¹²; 4) structured deposits, as defined by Directive 2014/65/EU¹³; and 5) securitisations, as defined by Regulation 2017/2402/EU¹⁴. In order to precisely circumscribe the objective scope of application of the Proposal, it then becomes necessary to read together (but by subtraction) Art. 2, paragraph 2, and Art. 3, paragraph 1, n. 2. It thus becomes possible to define a Crypto-asset as a digital representation of value or rights that can be transferred or held electronically using Distributed Ledger Technology (DLT) but which does not qualify as a financial instrument, electronic money (except in cases where this is not tokenized, as we will see below), deposit, structured deposit or securitization. It seems, then, that the Commission wants to offer a definition of crypto-asset that is more technical than legal.

The Proposal is intended to specifically regulate the offer of particular categories of crypto-assets. These are essentially three and, as will be seen, although it seems to want to recall the traditional tripartition in cryptocurrencies, utility tokens, and investment tokens, the document departs at least partially from this classification.

The three categories of crypto-assets identified in the Proposal are: “utility tokens”, “asset-referenced tokens”, and “electronic money tokens”. Utility tokens are defined as crypto-assets issued for the purpose of providing digital access to a good or service, available on a DLT network and accepted exclusively by the issuer¹⁵. Asset-referenced tokens (ART) are defined as crypto-assets that maintain their value stable thanks to the connection with the value of legal tender currencies, baskets of assets, other crypto-assets, or a combination of these¹⁶. Taking up the traditional classifications, it would be possible to include ARTs in the best-known category of stablecoins, or cryptocurrencies whose value is kept “stable” through reference to coins with legal value, assets, or the use of

⁹ The definition reads “‘Crypto-asset’ means a digital representation of value or rights which may be transferred and stored electronically, using distributed ledger technology or similar technology” (Art. 3, paragraph 1, n. 2).

¹⁰ Directive 2014/65/EU. Accessed December 3, 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex%3A32014L0065>.

¹¹ Directive 2009/110/EC. Accessed December 3, 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32009L0110>.

¹² Directive 2014/49/EU. Accessed December 3, 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32014L0049>.

¹³ Directive 2014/65/EU. Accessed December 3, 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex%3A32014L0065>.

¹⁴ Regulation 2017/2402/EU. Accessed December 3, 2021. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.347.01.0035.01.ENG.

¹⁵ “‘Utility token’ means a type of Crypto-asset which is intended to provide digital access to a good or service, available on DLT, and is only accepted by the issuer of that token” (Art. 3, paragraph 1, n. 5).

¹⁶ “‘Asset-referenced token’ means a type of Crypto-asset that purports to maintain a stable value by referring to the value of several fiat currencies that are legal tender, one or several commodities or one or several Crypto-assets, or a combination of such assets” (Art. 3, paragraph 1, n. 3).

particular algorithms that manage their offer and therefore the value (De Bonis, Vangelisti 2019, 155–156; Bozza 2020). Finally, e-money tokens (EMT) are defined as crypto-assets whose main purpose is for the exchange of goods and services and which in any case aim to keep their value fixed through an exclusive connection with current currencies¹⁷. Even EMTs, therefore, can be considered as a particular type of stablecoin (and therefore cryptocurrency) whose value is exclusively linked to a legal tender currency. The reference to the function of medium of exchange seems almost pleonastic considering that that of intermediating exchanges would seem the only aim pursued by a crypto-asset whose value is stabilized with reference to a specific legal tender currency.

Comparing this classification with the traditional one, the absence of the investment token category is not surprising (Hacker, Thomale 2018; Annunziata 2019; Ferrais 2019; Pirani 2019, 337; Boreiko, Ferrarini, Giudici 2019, 665; Maume, Fromberger 2019; Maas 2019; Furnari 2018). On the other hand, it seems to confirm the principle, already defined for some time in overseas doctrine and jurisprudence, according to which investment tokens are financial instruments in all respects and the relative rules apply to this category, without any derogation or “aggravation” Regulatory due to the fact that the financial instrument is represented through a crypto-asset.

Rather, the special attention paid to cryptocurrencies and, among them, to the so-called stablecoin. The detailed discipline of ARTs and EMTs, in fact, reveals the concern that the dissemination of these “digital currencies” could harm the financial stability or the principles of monetary sovereignty of the Union. Compared to the traditional tripartite division, therefore, the proposal has kept only the number, choosing to focus on those types of crypto-assets not covered (such as cryptocurrencies) or not sufficiently covered (such as utility tokens) by a discipline, even partial, at European level. Article 3 also provides a definition of Crypto-business service provider (Art. 3, paragraph 1, n. 8), as well as a precise list of these services (Art. 3, paragraph 1, n. 9).

2.3. Definition by subtraction?

Also from a subjective point of view, the Proposal uses the same technique of “by subtraction” used in the definition of its objective scope of application. The basic principle is that which the discipline applies to all issuers and service providers in crypto-assets, but with the exceptions described in Art. 2, paragraphs 3–6. It is possible to classify these exceptions, distinguishing between subjects completely excluded from the discipline and subjects whose exclusion is only partial. The subjects completely exempt from the discipline include the European Central Bank and national central banks when they act in the exercise of their powers; the European Investment Bank; the European Stability Mechanism and the European Financial Stability Fund; and international organizations. The partially exempt subjects, on the other hand, include credit institutions and investment companies; insurance and reinsurance companies in carrying out the activities envisaged by Directive 2009/138/EC¹⁸; liquidators or extraordinary administrators in carrying out

¹⁷ “Electronic money token’ or ‘e-money token’ means a type of Crypto-asset the main purpose of which is to be used as a means of exchange and that purports to maintain a stable value by referring to the value of a fiat currency that is legal tender” (Art. 3, paragraph 1, n. 4).

¹⁸ Directive 2009/138/EC. Accessed December 3, 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0138>.

the liquidation activities for which they have been appointed, except in the case in which they are implementing a liquidation plan pursuant to Art. 42 of the Proposal; as well as subjects who perform crypto-business services in favor of associated companies.

In particular, credit institutions are not subject to the regulation only when they issue ART, or provide one or more services in crypto-assets. In the first case, Chapter 1, Title III of the Proposal, which governs the authorization procedure for the issuance of ART, as well as Art. 31 concerning the issuer's capital requirements. In the second case, banks that provide crypto-asset services are not required to comply with the provisions set out in Chapter 1, Title V and therefore, also in this case, with the authorization procedure. Investment companies, on the other hand, are required to comply with the rules regarding the authorization of the provision of crypto-asset services (Chapter 1, Title V) only if they offer a crypto-asset service in relation to which they possess the authorization to provide the crypto-asset service. corresponding investment¹⁹.

2.4. "Atypical" crypto-assets

The first type of offer governed by the Proposal concerns crypto-assets other than ARTs and EMTs. As a preliminary point, this category is narrower than what could be deduced from reading the Proposal. In fact, among crypto-assets that cannot be offered in a "simplified" way, there are also the so-called investment token, this category forgotten by the regulatory proposal. This omission seems questionable. Although it is now well established that the discipline of financial instruments must be applied to the public offering of these crypto-assets, it cannot be forgotten that an investment token, in addition to being a financial instrument, is still a crypto-asset and therefore possesses its own regulatory needs. On the other hand, utility tokens fall fully into this category. By virtue of their diffusion in this sector, it seems correct from now on to believe that this is the category that Title II of the regulatory proposal intends mainly to regulate. In line with this, it seems possible to continue the discussion by referring directly to utility tokens, so as to avoid the recurring use of the terminology "crypto-assets other than ART and EMT".

One could doubt that the entire Proposal can apply to cryptocurrencies in the proper sense, and therefore to Bitcoin or other cryptocurrencies in which it is not possible to identify an issuer or in any case a person who has created or promoted the related project. This is confirmed by the reading of Art. 4, paragraph 2, of the Proposal within which, among exemptions from the publication of the so-called white paper (an information document of the offer), it is part of the case in which the crypto-asset in question is only the result of a mining activity or is automatically attributed to the subjects that are involved in supporting a DLT network infrastructure, holding a copy of the distributed ledger and validating the transactions (the so-called nodes). An exemption that, if in some ways it constitutes an important recognition, in reality, however, appears to be of dubious usefulness. Indeed, the public offering of a crypto-asset with the aforementioned characteristics will not, by definition, not even have a management body to which the obligations (and responsibilities) outlined in the Proposal can be referred.

¹⁹ Art. 2, paragraph 6, letters from "a" to "f", of the Proposal presents a comparison between Crypto-asset services and investment services regulated by MiFID II.

2.5. ARTs as stablecoins

The proposal then deals with asset-referenced tokens or ART bidders. As anticipated, ARTs are defined by the proposal as stablecoins whose value may depend on legal tender coins, other crypto-assets, or other assets. Given the widespread concern that the offer of ART, due to their nature, could constitute a “natural enemy” of the legal tender currency, the discipline of their offer to the public is characterized by authorization procedures that see the involvement of several authorities, as well as the possibility of prohibiting its offer if this could threaten financial stability or the principles of monetary sovereignty.

2.6. The EMT offers

The third case, concerning the EMT offer, appears slightly less stringent. This seems justifiable based on the different nature of the crypto assets being offered. And in fact, compared to ARTs, the value of EMTs depends exclusively on the value of a legal tender currency taken as a reference. As expressly established by Art. 43, EMTs are to be considered, to all effects, as electronic money as defined by Directive 2009/110/EC, even if they constitute the tokenized version. Precisely by virtue of this identity with e-money, EMT offers to the public can only be conducted by credit institutions or e-money institutions which are in any case required to publish a white paper (Art. 43, paragraph 1).

2.7. The procedures

As for the authorization procedures of service providers in crypto-assets, Art. 53 of the Proposal begins by stating a principle of exclusivity, according to which the services relating to the use of crypto-assets can be offered only by those authorized under the new regulations. The authorization is valid throughout the territory of the Union, so much so that Member States are prohibited from imposing a physical presence within their territory on those already authorized²⁰. The authorization must be requested from the competent authority of the place where the subject has its registered office. The application must contain a long series of information, among which the following deserve particular attention: the description of the technological and security systems, which must also be made using non-technical language; details of the procedures for the segregation of the assets of its customers; as well as systems for identifying market abuse. The application must also describe the specific services that the subject intends to offer.

The authorization procedure is slightly simpler than that required for the public offering of crypto-assets. In fact, the involvement of other authorities is not required and, above all, the verification that the activity undertaken has effects on financial stability or on the principles of monetary sovereignty.

The provision of crypto-asset services is subject to behavioral obligations as well as prudential requirements. With regard to behavioral obligations, it is expected that, almost like a traditional financial intermediary, lenders must act with honesty, fairness and professionalism, pursuing the best interests of the customer. Lenders are also subject to obligations of correct information, especially in promotional communications, which

²⁰ Pursuant to Art. 58, the service provider is simply required to communicate to the competent authority of his home Member State his intention to operate in another State.

must be clearly identified as such. Particular attention deserves the obligation not to highlight the perceived, or real, advantages of the crypto-assets with which they operate. Finally, customers must be informed of the risks associated with these transactions as well as of the fees charged by the lender (Art. 59).

The providers of crypto-based services are then imposed precise organizational requirements, obligations for custody and safeguarding of the crypto-assets and funds of their customers and obligations to set up procedures for handling complaints.

2.8. Custody services and exchange platforms

As for “traditional” crypto-asset services — custody services and exchange platforms (so-called exchanges) — greater importance must be given to the first, in order to verify how “traditional” operators have been regulated within the Proposal. In fact, it is possible to include the operators who have characterized this market from the outset into this category.

The specific obligations for wallet service providers (defined by the Proposal as providers of crypto-asset management and custody services) are described in Art. 67. Among these, the obligation to adopt precise policies to ensure the protection of the private keys of each wallet and prevent, in any way, that a customer can lose access to their crypto-assets due to fraud, negligence or attacks by part of cyber criminals. These lenders must then facilitate the customer to exercise the rights inherent in the crypto-assets held on his behalf. In this regard, clients must receive information on the crypto-assets held at least quarterly and, in any case, when the holding of a particular crypto-asset requires any form of their participation or action.

Wallet service providers must then ensure that the private keys or, in any case, the crypto-assets themselves are promptly made available to the customer who requests them. Customer crypto-assets must also be kept separate from the lender’s own assets, also ensuring that crypto-assets belonging to the same DLT network are kept at separate addresses. In this way, the damage of a hacker attack against the lender should be reduced. Finally, it is expressly provided that lenders are held directly liable to their customers for crypto-asset losses as a result of malfunctions (so-called bugs) or hacker attacks.

The rules envisaged in favor of crypto-asset exchanges (defined in the Proposal as trading service providers) follow the rules for the corresponding type of financial intermediary. The aim is to avoid that, in the absence of regulation, these operators may prefer some customers rather than others and thus fall short of the principles of equal treatment, fundamental for the provision of this type of service (Furnari 2021).

In this regard, it is explicitly stated that lenders must make public the procedures that guarantee the equal treatment of their customers, but above all that they cannot operate on their own behalf. This latter provision would seem to cast doubt on the possibility, widely held among the most active crypto-asset exchanges on the markets, of admitting their own crypto-assets to exchanges²¹.

In addition to these general principles, it is also made clear that crypto-assets for which a white paper has not been published cannot be admitted to trading. The providers

²¹ Usually utility tokens that can be used to get discounts on trading fees. See, for example, the Crypto-asset *Binance Coin* (BNB) with which it is possible to obtain commission discounts on the Binance Exchange. Accessed December 3, 2021. <https://www.binance.com/en>.

of these services are even asked to carry out an independent assessment of crypto-assets to be admitted to the exchange; an evaluation that can also take into consideration the professionalism of the bidder and the members of its management bodies.

3. Conclusions

The Proposal certainly represents a novelty of great importance in the crypto-assets sector, and more generally for financial markets. Its definitive adoption, especially without changes, will certainly not go unnoticed. This is true not only for the crypto-asset market but, especially for the market currently occupied by “traditional” financial intermediaries.

Due to the way it is structured, and despite the provision of exemptions, the Proposal, with regard to the crypto-assets market, could even slow down the birth of new operators, leading rather to the consolidation of existing entities, which are already managed to raise the liquidity necessary to comply with the regulations that will be enacted. On the other hand, the Proposal could make the provision of these services more secure, thus increasing the trust of end users and therefore, indirectly, their number.

The choice of equating crypto-asset service providers with more traditional financial intermediaries must also be considered with particular attention, despite the declared non-financial nature of the crypto-assets being offered. Finally, the absence of references to decentralized entities, as well as to the entire sector, currently undergoing great development, known by the term “DeFi” (which stands for Decentralized Finance), is surprising. The choice could be justified in the fact that this new market is still in its infancy. However, it is hoped that, before defining the regulatory framework, these operators can also be taken into consideration. Otherwise, two potentially alternative scenarios would appear. The first is that in which these “decentralized” operators, not being considered by legislation, continue to operate with their essential “widespread” structure, which would not allow a safe and coherent regulation. The second is that in which, in the absence of regulation, such services are to be considered prohibited. This would not be a good result.

References

- Annunziata, Filippo. 2019. “Speak, if you can: What are you? An alternative approach to the qualification of tokens and initial coin offerings”. *Bocconi Legal Studies Research Paper* 2636561: 1–50.
- Boreiko, Dmitri, Guido Ferrarini, Paolo Giudici. 2019. “Blockchain startups and prospectus regulation”, *European Business Organization Law Review* 20: 665–694.
- Bozza, Federico. 2020. “Criptoaluta e moneta: Tutte le differenze”. *FCHub.it*. Accessed December 3, 2021. <https://fchub.it/criptoaluta-e-moneta-tutte-le-differenze>.
- De Bonis, Riccardo, Maria Irìde Vangelisti. 2019. *Moneta — Dai buoi di Omero ai Bitcoin*. Bologna, Il Muino.
- De Filippi, Primavera, Aaron Wright. 2018. *Blockchain and the law*. Harvard, Harvard University Press.
- Ferrais, Luca. 2019. “Le Initial Coin Offerings: Fattispecie in cerca d'autore”. *Paracampo Maria-Teresa. Fintech — Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, vol. II, 269–307. Turin, Giappichelli.
- Furnari, Salvatore Luciano. 2018. “ICO in Italia: Applicabilità della disciplina sull'equity crowdfunding e suoi potenziali benefici”. *Lener Raffaele. Fintech: Diritto, Tecnologia e Finanza*, 143–158. Rome, Editrice Minerva Bancaria.
- Furnari, Salvatore Luciano. 2019. “Validità e caratteristiche degli smart contract e possibili usi nel settore bancario finanziario”. *Corapi Elisabetta, Lener Raffaele. I diversi settori del Fintech. Problemi e prospettive*, 89–110. Turin, CEDAM.

- Furnari, Salvatore Luciano. 2021. "Through equity crowdfunding evolution and involution: Initial coin offering and initial exchange offering". *Lex Russica* 74 (1): 170–175.
- Hacker, Philipp, Chris Thomale. 2018. "Crypto-Securities Regulation: ICOs, token sales and cryptocurrencies under EU financial law". *European Company and Financial Law Review* 15: 645–696. <https://ssrn.com/abstract=3075820>.
- Lener, Raffaele, Salvatore Luciano Furnari. 2020. "Company law during the blockchain revolution. The rise of 'CorpTech'". *Open Review of Management, Banking and Finance*. Accessed December 3, 2021. <https://openreviewmbf.org/2020/11/09/company-law-during-the-blockchain-revolution-the-rise-of-corpotech>.
- Livi, Alessandro. 2019. "Le criptovalute nella giurisprudenza". *Corapi Elisabetta, Lener Raffaele. I diversi settori del Fintech*, 111–128. Milan, CEDAM.
- Maas, Thijs. 2019. "Initial coin offerings: when are tokens securities in the EU and US?" SSRN. Accessed December 3, 2021. <https://ssrn.com/abstract=3337514>.
- Maume, Philipp, Mathias Fromberger. 2019. "Regulation of initial coin offerings: Reconciling US and EU securities laws (June 15, 2018)". *Chicago Journal of International Law* 19 (2): 548–585.
- Pirani, Pier Paolo. 2019. "Gli strumenti della finanza disintermediata: 'Initial Coin Offering' e 'blockchain'". *Analisi Giuridica dell'Economia* 1: 337–342.
- Raskin, Max. 2017. "The law and legality of smart contracts". *Georgetown Law Technology Review* 1: 306–341.
- Sarzana Di Sant'Ippolito, Fulvio, Massimiliano Nicotra. 2018. *Diritto della Blockchain, Intelligenza Artificiale e IoT*. Milan, IPSOA.
- Szabo, Nick. 1997. "Formalizing and securing relationship on public networks". *First Monday* 2 (9). Accessed December 3, 2021. <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>.
- Werbach, Kevin, Nicolas Cornell. 2017. "Contracts ex machina". *Duke Law Journal* 67 (313): 102–170. <https://ssrn.com/abstract=2936294>.

Received: April 24, 2021
Accepted: December 10, 2021

Author's information:

Raffaele Lener — Full Professor of Commercial Law and Financial Markets Law; raffaele.lener@leplex.it

Уголовно-правовая охрана женщин в Индии: история и современность

Н. А. Крашенинникова¹, Е. Н. Трикоз^{2,3}

¹ Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова, Российская Федерация, 119991, Москва, ул. Ленинские горы, 1

² Московский государственный институт международных отношений (университет) МИД России, Российская Федерация, 119454, Москва, пр. Вернадского, 76

³ Российский университет дружбы народов, Российская Федерация, 117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6

Для цитирования: Крашенинникова, Нина А., Елена Н. Трикоз. 2022. «Уголовно-правовая охрана женщин в Индии: история и современность». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 230–245. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.113>

В уникальной уголовно-правовой модели Индии на основе гибридного сочетания принципов и институтов трех правовых систем сформировался в своей специфической форме один из наиболее одиозных составов преступлений — преступления, посягающие на честь, достоинство и половую неприкосновенность женщины. Авторы статьи ставят цель проанализировать криминологические первоосновы масштабности и одновременной латентности насильственных половых преступлений в Индии. Выявлены культурологические и цивилизационные стимулы распространенности изнасилований, в числе которых исторически сложившаяся практика мужской полигамии, ранние детские браки, подчиненность женщины в семье, ее бытовое затворничество и «вечное вдовство», а также своего рода гендерная болезнь общества — дисбаланс полов в сторону мужчин и факты инфантицида девочек в традиционных индусских семьях. С точки зрения систематики преступлений индийские криминологи выделяют более десяти различных категорий так называемых феминных деликтов, в числе которых сексуальные посягательства относят к подгруппе «преступлений по страсти» (ст. 354, 375–376, 509 и др. Уголовного кодекса Индии), хотя в самом кодексе нет специального раздела о преступлениях против половой неприкосновенности. С точки зрения элементного состава в преступлении изнасилования доминирующее значение имеет объективная сторона (*peno-vaginal penetration*). Ее специфика складывается из шести альтернативных условий отсутствия конститутивного элемента — «согласия женщины». Свою особенность привнесли недавние новеллы в УК Индии, расширившие перечень субъектов изнасилования и легализовавшие понятие *custodial rape* из судебной практики (дело *Tukaram v. State of Maharashtra* 1978 г.) как специальный состав сексуального насилия, совершаемого с использованием служебного положения. Постепенно происходит значительное расширение законодательной дефиниции насилия над женщиной в семье и на работе, а также ужесточение наказаний за насильственные деяния против женщин вплоть до расширения оснований применения смертной казни.

Ключевые слова: общее право, индусское право, прецедент, кодификация, права женщин, гендер, изнасилование, уголовная ответственность, смертная казнь.

1. Введение

На пороге XXI в. индийскому правительству Нарендры Моди предстояло решить извечную и острую проблему незащищенности женщин от бытового (домашнего) насилия, сексуальных посягательств и детского фемцида — распространенной в Индии практики гендерных абортов нерожденных и умерщвления новорожденных девочек. В индуизме считалось, что родиться девочкой означает нести расплату за прегрешения в прошлой жизни, появление ребенка женского пола в индусской семье рассматривалось как новая обуза и несчастье, необходимость собирать приданое и подыскивать жениха (Sen 2015, 13).

Положение женского населения ненамного улучшилось с момента формального закрепления их конституционного права на жизнь, здоровье, честь и достоинство (ст. 21 Конституции Индии¹). В то же время в ст. 15 (3) раздела «Основные права» Конституции Индии предусмотрено право государства на издание законов, направленных на повышение правового статуса индийских женщин и создание эффективных гарантий их прав². Данное право вполне востребовано, так как неравноправие женщин — характерная черта многих плюралистических правовых систем постколониальных стран, к которым относится Индия с ее смешанной (микстовой) правовой системой (Денисенко, Трикоз 2018). Отечественный индолог Е. С. Как верно замечает: «Положение женщин — это окно в мир страны» (Юрлова 2014, 15).

Корни гендерного насилия в Индии уходят в религиозно-кастовое прошлое глубоко патриархального общества, в котором были законсервированы мужская полигамия, детские браки, подчиненное положение женщин, вечное вдовство и бытовое затворничество (ограничение свободы действий, передвижения, связей с внешним миром) (Самозванцев 1996, 40–45; Вигасин 1990).

Экс-председатель Высочайшего суда Индии М. Венкатачалая совершенно справедливо отмечал: «Страна [до сих пор] живет одновременно в нескольких столетиях. Индийское общество борется, чтобы перейти из феодального в эгалитарное и индустриальное... У нас каждый день происходят самые ужасные и чудовищные преступления в отношении женщин»³. Согласно официальной статистике, которую фиксирует Национального бюро по регистрации преступлений (National Crime Records Bureau), «каждые 3,5 минуты» в Индии по отношению к женщинам проявляется жестокость или совершается прямое насилие над ними⁴.

Психологически и криминологически обосновать эту ужасающую статистику можно отсылкой к специфике патриархальной культуры Индии, в которой женщина всегда считалась слабым и малограмотным существом, неспособным к социальной активности независимо от мужчин, вынужденная претерпевать тяготы ранних браков и домашнего насилия (Altekar 1973, 135). Неразделенная большая семья

¹ The Constitution of India [As on September 9, 2020]. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://web.archive.org/web/20200929185051/http://legislative.gov.in/sites/default/files/COI.pdf>.

² The Constitution of India with Comments and Subject Index. Delhi: Universal Law Publ., 2016. P. 46.

³ “Certainty of punishment will deter crimes”. *The Hindu*. 2013. Дата обращения 20 июня, 2020. <https://www.thehindu.com/news/cities/bangalore/certainty-of-punishment-will-deter-crimes/article4280245.ece>.

⁴ “Crime in India year 2002”. *The Ministry of Home Affairs, National Crime Records Bureau*. 2002. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://ncrb.gov.in/en/crime-india-year-2002>.

остаётся главной хранительницей архаических и религиозно-кастовых обычаев, на почве которых встречаются такие порочные практики, как ранние бракосочетания (больше трети невест едва достигают 15 лет), запрет повторных браков для вдов, выплаты семьей невесты непосильного приданого и др. Лучшая невеста, с точки зрения индийцев, особенно сельских жителей, не должна после заключения брака учиться или работать, уделяя все свое время домашнему хозяйству и воспитанию детей. Межварновые браки маловероятны, а союзы между «дваждырожденными» и «единождырожденными» кастами вообще запрещены (Куценков 1973, 45–47).

Поэтому сегодня в традиционалистском обществе Индии остаётся актуальной проблема не столько религиозно-этнического и кастового, сколько именно гендерного неравенства, выраженного в практике негуманного и даже криминального обращения с женщиной. Но в то же время происходят важные демократические перемены в политико-правовой культуре Индии, направленные на улучшение положения женщин и их уголовно-правовую защиту. Как замечает индийский социолог У. Бакси, «эффективная борьба за эмансипацию женщин может вестись сегодня не в рамках народного права, а в рамках государственной системы и государственного права» (цит. по: Крашенинникова 2009, 14).

2. Основная часть

2.1. Система половых правонарушений в Уголовном кодексе Индии

Впервые государственные основы уголовно-правовой защиты женщин в Индии были заложены еще в середине XIX в. (Cross 1978, 519–521), когда советник местного генерал-губернатора, британский юрист Томас Бабингтон Маколей (1800–1859) разработал уникальный для того времени Уголовный кодекс Индии (англ. Indian Penal Code, далее — УК Индии)⁵. Он продолжает действовать до сих пор, пройдя несколько этапов реформ во второй половине XX — начале XXI в., связанных с ужесточением уголовной ответственности за насильственное преследование женщин и детей.

В современной редакции УК Индии 1860 г. (Ratanlal, Dhirajlal 2019) содержит две категории преступлений против женщин (так называемых феминных деликтов): 1) преступления во имя чести; 2) преступления по страсти, в том числе изнасилование и иные половые преступления (ст. 354, 375–376, 509 и др. УК Индии). При этом в кодексе нет специального раздела о преступлениях против половой неприкосновенности женщин. В ежегодных статистических отчетах Национального бюро учета преступлений в Индии используется классификация преступлений против женщин (IPC Crimes against Women) из 10 категорий насильственных преступлений:

- смерть из-за приданого (dowry deaths, ст. 304 В УК Индии);
- доведение женщины до самоубийства (abetment of suicide of women, ст. 306);

⁵ “IPC (Indian Penal Code), Central Act XLV of 1860”. *The Acts of the Legislative Council of India of 1861, with an Analytical Abstract Prefixed to Each Act*. Vol. 5. Calcutta, 1862. P. 129–266.

- производство аборта без согласия женщины (causing miscarriage without women's consent, ст. 313) и смерть, вызванная действием, совершенным с целью аборта (deaths caused by act done with intent to cause miscarriage, ст. 314);
- нападение с помощью кислотного вещества (acid attack, attempt to acid attack, ст. 326 А и В);
- жестокость со стороны мужа и его родственников (cruelty by husband or his relatives, ст. 498 А);
- похищение человека, кража женщины (kidnapping, abduction of women, ст. 363–369);
- торговля людьми (human trafficking, ст. 370 и 370 А);
- изнасилование (rape, attempt to commit rape, ст. 375, 376 и 511);
- противоестественные преступления (unnatural offences, ст. 377);
- нападение на женщину с намерением оскорбить или нарушить ее скромность (assault on women with intent to outrage her modesty, ст. 354, 354 А, В, С и D; Insult to modesty of women, ст. 509).

Особенностью государственной (уголовно-правовой) политики Индии является то, что очередная законодательная новелла или введение специального механизма по защите женщин предварялись каким-либо массовым всплеском демократического протеста, притеснениями женщин в этой стране, резонансным случаем изнасилования или ритуального убийства (из-за супружеской верности, наследственной доли или приданого). Рассмотрим далее в хронологическом порядке основные законодательные новеллы по криминализации самых серьезных половых правонарушений, посягающих на честь, достоинство и половую неприкосновенность женщин в Индии, но в первую очередь особенности конструкции состава изнасилования и новеллизацию института уголовной ответственности.

Своеобразной отправной точкой новых прогрессивных законов во второй половине XX в. стала серия законодательных новелл и прецедентов в 1970–1980-е годы, вызванных громкими судебными процессами по делам об изнасиловании. Демократические силы Индии объявили 1975–1985 гг. «декадой женщин» с целью объединения усилий в борьбе «за равный статус женщин в социальной, экономической и политической сферах жизни страны» (Farooqui 1987). В тот же период началась демократическая переориентация Высокого суда Индии на усиленную защиту прав женщин.

В результате была принята целая серия радикальных законов против архаичных обычаев, реально угрожавших жизни, здоровью и достоинству индийских женщин. В 1976 г. Конституцию Индии дополнили масштабной 42-й поправкой, которая поставила под защиту честь и достоинство детей и молодежи, в том числе девочек, как потенциальных объектов притеснений в ранних браках и в семье взрослого мужа, вынужденных вести затворнический образ жизни, испытывать на себе сексуальные домогательства и скрывать факты изнасилований. Вступил в силу важный Закон о специальных семейных судах 1984 г.⁶, и др.

⁶ *The Family Courts Act of India, 1984*. Дата обращения 20 июня, 2019. https://legislative.gov.in/sites/default/files/A1984-66_0.pdf.

Изнасилование является распространенным и наиболее латентным половым преступлением, связанным с целым комплексом социально-психологических проблем жертвы преступления. В современной Индии, несмотря на жесткую официальную политику, направленную на подавление этих преступлений, их число продолжает увеличиваться.

По данным Национального бюро учета преступлений в Индии, в 2011 г. было зарегистрировано 22 тыс. изнасилований, в 2013 г. их число выросло до 25 тыс., в 2016 г. оно достигло 37 тыс. официально зарегистрированных дел, из которых треть приходилась на изнасилование детей⁷. Свыше трети от этого числа совершаются в отношении женщин непосредственно в их семье, родственниками, соседями или другими знакомыми жертвы. Последние данные показывают, что о новом случае изнасилования в Индии сообщается каждые 15–20 минут⁸. Сами индийцы окрестили Дели «столицей изнасилований», так как за год там происходит больше изнасилований, чем во всех других крупных городах Индии.

В качестве криминологического объяснения такой масштабности феминных преступлений в Индии, в особенности практики изнасилований, приводятся следующие причины. Наряду с укоренившейся патриархально-кастовой замкнутостью общества существуют высокая латентность и гендерный дисбаланс, коррупция в правоохранительных органах, неразвитая гражданская позиция населения, безграмотность женщин и бедность семей. Только 1 из 10 индийских женщин сообщает в полицию о факте изнасилования⁹, так как не знает насильников, что затрудняет расследование, и поэтому она чувствует себя незащищенной перед неминуемым позором для своей чести и достоинства и из-за осуждения всей семьи, репутация которой также будет запятнана. Так, в 2012 г. в штате Харьяна была изнасилована женщина из низшей касты, и после того, как она написала заявление в полицию, ее подвергли аресту на десять дней в местной тюрьме, обвинив в лжесвидетельстве, после чего она отозвала иск¹⁰.

Другая социально-криминологическая причина кроется в так называемой гендерной болезни, связанной с тем, что в Индии в среднем проживает больше мужчин, чем женщин (в некоторых штатах они составляют не более 30 % населения), чему в немалой степени способствует *инфантицид девочек* в традиционных семьях¹¹. В таких условиях происходит намного больше изнасилований и девушкам небезопасно одним находиться на улицах. Еще более опасно оставаться в одиночестве для *гори* — иностранной или белой девушки другой религии, которая воспринимается индийцами как ничья собственность и потому доступная женщина.

⁷ «Преступление, о котором принято молчать. Почему Индию захлестнула волна изнасилований». *Lenta.ru*. 2014. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://lenta.ru/articles/2014/07/19/indianrapists>.

⁸ «Crime in India year 2002». *The Ministry of Home Affairs, National Crime Records Bureau*. 2002. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://ncrb.gov.in/en/crime-india-year-2002>.

⁹ «Crime in India — 2020. Statistics. Vol. 1». *National Crime Records Bureau, Ministry of Home Affairs, Government of India*. 2020. Дата обращения 20 июня, 2020. <https://ncrb.gov.in/sites/default/files/СІІ%202020%20Volume%201.pdf>.

¹⁰ «India Rape Investigation». *BBC News*. 2014. Дата обращения 20 июня, 2019. https://www.bbc.com/russian/international/2014/05/140530_india_rape_investigation.

¹¹ В 1994 г. в Индии был введен запрет на определение методами УЗИ пола будущего ребенка и производства аборт «на основе предпочтения пола, исключающего рождение девочки» («The Pre-Natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse) Act (No. 57 of 1994)». *Official Gazette*. September 21, 1994).

Изнасилование в таком случае, по мнению индийцев, не повлечет гнева семьи женщины или индийских богов, поэтому европейским женщинам в Индии рекомендуют на открытых территориях надевать исламский *никаб*, чтобы они походили на мусульманок, нападение на которых считается в этой стране намного бесчестнее, чем на христианок или даже индусок (Козлихин, Стойко 2018).

2.2. Элементный состав изнасилования в Уголовном кодексе Индии

Изначально в ст. 375 УК Индии 1860 г. была закреплена законодательная дефиниция изнасилования (англ. *rape*). Субъектом преступления признается только мужчина, достигший возраста 12 лет и старше, психически здоровый и не находящийся в состоянии опьянения (ст. 82–87 УК Индии).

С точки зрения объективной стороны данное преступление описывается как «половое сношение» (*sexual intercourse, peno-vaginal penetration*) с женщиной, которое происходит при одном из шести условий, связанных с конститутивным элементом «согласия женщины»: 1) против ее воли; 2) без ее согласия; 3) с ее согласия, но полученного под угрозой смерти или вреда здоровью; 4) с ее согласия в ситуации, когда обвиняемый знал, что оно было дано женщиной потому, что она принимала его за другого мужчину, с которым состоит или считала что состоит в законном браке; 5) с ее согласия, во время предоставления которого женщина была не в состоянии понимать природу и последствия того, на что она дает согласие, вследствие своего психического расстройства, или опьянения, или введения иного одурманивающего или вредного вещества; 6) с ее согласия или без такого, когда потерпевшая не достигла 16 лет.

Потерпевшей считается исключительно лицо женского пола любого возраста. Легально установленный возраст потерпевшей женщины в этом составе периодически изменялся в сторону повышения, начиная еще с колониального периода. Так, изначально возраст жертвы определялся в 10 лет, в 1891 г. был повышен до 12 лет, в 1925 г. — до 14 лет. Тогда же был особо определен возраст релевантного согласия женщины на половой акт — по достижении 13 лет, а в 1940 г. — уже с 15 лет. В уголовно-правовой доктрине Индии такой элемент состава изнасилования, как наличие воли женщины, определяется в виде ее способности осознавать происходящее при половом контакте с данным мужчиной и возможности выразить свое согласие на этот половой акт. В то же время в судебной практике под изнасилованием понимается такое сексуальное сношение, которое происходит явно против воли женщины, в отсутствие ее прямого и добровольного согласия.

В отличие от ст. 375, в следующей за ней ст. 376 УК Индии закрепляются особенности санкций и дифференциация мер наказания за изнасилование. Ранее по УК Индии была возможна даже пожизненная транспортиция, или уголовная ссылка на отдаленные острова, но сегодня данный вид наказания отменен. Ныне установлено длительное лишение свободы сроком до 10 лет, совмещенное с денежным штрафом. Так, общее наказание за изнасилование предусмотрено сроком до 7 лет тюремного заключения, при котором не исключается увеличение срока до 10 лет, с выплатой штрафа. Повышение ответственности предусмотрено для случаев изнасилования девочек возрастом до 12 лет или собственной жены обвиняемого, не достигшей 15 лет. При изнасиловании мужем своей жены старше этого возраста

наказание понижается до 2 лет лишения свободы с денежным штрафом, если обвиняемый вступил в половую связь без ее согласия, а она при этом находилась официально в режиме раздельного проживания с ним (по запретительному приказу суда).

В 1983 г. был принят специальный Закон об уголовном праве (внесение изменений)¹², которым в ст. 375 и 376 УК Индии введена важная новелла, связанная с расширением субъектного состава изнасилования и уточнением объективных элементов («отсутствие согласия женщины»). Это изменение, в свою очередь, вызвано ранее нашумевшим решением по делу *Tukaram v. State of Maharashtra* 1979 г., более известным как дело Матхура¹³.

Согласно фабуле данного дела, 16-летнюю девушку Матхуру в полицейском участке изнасиловали два констебля. Местный суд оправдал их со ссылкой на то, что потерпевшая к тому времени уже вела половую жизнь, в момент инцидента не подняла тревогу и по заключению врачей не имела существенных телесных повреждений. Поэтому судьи, опираясь на действующую редакцию ст. 375 УК Индии, сделали вывод, что половой акт происходил с потенциального согласия девушки.

Данный прецедент вызвал волну гневных протестов общественности, что в итоге вынудило правительство пойти на законодательные изменения в УК Индии. В частности, было принято решение о дополнительной криминализации специального состава полового преступления *custodial rape*, совершаемого с использованием служебного положения.

В результате в ч. 2 ст. 376 «Наказание за изнасилование» УК Индии были включены четыре новых пункта (п. «a»–«d»), а также дополнительно введены четыре новые статьи (ст. 376 A, 376 B, 376 C и 376 D). Указанные новеллы связаны с необходимостью ограничения властного произвола должностных и иных лиц, под охраной, контролем или опекой которых находились женщины. В этих целях закреплялся *расширенный перечень субъектов* преступления, подлежащих более строгим мерам наказания за изнасилование зависимой от них женщины (лишение свободы на срок от 10 лет и вплоть до пожизненного, а также штраф).

В ч. 2 ст. 376 были выделены следующие новые категории *специальных субъектов* (п. «a»–«d»):

- полицейский офицер, совершивший изнасилование: (i) в стенах полицейского участка; (ii) в другом помещении, в котором он официально работал; (iii) в отношении женщины, находившейся под его непосредственной охраной (англ. *in custody*) или под охраной подчиненного офицера;
- публичный служащий, совершивший с использованием преимуществ своего служебного положения изнасилование женщины, находившейся под его личной охраной или охраной подчиненного публичного служащего;
- управляющий персонал (начальник или член совета) тюремного учреждения, ювенального дома предварительного заключения, женского или детского учреждения или института (например, приюта для покинутых детей

¹² *The Criminal Law (Second Amendment) Act 1983*. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://www.casemine.com/act/in/5a979dae4a93263ca60b725f>.

¹³ *Tukaram and another v. State of Maharashtra*. 1979. AIR 1979 SC 185; 1978 CriLJ 1864; (1979) 2 SCC 143. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://www.learn.lexiconic.net/fallacies/index.htm>.

- и вдов), совершивший с использованием своего служебного положения изнасилование любого заключенного в таком месте;
- управляющий персонал (начальник или член совета) госпиталя, совершивший с использованием своего служебного положения изнасилование женщины в таком госпитале (Ratanlal, Dhirajlal 2019, 513).

Приведенные дополнения ст. 376 УК были вызваны необходимостью остановить сексуальные злоупотребления против женщин, находящихся под охраной, опекой или контролем хотя и не совершавших изнасилование лиц, которые тем не менее были достойны наказания за свои противоправные действия. В таких делах главным средством защиты обвиняемого являлась ссылка на якобы имевшееся согласие женщины на половой контакт, при наличии которого противозаконная сексуальная связь наделенного властью над женщиной лица уже не могла быть квалифицирована как изнасилование, а потому влекла наказание в виде тюрьмы до пяти лет и штрафа.

Введение этих норм в УК Индии сопровождалось большим количеством судебных дел, в которых решался вопрос о правомерности ссылки на наличие согласия подконтрольных женщин, в том числе согласия, полученного от жертвы уже после совершения полового акта. Для полноценной защиты обвиняемого требовалось доказать не только наличие у женщины знания характера совершенного с ней действия, но и свободного выбора между согласием или сопротивлением. Не защищало обвиняемого и отсутствие следов насилия на теле женщины или ее пассивное поведение перед лицом неизбежного принуждения. В случаях, когда изнасилованная женщина находилась под охраной должностного лица, совершившего с ней половой контакт, на основании ст. 114 А Закона о доказательствах 1872 г.¹⁴ действует презумпция того, что согласия женщины не было, и если жертва изнасилования прямо заявляла на судебном процессе, что не давала своего согласия на половой акт, суд был обязан поверить ей.

В решении по делу *Re Director of General Protector* суд особо подчеркнул, что согласие женщины из так называемой зарегистрированной касты или племени (бывшей касты неприкасаемых) на сексуальную связь с лицом, занимавшим доминирующее положение, не защищает обвиняемого от инкриминируемого состава изнасилования по ч. 2 ст. 375 УК Индии¹⁵.

По новому Закону 1983 г.¹⁶ также выделялись квалифицированные составы изнасилования наряду с вышеописанными составами со специальным субъектом (подп. «а»–«д» ч. 2 ст. 376 УК Индии). Так, в новых подп. «е»–«g» ч. 2 ст. 376 устанавливалась повышенная уголовная ответственность за изнасилование беременной женщины лицом, знавшим факт ее беременности; несовершеннолетней девочки до 12 лет; изнасилование группой лиц (*gang rape*). При таких тяжких обстоятельствах не могло быть назначено наказание менее 10 лет тюремного заключения с обязательным штрафом, а в исключительных случаях — пожизненное лишение свободы.

¹⁴ *Indian Evidence Act 1872*. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://legislative.gov.in/sites/default/files/A1872-01.pdf>.

¹⁵ *Re Director of General Protector*. 1993. Cr. L. J. 760 (Ker.).

¹⁶ *The Criminal Law (Second Amendment) Act 1983*. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://www.casemine.com/act/in/5a979dae4a93263ca60b725f>.

Кроме того, по всем указанным пунктам ст. 376 предполагались выплаты не только денежного штрафа в казну, но и денежного возмещения самой пострадавшей женщине на нужды, связанные с лечением и восстановлением здоровья. Такая комплексная санкция, неизвестная европейским странам, вводилась в УК Индии в целях столь необходимого в этом случае возмездия за вред, причиненный жертве и чести ее семьи.

2.3. Законодательные новеллы в 1990–2010-х годах

Среди факторов, ускоривших принятие в 2000-е годы ряда законодательных новелл, упомянем активизацию женских демократических сил Индии, усиление представительства и полномочий женщин в органах государственной власти и общественных организациях. Специальный билль о защите женщин от домашнего насилия был разработан в парламентском комитете под председательством Арджун Сингх и других видных женщин-юристов. В результате принимаются два важных закона: Закон о защите женщин от домашнего насилия 2005 г.¹⁷ и Закон о запрещении браков несовершеннолетних (детей) 2007 г.¹⁸, дополнивший список ранее принятых актов, начиная с Закона Сарда 1929 г.¹⁹

Большое значение для текущей уголовной политики по защите женщин приобрел еще один законодательный акт 2013 г., толчком к принятию которого послужили печальные события 2012 г. в столице Дели, когда в автобусе, прямо на глазах у своего спутника 23-летняя практикант-физиотерапевт Джоти Сингх была избита железными прутьями и жестоко изнасилована группой из шести мужчин; в результате от полученных травм она скончалась спустя два дня (Sikdar 2012). Еще через несколько дней индийское правительство учредило особый комитет во главе с Дж. С. Вермой, экс-председателем Верховного суда Индии (The Justice Verma Committee Report on Amendments to Criminal Law), для выработки законодательных предложений в части ужесточения государственной политики по делам о половых преступлениях. В результате этого резонансного случая по столице и другим городам Индии прокатилась волна массовых протестов. Спустя год после инцидента по приговору Высокого суда Дели четверо обвиняемых в групповом изнасиловании и убийстве Nirbhaya²⁰ были приговорены к смертной казни через повешение (Barry 2013).

Принятый в итоге новый Закон об уголовном праве (внесение изменений) от 02.04.2013²¹, который неофициально называли в честь погибшей девушки (Nirbhaya Act), внес дополнения почти во все институты и акты индийского права, связанные

¹⁷ *The Protection of Women from Domestic Violence Act (No. 43 of 2005)*. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://legislative.gov.in/actsofparliamentfromtheyear/protection-women-domestic-violence-act-2005>.

¹⁸ *The Prohibition of Child Marriage Act (No. 6 of 2007)*. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://legislative.gov.in/sites/default/files/A2007-06.pdf>.

¹⁹ *The Child Marriage Restraint Act 1929*. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://wcd.nic.in/child-marriage-restraint-act-1929-19-1929>.

²⁰ Nirbhaya значит «Бесстрашная» — именно такой судебный псевдоним получила Джоти Сингх из-за существующего в законодательстве Индии запрета раскрывать настоящее имя жертвы насилия в ходе разбирательств по делу.

²¹ *The Criminal Law (Amendment) Act 2013*. Дата обращения 20 июня, 2019. http://www.ycse.edu/admin/pdf/Anti-rape_bill_2013.pdf.

с трактовкой понятия изнасилования (в УК Индии 1860 г., Уголовно-процессуальный кодекс Индии 1973 г. (далее — УПК Индии), Закон о доказательствах 1872 г., Закон о защите детей от преступлений сексуального характера 2012 г. и др.)²².

Совершенно логично, что указанный Закон 2013 г. отдельно криминализировал так называемое бандитское изнасилование с участием сплоченной группы лиц, и поэтому состав с одноименным названием *gang rape* появился в новой ст. 376 D УК Индии:

Если женщина была изнасилована одним или несколькими лицами, состоящими в группе или действующими во исполнение общего замысла (*common intention*), то в таком случае каждое из этих лиц считается совершившим преступление изнасилования и должно быть подвергнуто строгому тюремному заключению на срок не менее 20 лет и вплоть до пожизненного заключения, что означает тюремное заключение на оставшуюся часть естественной жизни этого лица, и вместе со штрафом при условии, что такой штраф должен быть справедливым и разумным для покрытия медицинских расходов и реабилитации потерпевшей.

Кроме того, были криминализированы такие новые составы, как нападение с использованием кислоты, сексуальное домогательство, раздевание, вуайеризм и выслеживание женщины (*acid attack, sexual harassment, disrobe woman, voyeurism, stalking*), ответственность за которые была инкорпорирована соответственно в ст. 326 A и 326 B, 354 A, 354 B, 354 C и 354 D УК Индии.

Также Законом 2013 г. было существенно изменено описание состава изнасилования (Mehta 2013). В ныне действующей редакции ст. 375 УК Индии, по сравнению с ранее приведенным нами текстом в редакции Закона 1983 г., законодательная дефиниция изнасилования трансформировалась в следующую (пер. с англ. наш. — Авт.):

Мужчина считается совершившим изнасилование, если он: а) проникает (*penetrates*) своим penisом или любым другим образом в вагину, рот, уретру или анус женщины или заставляет ее делать то же с ним или любым другим человеком; или б) вставляет любым образом какой-либо предмет или часть тела, не являющуюся penisом, в вагину, уретру или анус женщины или заставляет ее делать это с ним или любым другим лицом; или с) манипулирует любой частью тела женщины, чтобы совершить проникновение в вагину, уретру, анус или любую часть тела этой женщины, или заставляет ее делать это с ним или любым другим лицом; или d) прикасается своим ртом к вагине, анусу, уретре женщины, или заставляет ее делать это с ним или любым другим лицом, — при обстоятельствах, подпадающих под любое из следующих семи условий: 1) против ее воли; 2) без ее согласия; 3) с ее согласия, когда такое согласие получено путем угрозы причинения смерти или вреда здоровью ей или любому лицу, в котором она имеет заинтересованность; 4) с ее согласия, когда мужчина знает, что он не является ее мужем и что ее согласие дается, потому что она считает, что он является тем другим мужчиной, с которым она состоит или считает себя состоящей в законном браке; 5) с ее согласия, когда во время предоставления

²² “India: New Sexual violence law has both positive and regressive provisions”. *Amnesty International*. 2013. Дата обращения 20 июня, 2019. <http://www.amnesty.org/en/for-media/press-releases/indian-new-sexual-violence-law-has-both-positive-and-regressive-provisions-2>.

такого согласия она была не в состоянии понимать природу и последствия того, на что она дает согласие, вследствие своего психического расстройства, или опьянения, или введения иного одурманивающего или вредного вещества; 6) с ее согласия или без такого, когда ей меньше 18 лет²³; 7) когда она не способна сообщить свое согласие.

Пояснение 1. Для целей данной статьи, «вагина» также включает половые губы.

Пояснение 2. «Согласие» означает недвусмысленное добровольное соглашение (agreement), когда женщина словами, жестами или в любой форме вербального или невербального общения сообщает о готовности участвовать в конкретном половом акте (sexual act), при том условии, что женщина, которая физически не сопротивляется проникновению (penetration), не должна прямо выражать на основании лишь этого факта свое согласие на сексуальную активность.

Исключение 1. Медицинская процедура или вмешательство не должны рассматриваться как изнасилование.

Исключение 2. Половое сношение или половые акты со стороны мужчины с его собственной женой, которая старше 15 лет, не являются изнасилованием (Ratanlal, Dhirajlal 2019).

Кроме этого, законодательные новеллы были внесены в описание квалифицированного состава изнасилования. Напомним, что перечень отягчающих обстоятельств в ч. 2 ст. 376 УК Индии был существенно дополнен и теперь насчитывает 14 (!) разновидностей изнасилования, за совершение которых грозит от 10 лет лишения свободы до смертной казни.

Так, в подп. «с» и «f» ч. 2 данной статьи были выделены новые виды специального субъекта преступления: «служащий вооруженных сил, дислоцируемых на территории, подконтрольной центральному правительству или правительству штата»; «родственник, опекун или учитель либо лицо, пользующееся доверием или авторитетом у данной женщины». Далее в подп. «g», «j», «k», «l», «m» и «n» введены новые квалифицирующие обстоятельства изнасилования: совершение его в обстановке массовых беспорядков в общине или секте; в отношении женщины, неспособной дать согласие; в положении контроля или доминирования над женщиной; при наличии у женщины психического или физического расстройства; с причинением женщине тяжких телесных повреждений, калечащих или уродующих повреждений тела, или поставлением под угрозу ее жизнь; при неоднократности изнасилования в отношении одной и той же женщины.

В особо квалифицированный состав было выделено изнасилование по ст. 376 А:

Лицо, совершившее преступление, наказуемое в соответствии с ч. 1 или 2 ст. 376, и причинившее в ходе такого совершения деяния травму, которая приводит к смерти женщины или к тому, что женщина переходит в постоянное вегетативное состояние (persistent vegetative state), — наказывается лишением свободы на срок не менее 20 лет и вплоть до пожизненного тюремного заключения, что означает лишение свободы на оставшуюся часть естественной жизни этого лица, либо смертной казнью.

²³ В первой редакции УК Индии 1860 г. стояло ограничение «возраст согласия» в 10 лет, но в 1891 г. его повысили до 12 лет, а затем в 1983 г. — до 16 лет.

В целом дополнительный Закон 2013 г. имел ряд серьезных недостатков, в частности отсутствие наказания за изнасилование в браке (*marital rape*) мужчиной своей законной супруги, если она уже достигла возраста 15 лет и старше. К криминализации этого вида изнасилования призывают Индию эксперты на уровне ООН (Manjoo 2014). Критической оценки заслуживает и не вполне обоснованное расширение оснований назначения смертной казни за ряд преступлений на сексуальной почве, а также включение дискриминационной концепции «скромности и моральности» женщины (*concept of modesty*). К слову, еще в 1995 г. Верховный суд Индии применительно к ст. 354 УК Индии попытался истолковать термин *modesty*, используя «Оксфордский словарь английского языка», и процитировал следующее определение: «Свойство быть скромной в отношении женщины означает уместность женского поведения; последовательное целомудрие мыслей, речи и внешнего поведения. <...> Как нам представляется, окончательная оценка того, была ли скромность женщины оскорблена, зависит от того, является ли действие правонарушителя таковым, чтобы оно могло быть воспринято как шокирующее чувство приличия женщины»²⁴. В любом случае наличие в тексте уголовного закона оценочной, расплывчатой и дискриминирующей по признаку пола концепции «женской скромности и моральности» не должно долго оставаться без соответствующего переформулирования или даже исключения.

Одна из тенденций современной уголовной политики Индии в области запрета изнасилования состоит в том, что продолжается ужесточение наказаний за насильственные деяния против женщин. Эта тенденция инспирирована трагичным прецедентом в мае 2014 г., когда в деревне Карта штата Уттар-Прадеш на ветке мангового дерева были обнаружены повешенными две девочки в возрасте 14 и 15 лет из касты далитов — одной из самых презираемых в регионе, которых перед этим жестоко изнасиловали²⁵. По этой причине местные полицейские первое время не предпринимали никаких попыток расследования. После серии массовых протестов по этому случаю премьер-министр Индии Нарендра Моди был вынужден заявить на специальной сессии парламента, что уважение и защита прав женщин должны стать одной из главных ценностей полутора миллиардного населения современной Индии²⁶. В связи с этим правительство разработало специальный закон об ужесточении ответственности за насильственные посягательства на женщин и детей. Спустя четыре года, в течение которых получили резонанс еще несколько случаев жестокого сексуального насилия в разных штатах Индии, правительство и парламент приняли в апреле 2018 г. радикальные поправки к УК Индии 1860 г.²⁷

Введение законодательных новелл было ускорено событием, произошедшим в январе 2018 г. на территории мусульманского штата Джамму и Кашмир, где из-

²⁴ *Rupan Deol Bajaj v. KPS Gill*. 1995. AIR 1996 SC 309. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://indiankanon.org/doc/579822>.

²⁵ «По делу об изнасиловании в Индии уволены полицейские». *BBC News*. 2014. Дата обращения 20 июня, 2019. https://www.bbc.com/russian/international/2014/05/140530_india_rape_investigation.

²⁶ «#JusticeforJisha: Индия протестует против изнасилования и убийства женщины из касты неприкасаемых». *Global Voices*. 2016. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://ru.globalvoices.org/2016/05/12/49089>.

²⁷ «The Criminal Law (Amendment) Act 2018». *The Gazette of India. Government of India*. April, 2018. Дата обращения 20 июня, 2019. https://www.mha.gov.in/sites/default/files/CSdivTheCriminalLawAct_14082018_0.pdf.

давна проживают две крупные религиозные общины Индии — мусульмане-кочевники (гуджары) и индусы-землепашцы. В местной деревушке Катхуа у одного из гуджаров похитили, изнасиловали и убили 8-летнюю дочь Асифу. Это тяжкое преступление совершила группа кашмирских индусов во главе с хранителем святилища-девиствхана, который якобы пытался таким образом «проучить» исламистов-гуджаров и навести на них страх. Когда стали известны факты сексуальных издевательств над девочкой Асифой, ничего не понимавшей в религиозных распрях, которую удерживали в подвале храма и истязали в течение целой недели, а затем жестоко убили, по всей стране взбунтовалась мусульманская община (14 % населения Индии) и прошли массовые протесты, к которым присоединились радикально настроенные защитники прав женщин (Куприянов 2018).

Вызванные этим резонансным делом поправки к УК Индии предусматривают введение смертной казни за десять тяжких преступлений (военный мятеж, пособничество в сати²⁸ и др.), среди которых особо выделено групповое изнасилование несовершеннолетней, не достигшей возраста 12 лет. Этот же закон о поправках ужесточил наказание за иные формы изнасилования, в частности, увеличив минимальное наказание с 10 до 20 лет лишения свободы за изнасилование девушки в возрасте от 12 до 16 лет и с 7 до 10 лет тюремного заключения за изнасилование взрослой женщины. При этом в обоих случаях подсудимого могут приговорить к пожизненному заключению.

Важной процессуальной гарантией стала новая поправка в УПК Индии²⁹, согласно которой все эпизоды по ст. 375 и 376 УК Индии об изнасиловании должны расследоваться в ускоренном режиме, а срок подачи апелляции по ним ограничивается лишь шестью месяцами.

3. Выводы

Дефиниция и элементный состав изнасилования — этого грубейшего посягательства на честь, достоинство и половую неприкосновенность женщин — прошли несколько этапов законодательной новеллизации и судебного толкования. Поправки вносились в УК Индии 1860 г. с его традиционным составом изнасилования, сформулированным еще британскими юристами в колониальный период на основе англосаксонской доктрины и уголовных прецедентов. Во второй половине XX в. институт ответственности за половые преступления в Индии существенно видоизменился. Уголовно-правовое регулирование было перенаправлено на защиту замужних женщин от крайних форм жестокости, в том числе доведения до самоубийства вдов (архаический обряд сати). В начале XXI в. происходит значительное расширение законодательной дефиниции насилия над женщиной в семье и на работе, в том числе введение в УК Индии нового состава сексуального домогательства (*harassment*), начинают применяться новые способы судебной и досудебной защиты женщин от этого социального зла. Текущий этап преобразований института уголовно-правовой защиты женщин от сексуального насилия имеет

²⁸ Данный похоронный ритуал в традиционном индуизме означает восхождение вдовы на погребальный костер с телом ее покойного супруга.

²⁹ *The Code of Criminal Procedure 1973*. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://legislative.gov.in/sites/default/files/A1974-02.pdf>.

противоречивую природу, соединяя две противоположные тенденции уголовной политики: ужесточение наказаний за насильственные деяния против женщин и либерализацию (декриминализацию) гомосексуальных связей. Перманентный рост случаев изнасилования в Индии укрепляет общественное мнение в том, что необходимо расширить основания для смертной казни за этот вид половых преступлений против женщин. Если в других уголовно-правовых системах осужденные за сексуальные преступления нередко рассматриваются как «больные», нуждающиеся в терапевтической и психиатрической помощи, то в индийских тюрьмах сексуальные преступники не выделяются из общей массы заключенных. Назревает проблема криминализации инцестных изнасилований и введения ответственности за недоносительство и укрывательство фактов сексуального насилия в семье среди родственников. В индийской культуре изнасилование по-прежнему остается одной из наиболее латентных и систематических практик, так как о большинстве случаев не сообщается в полицию вследствие опасения социальной стигмы жертвы среди родственников и деревенского окружения, а также высокой вероятности оправдания насильника из-за отсутствия доказательств. Это усугубляется этнокультурной спецификой отношения индусов к женщине, которая априори превращается на суде из жертвы в формально обвиняемую, когда ей нужно доказывать свою хорошую репутацию, умственную полноценность и безупречность поведения (Jibin, Tushar, Siddhartha 2015). По сути, любой случай изнасилования включает в себя предварительный тщательный анализ характера женщины и степени ее целомудрия.

Библиография

- Вигасин, Алексей А. 1990. «Женщина в Древней Индии». *Женщина в древнем мире*, 301–332. М.: Наука; Главная редакция восточной литературы.
- Денисенко, Владислав В., Елена Н. Трикоз. 2018. «Типология смешанных правовых систем». *Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России* 2 (42): 29–37.
- Козлихин, Игорь Ю., Николай Г. Стойко. 2018. *Исламское уголовное право и процесс*. СПб.: Изд-во С.-Петербурга. ун-та.
- Крашенинникова, Нина А. 2009. *Правовая культура современной Индии: Инновационные и традиционные черты*. М.: Норма.
- Куприянов, Алексей. 2018. «Самое чудовищное преступление в Индии». *Профиль*. Дата обращения 20 июля, 2019. <https://profile.ru/politics/samoe-chudovishchnoe-prestuplenie-3574>.
- Кущенков, Анатолий А. 1973. *Эволюция индийской касты*. М.: Наука.
- Самозванцев, Андрей М. 1996. «Индийская женщина в литературе дхармашастр». *Индийская жена: исследования, эссе*, 37–47. М.: Восточная литература.
- Юрлова, Евгения С. 2014. *Женщины Индии. Традиции и современность*. М.: Институт востоковедения РАН.
- Altekar, Anant S. 1973. *The position of women in Hindu civilization*. Delhi: Motilal Banarsidass.
- Barry, Ellen. 2013. “Many doubt death sentences will stem India sexual attacks”. *The New York Times*. Дата обращения 20 июля, 2019. <https://www.nytimes.com/2013/09/14/world/asia/4-sentenced-to-death-in-rape-case-that-riveted-india.html>.
- Cross, Rupert. 1978. “The making of English Criminal Law: Macaulay”. *Criminal Law Review* 5: 519–528.
- Farooqui, Vincent. 1987. “Changing judicial views on women’s issue”. *New Age* February 15: 4.
- Jibin, Mathew G., Bhardwaj Tushar, Srivasatava Siddhartha. 2015. “A critical overview of offences against women under the Indian Penal Code”. *Academike. Articles on legal issues*. Дата обращения 20 июля, 2019. <https://www.lawctopus.com/academike/critical-overview-offences-women-indian-penal-code>.

- Manjoo, Rashida. 2014. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences. Mission to India (A/HRC/26/38/Add.1), April, 2014, para. 78(c)*. Дата обращения 20 июня, 2019. <https://digitallibrary.un.org/record/771929>.
- Mehta, Siddharth. 2013. "Rape law in India: problems in prosecution due to loopholes in the law". *SSRN Electronic Journal*. Дата обращения 20 июля, 2019. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2250448>.
- Ratanlal, Ranchhoddas, Keshavlal Th. Dhirajlal. 2019. *The Indian Penal Code*. Agra; New Delhi: LexisNexis.
- Sen, Amartya. 2015. *The country of first boys*. Oxford: Oxford University Press.
- Sikdar, Shubhomoy. 2012. "Delhi gang-rape: Victim narrates the tale of horror". *The Hindu*. Дата обращения 20 июля, 2019. <https://www.thehindu.com/news/national/delhi-gangrape-victim-narrates-the-tale-of-horror/article4230038.ece>.

Статья поступила в редакцию 6 августа 2019 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Крашенинникова Нина Александровна — д-р юрид. наук, проф. (06.01.1928–28.02.2021)
Трикоз Елена Николаевна — канд. юрид. наук, доц.; alena_trikoz@mail.ru

Criminal protection of women's rights in India: History and modernity

N. A. Krasheninnikova^{†1}, E. N. Trikoz^{2,3}

¹ Lomonosov Moscow State University,

1, ul. Leninskie gory, GSP-1, Moscow, 119991, Russian Federation

² Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University),

76, pr. Vernadskogo, Moscow, 119454, Russian Federation

³ Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),

6, ul. Miklukho-Maklaya, Moscow, 117198, Russian Federation

For citation: Krasheninnikova, Nina A., Elena N. Trikoz. 2022. "Criminal protection of women's rights in India: History and modernity". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 230–245. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.113> (In Russian)

In the unique criminal law model of India, a hybrid combination of principles and institutions of the three legal systems, one of the most odious crimes involves encroaching on the honor, dignity, and sexual integrity of a woman. The authors aim to analyze the criminological principles of the scale and simultaneous latency of violent sexual crimes in India. Cultural and civilizational incentives for the prevalence of rape have been identified, including the historical practice of male polygamy, early child marriage, subordination of a woman in the family, her domestic retreat and "eternal widowhood", as well as a "gender imbalance" and girls' infanticide in traditional Hindu families. From the point of view of the systematics of crimes, Indian criminologists distinguish more than ten different categories of "feminine torts", including sexual assault, are classified as a group of "crimes of passion" (Articles 354, 375–376, 509 of the Indian Penal Code 1860). From the point of view of elemental composition of rape, the objective test is dominant (peno-vaginal penetration) and consists of six alternative conditions of a constitutive element "women's consent". The recent innovations in the IPC 1860, which expanded the definition of rape and legalized the concept of "custodial rape" from the judicial practice (*Tukaram v. State of Maharashtra* 1978), as a special composition of sexual violence using official position. There is a significant expansion of the legislative definition of "violence against women" in the family and at office, as well as the toughening of punishments for violent acts against women, up to the expansion of the grounds for the use of the death penalty.

Keywords: common law, Hindu law, precedent, codification, women's rights, gender, rape, criminal liability, death penalty.

References

- Altekar, Anant S. 1973. *The position of women in Hindu civilization*. Delhi, Motilal Banarsidass.
- Barry, Ellen. 2013. "Many doubt death sentences will stem India sexual attacks". *The New York Times*. Accessed July 20, 2019. <https://www.nytimes.com/2013/09/14/world/asia/4-sentenced-to-death-in-rape-case-that-riveted-india.html>.
- Cross, Rupert. 1978. "The making of English Criminal Law: Macaulay". *Criminal Law Review* 5: 519–528.
- Denisenko, Vladislav V., Elena N. Trikoz. 2018. "Typology of mixed legal systems". *Iuridicheskaia nauka i praktika: Vestnik Nizhegorodskoi akademii MVD Rossii* 2 (42): 29–37. (In Russian)
- Farooqui, Vincent. 1987. "Changing judicial views on women's issue". *New Age* February 15: 4.
- Iurlova, Evgeniia S. 2014. *Women of India. Traditions and modernity*. Moscow, Institut vostokovedeniia RAN Publ. (In Russian)
- Jibin, Mathew G., Bhardwaj Tushar, Srivasatava Siddhartha. 2015. "A critical overview of offences against women under the Indian Penal Code". *Academike. Articles on legal issues*. Accessed July 20, 2019. <https://www.lawctopus.com/academike/critical-overview-offences-women-indian-penal-code>.
- Kozlikhin, Igor' Iu., Nikolai G. Stoiko. 2018. *Islamic criminal law and process*. St Petersburg, St Petersburg University Press. (In Russian)
- Krashennnikova, Nina A. 2009. *Legal culture of modern India: Innovative and traditional features*. Moscow, Norma Publ. (In Russian)
- Kupriianov, A. 2018. "The most heinous crime in India". Accessed July 20, 2019. <https://profile.ru/politics/samoe-chudovishchnoe-prestuplenie-3574>. (In Russian)
- Kutsenkov, Anatolii A. 1973. *The evolution of the Indian caste*. Moscow, Norma Publ. (In Russian)
- Manjoo, Rashida. 2014. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences. Mission to India (A/HRC/26/38/Add.1), April, 2014, para. 78(c)*. Accessed June 20, 2019. <https://digitallibrary.un.org/record/771929>.
- Mehta, Siddharth. 2013. "Rape law in India: problems in prosecution due to loopholes in the law". *SSRN Electronic Journal*. Accessed July 20, 2019. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2250448>.
- Ratanlal, Ranchhoddas, Keshavlal Th. Dhirajlal. 2019. *The Indian Penal Code*. Agra, New Delhi, LexisNexis.
- Samozvantsev, Andrei M. 1996. "Indian woman in dharmashastra literature". *Indiiskaia zhena: issledovaniia, esse*, 37–47. Moscow, Vostochnaya literatura Publ. (In Russian)
- Sen, Amartya. 2015. *The country of first boys*. Oxford, Oxford University Press.
- Sikdar, Shubhomoy. 2012. "Delhi gang-rape: Victim narrates the tale of horror". *The Hindu*. Accessed July 20, 2019. <https://www.thehindu.com/news/national/delhi-gangrape-victim-narrates-the-tale-of-horror/article4230038.ece>.
- Vigasini, Aleksei A. 1990. "Woman in Ancient India". *Zhenshchina v drevnem mire*, 301–332. Moscow, Nauka Publ.; Glavnaia redaktsiia vostochnoi literatury Publ. (In Russian)

Received: August 6, 2019
Accepted: December 10, 2021

Authors' information:

Nina A. Krashennnikova — Dr. Sci. in Law, Professor (06.01.1928–28.02.2021)
Elena N. Trikoz — PhD in Law, Associate Professor; alena_trikoz@mail.ru

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 34.05

Регулирование применения больших данных
в Республике Корея и РоссииА. Э. Должикова¹, Б. Р. Сембекова², М. Ясин³

¹ Российский университет дружбы народов,
Российская Федерация, 117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6

² Евразийский национальный университет им. Л. Н. Гумилева,
Казахстан, 010000, Нур-Султан, ул. Сатбаева, 2

³ Стамбульский университет,
Турецкая Республика, 34452, Стамбул, Беязыт

Для цитирования: Должикова, Анна Э., Бакиткул Р. Сембекова, Меликшах Ясин. 2022. «Регулирование применения больших данных в Республике Корея и России». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 246–256. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.114>

Современные инновации, обусловленные технологиями обработки больших данных, все чаще вступают в противоречие с международными принципами защиты персональных сведений и ставят под сомнение эффективность и адекватность имеющихся правовых механизмов защиты конфиденциальности личной информации. Актуальность исследуемой проблемы обусловлена недостаточной разработанностью теоретических и научно-методических аспектов правового регулирования больших данных в Российской Федерации и необходимостью имплементации положительного зарубежного опыта в ходе построения аналогичного отечественного механизма. Цель исследования заключается в изучении положительного опыта правового регулирования применения больших данных в Республике Корея с точки зрения его имплементации в российское законодательство. Ведущим методом исследования данной проблемы является сравнительно-правовой, позволяющий авторам сформулировать предложения по совершенствованию отечественного законодательства. Корейский опыт показывает необходимость расширения возможности обработки и использования персональных данных, что, в свою очередь, способствует более широкому применению больших данных. К основным направлениям совершенствования правового регулирования процессов использования больших данных относятся следующие области: право пользователей на доступ к своим данным и проверку деятельности компаний с ними; право на прекращение использования и дальнейшее удаление данных; право на изменение данных; право на перенос данных. Основываясь на зарубежном опыте, можно будет

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2022

создать эффективную российскую систему правового регулирования больших данных. Новизна и оригинальность исследования заключаются в том, что в нем впервые изучен опыт законодателя Республики Корея в области больших данных.

Ключевые слова: зарубежный опыт, правовое регулирование, большие данные, имплементация, персональные данные, автоматизированная обработка.

1. Введение

Большие данные сравнивают с галактикой, что призвано отразить необъятность этой новой цифровой реальности, влияющей на нашу жизнь, но, подобно многим космическим объектам, не видимой невооруженным глазом (Трофимова 2019). 4 января 2021 г. американская аналитическая компания Eurasia Group представила рейтинг главных рисков, с которыми может столкнуться мир в 2021 г., в частности, ключевыми рисками были названы проблемы с передачей конфиденциальных данных другим странам через интернет и возможность возникновения конфликта в киберпространстве¹.

Статья 24 Конституции РФ предусматривает, что сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускаются. Органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом. Считаем, что это положение напрямую относится и к персональным данным.

Следует согласиться с А. А. Карцхия в том, что «создание сложных объектов (искусственный интеллект, аналитические структуры на основе Big Data, самоуправляемые системы по типу Smart Everything и т. д.), построенных по принципу комплексных технологий, формирует запрос на расширение перечня охраноспособных объектов интеллектуальной собственности, изменение способов правовой охраны в цифровом пространстве, создание сегмента цифровых услуг как разновидности объектов интеллектуальной собственности, признание прав на виртуальные объекты цифровой экосистемы» (Карцхия 2017, 18).

А. С. Федосин рассматривает право на тайну частной жизни, защиту персональных данных и доступ к информации в качестве элементов комплексной структуры конституционного права на неприкосновенность частной жизни ввиду их тесного взаимного переплетения (Федосин 2009).

Конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных, заключенная в г. Страсбурге 28.01.1981², признает персональными данными любую информацию об определенном или поддающемся определению физическом лице (субъекте данных).

¹ «Рейтинг ключевых рисков для мира в 2021 году». Eurasia Group. 2021. Дата обращения 15 февраля, 2021. https://yandex.ru/turbo/regnum.ru/s/news/3157012.html?utm_source=yxnews&utm_medium=desktop.

² Здесь и далее все ссылки на российские и международные нормативно-правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 20 февраля, 2021. <http://www.consultant.ru>.

Статья 3 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» (далее — Закон № 152) признает таковыми любую информацию, относящуюся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных).

По мнению А. И. Савельева, с которым мы согласны, одна из наиболее часто звучащих в адрес существующего законодательства о персональных данных претензий связана с чрезмерно широким понятием персональных данных, что не позволяет операторам определить, какая именно информация относится к этой категории и в отношении чего следует применять особый правовой режим (Arkhipov, Naumov 2016; Дупан 2016). Как следствие, представители бизнес-сообщества нередко предлагают сузить данное понятие или вообще установить закрытый перечень персональных данных (Савельев 2018).

Проблема заключается в том, что в России до настоящего времени не выработано единого понимания и подхода к регулированию как больших данных, так и больших пользовательских данных, а последние являются исключительно новым предметом дискуссий (Савельев 2018; Есауленко 2017).

Понятие «большие данные» — технический термин, не имеющий на данный момент унифицированного юридического определения ни в отечественном, ни в международном законодательстве (Романова 2019).

В среде технических специалистов большие данные изначально понимались как большой объем информации, хранение которой не представлялось возможным в памяти одного компьютера ввиду его технических характеристик (Mauey-Schonberger, Cukier 2013). Для раскрытия сущностной характеристики понятия «большой объем данных» можно привести следующие определения: «Большие данные — данные, объем которых превосходит технические возможности конвенционных баз данных. Данные большого объема, характеризующиеся высокой скоростью обработки, которые не могут быть помещены в архитектуру традиционных баз данных» (Wilder-James 2012); «Большие данные — это наборы данных, размер которых превышает возможности обычных инструментов баз данных для сбора, хранения, управления и анализа» (Manuyika et al. 2011).

На сайте regulation.gov.ru опубликован законопроект о регулировании больших данных, который вносит поправки в Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» (далее — Закон № 149), при этом под большими данными понимается «совокупность неперсонифицированных данных, классифицируемая по групповым признакам, в том числе информационные и статистические сообщения, сведения о местоположении движимых и недвижимых объектов, количественные и качественные характеристики видов деятельности, поведенческие аспекты движимых и недвижимых объектов, полученных от различных владельцев данных либо из различных структурированных или неструктурированных источников данных, посредством сбора с использованием технологий, методов обработки данных, технических средств, обеспечивающих объединение указанной совокупности данных, ее повторное использование, систематическое обновление, форма представления которых не предполагает их отнесение к конкретному физическому лицу» (Королев 2020).

А. И. Савельев определяет большие данные как динамически изменяющийся массив информации, который представляет собой ценность в силу своих больших

объемов и возможности эффективной и быстрой обработки автоматизированными средствами, что, в свою очередь, обеспечивает возможность его использования для аналитики, прогнозирования и автоматизации бизнес-процессов (Савельев 2018, 123).

Мы поддерживаем мнение А. Ю. Романовой (Романова 2019), полагающей, что это определение требует доработки и до принятия закона следует опираться на определение, данное рабочей группой по защите физических лиц при обработке персональных данных Европейской комиссии, в соответствии с которым большие данные определяются как совокупность цифровых досье, составляемых с помощью широкопрофильного компьютерного алгоритма и находящихся в распоряжении многочисленных компаний, корпораций и государственных органов³.

В настоящий момент большие данные в Республике Корея используются как инструмент для решения различных проблем и для принятия стратегических решений по перспективным направлениям развития (Сіchocki 2017).

С развитием технологий обработки больших данных делается акцент на комплексное изучение на основе анализа массивных данных, включая интеллектуальный анализ текста, анализ социальных сетей и инфометрию. Таким образом, данные, используемые для определения перспективных направлений развития, поступают не только из существующих статистических данных и документов, но также из широкого спектра источников больших данных, таких как социальные сети, общедоступные данные и данные веб-активности.

Большие данные задействованы в политике, науке, экономике, социальной сфере, защите окружающей среды и других сферах жизни общества. Конкретные проекты включают в себя меры, направленные:

- на прогнозирование социальных рисков с помощью анализа социальных сетей (в том числе для борьбы с суицидом среди несовершеннолетних и выявления его причин);
- определение перспективных технологий для решения потенциальных социальных проблем;
- мониторинг предпринимательского сектора с использованием социальных данных (в том числе для краткосрочного прогнозирования цен на продукты питания на основе анализа электронных торговых ресурсов);
- прогнозирование стихийных бедствий на основе комплексных метеорологических исследований с использованием научно-статистических методов, а также разработку прототипов для системы долгосрочного прогнозирования и анализа бедствий в будущем;
- обнаружение признаков надвигающегося социального или политического конфликта на основе изучения новостей, публикуемых в открытых источниках, а также отслеживание изменения настроения общественности в социальных сетях для выявления назревающих политических конфликтов;

³ “Article 29 Data Protection Working Party Opinion 03/2013 on Purpose Limitation”. *European Commission*. 2013. Дата обращения 15 февраля, 2020. https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

- создание системы мониторинга для раннего выявления и предотвращения эпидемий на основе анализа использования лекарственных средств населением и рецептов, выписываемых врачами;
- разработку системы прогнозирования автомобильных аварий по местоположению и времени суток на основе анализа записей об авариях и метеорологической информации.

Параллельно защита личной сферы граждан от вмешательства в нее новых технологий развивалась через толкование общего понятия права на неприкосновенность частной жизни. Гибкий подход к определению содержания этого права особенно ярко проявляется в практике Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) (Савельев 2018). В качестве примеров использования новых технологий, признанных ЕСПЧ нарушением права на неприкосновенность частной жизни, можно привести ситуации, в которых осуществляется слежка за индивидом как посредством контроля за его коммуникациями и телефонными переговорами, в том числе с использованием системы тайного прослушивания вроде СОРМ (системы технических средств для обеспечения функций оперативно-разыскных мероприятий), так и посредством спутниковых систем навигации; другими примерами нарушения права на частную жизнь ЕСПЧ посчитал опубликование видеозаписей наблюдения в общественных местах, нерегламентированный контроль работодателя за использованием средств коммуникаций (служебного телефона, электронной почты, мессенджеров) работниками и ряд других⁴.

2. Основное исследование

В январе 2020 г. Национальная ассамблея Кореи приняла ряд серьезных поправок в области регулирования использования баз данных, которые в значительной степени упростили применение псевдонимизированной информации (*pseudonymised information*), расширили возможности обработки и использования персональных данных, что, в свою очередь, способствует более широкому применению больших данных. Изменения коснулись, в частности, Закона о защите персональных данных⁵ и Закона об использовании и защите кредитной информации⁶.

Поправки закрепляют концепцию псевдонимизированной информации, которая трактуется аналогично определению, содержащемуся в Регламенте ЕС о защите персональных данных 2016 г.⁷ Псевдонимизация понимается как обработка персональных данных таким образом, что они больше не могут быть отнесены к конкретному субъекту данных без использования дополнительной информации,

⁴ См. Постановления ЕСПЧ по делам «Копланд (Copland) против Соединенного Королевства», 2007, жалоба № 62617/00; «Узун (Uzun) против Германии», 2010, жалоба № 35623/05; «Роман Захаров (Roman Zakharov) против Российской Федерации», 2015, жалоба № 47143/06.

⁵ *Personal Information Protection Act, PIPA. Act No. 16930. Assented to February 4, 2020.* Дата обращения 20 февраля, 2021. https://www.privacy.go.kr/eng/laws_view.do?nttId=8188&imgNo=3.

⁶ *Credit Information Use and Protection Act, CIPA. Act No. 6360 Assented to January 16, 2001.* Дата обращения 20 февраля, 2021. https://www.privacy.go.kr/eng/laws_view.do?nttId=8188&imgNo=2.

⁷ «Регламент от 27.04.2016 Европейского парламента и Совета (ЕС) 2016/679 “О защите физических лиц в отношении обработки персональных данных и о свободном перемещении таких данных и отмене Директивы 95/46/ЕС (Общие правила защиты данных)”». *General Data Protection Regulation (GDPR)*. 2016. Дата обращения 20 февраля, 2021. <https://ogdpr.eu/ru/gdpr-2016-679>.

при условии что такая дополнительная информация хранится отдельно и подлежит применению технических и организационных мер, гарантирующих, что персональные данные не отнесены к идентифицированному или идентифицируемому физическому лицу. Поправки в значительной степени облегчат государству сбор и использование такой информации.

Другие изменения ослабляют ограничения на использование и передачу клиентских данных без необходимости получения дополнительного согласия клиента. Личную информацию разрешено будет использовать без дополнительного согласия субъекта «в разумных пределах, в соответствии с целями ее первоначального сбора», при условии что это не наносит ущерб субъекту данных и в отношении такой информации приняты соответствующие меры безопасности.

Закон об использовании и защите кредитной информации с внесенными в него поправками также создает правовую основу для различных кредитных услуг и включает в себя положения о переносимости данных. Действие данного Закона распространяется на все организации, имеющие дело с кредитной информацией, т. е. практически на все финансовые учреждения. В упомянутом акте также дается определение псевдонимизированной личной кредитной информации, которая представляет собой кредитную информацию (включая банковские записи, кредитную историю и др.), псевдонимизированную таким образом, что она не может быть идентифицирована конкретному лицу без использования или объединения ее с дополнительной информацией для восстановления ее первоначального состояния. Практическое осуществление такой псевдонимизации с большой долей вероятности будет выполняться с использованием технологии распределенного реестра.

Согласно ст. 14.1 «Применение информационных технологий в целях идентификации граждан РФ» Закона № 149, государственные органы, банки и иные организации в случаях, определенных федеральными законами, после проведения идентификации при личном присутствии гражданина РФ с его согласия на безвозмездной основе размещают в электронной форме: 1) сведения, необходимые для регистрации гражданина РФ в единой системе идентификации и аутентификации, и иные сведения, если такие сведения предусмотрены федеральными законами, — в единой системе идентификации и аутентификации; 2) биометрические персональные данные гражданина РФ — в единой информационной системе персональных данных, обеспечивающей обработку, включая сбор и хранение биометрических персональных данных, их проверку и передачу информации о степени их соответствия предоставленным биометрическим персональным данным гражданина РФ.

Помимо этого, субъекты данных получают право требовать от финансовых учреждений передачи их персональных кредитных данных различным компаниям по управлению кредитными данными и другим финансовым учреждениям. Для передачи персональных кредитных данных третьим лицам, как правило, требуется получение согласия субъекта, однако в соответствии с предложенными поправками из этого правила будут установлены некоторые исключения. Так, согласие субъекта на передачу кредитных данных третьим лицам не понадобится, если будет иметься взаимосвязь между первоначальной целью сбора данных и целью их передачи, а также в зависимости от контекста первоначального сбора данных, соображений безопасности и некоторых других факторов. Корейские юристы признают, что ука-

занные критерии носят общий характер, подчеркивая, что они с малой долей вероятности будут прояснены до вступления в силу закона (Tomar et al. 2017).

Псевдонимизированной информацией в понимании законодателя не является личная информация, которая, даже если не может быть идентифицирована сама по себе, способна «легко объединяться» с другой информацией таким образом, чтобы ее можно было идентифицировать конкретному лицу. При принятии решения о том, способна ли информация «легко объединяться», учитываются факторы «разумного рассмотрения», такие как способность получения другой информации, с которой объединится первоначальная, а также временные и иные ресурсы, требуемые для этого.

Надзор за защитой персональных данных осуществляют Министерство внутренних дел и безопасности Кореи (Ministry of Interior & Safety) и Комиссия по связи (Korea Communications Commission, КСС). В соответствии с Законом о защите персональных данных, выработка политики и другие регуляторные функции в рассматриваемой области переданы Комиссии по защите личной информации (Personal Information Protection Commission, РІРС), вновь создаваемому органу из девяти членов, подотчетному премьер-министру, членами которого являются правительственные чиновники и эксперты по вопросам политики и права. В полномочия Комиссии входят мониторинг и контроль за соблюдением конфиденциальности данных, а также издание принципов и рекомендаций в рассматриваемой сфере (Ryoo et al. 2020). Создание такого независимого надзорного органа также содержится в требованиях Регламента ЕС о защите персональных данных, на который регулярно ссылаются корейские юристы и, очевидно, опирается корейский законодатель.

В 2019 г. вступила в силу новая редакция Закона о содействии использованию информационно-коммуникационных сетей и защите данных⁸, которая ввела для операторов крупных онлайн-сервисов новые требования в отношении защиты данных. Эти поправки распространяются на компании, которые получают доход от информационных технологий (ИТ) более 8 млн долларов США за предыдущий год или имеют ежедневно не менее 1 млн корейских пользователей (посетителей), зарегистрированных в сервисе, либо чьи персональные данные сохранены иным образом. Так называемые провайдеры ИТ-услуг, в том числе социальные сети, различного рода агрегаторы, онлайн-сервисы и приложения, подходящие под указанные выше критерии, должны назначить местного представителя по конфиденциальности данных (при неимении делового присутствия в Корее), выполняющего исключительно эту роль, и страховать свою ответственность (или иметь финансовый резерв) на случай неблагоприятных инцидентов с персональными данными пользователей. За нарушение указанных требований установлен административный штраф в размере до 18 тыс. долларов США (Yang Minwoon et al. 2020).

По мнению Н. И. Касперской, часто говорят о том, что большие пользовательские данные (далее — БПД) должны регулироваться Законом № 152, согласно которому владельцем персональных данных является лицо, эти данные предоставившее. Однако в случае БПД это невозможно, так как «пользователь не предоставля-

⁸ *Act on Promotion of Information and Communications Network Utilisation and Data Protection*. Дата обращения 20 февраля, 2021. https://en.wikisource.org/wiki/Act_on_Promotion_of_Information_and_Communication_Network_Utilization_and_Information_Protection.

ет эти данные по собственному желанию (например, он прошел по улице, попал в зону действия видеокамеры — лицо его зафиксировано, но он же не давал разрешение на фиксацию своего лица). Таким образом, как только пользователь что-то сделал в интернете, действие и его последствия пользователю уже не принадлежат, поскольку он не может контролировать их дальнейшее распространение, не влияет на их дальнейшее существование, не может отозвать или запретить их использование нежелательным ему способом» (Касперская 2016).

Говоря о российской практике, А. И. Савельев предлагает при нарушении прав субъекта персональных данных вместо возмещения убытков и/или компенсации морального вреда требовать от нарушителя выплаты компенсации в пользу указанного субъекта. Компенсация подлежит взысканию при доказанности факта нарушения, совершенного оператором. При этом субъект персональных данных, обратившийся за защитой права, освобождается от доказывания размера причиненных ему убытков и/или размера морального вреда. Размер компенсации варьируется от 10 тыс. до 5 млн руб. и определяется по усмотрению суда исходя из характера нарушения и иных обстоятельств дела, с учетом требований разумности и справедливости (Савельев 2018, 142).

А. П. Сергеев и Т. А. Терещенко отмечают, что в доктрине и тем более в правоприменительной практике пока нет готовых и продуманных подходов к решению существующих проблем, а конкретные вопросы находятся в стадии осмысления (Сергеев, Терещенко 2018, 120).

Согласно п. 10 ст. 14.1 Закона № 149, контроль и надзор за выполнением организационных и технических мер по обеспечению безопасности персональных данных, установленных в соответствии со ст. 19 Закона № 152, при обработке персональных данных в единой биометрической системе, за исключением контроля и надзора за выполнением банками организационных и технических мер по обеспечению безопасности персональных данных при использовании единой биометрической системы, осуществляются федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным в области обеспечения безопасности, и федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным в области противодействия техническим разведкам и технической защиты информации, в пределах их полномочий, установленных законодательством РФ о персональных данных. Контроль и надзор за выполнением банками организационных и технических мер по обеспечению безопасности персональных данных при использовании единой биометрической системы осуществляются Центральным банком РФ.

Мы согласны с мнением А. Ю. Романовой (Романова 2019, 22): основная проблема применения технологии больших данных состоит в том, что ее функциональные возможности находятся в серьезном противоречии с международными основами охраны и защиты персональных данных, информированным согласием и принципом ограничения обработки персональных данных заранее определенной и конкретной целью (*data minimization principle*)⁹.

⁹ См., напр.: “Regulation 679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)”. *European Union*. 2016. Дата обращения 15 февраля, 2020. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

3. Выводы

С учетом норм зарубежных законов, в частности законодательства Республики Кореи, целесообразно принять в России специальный закон о больших данных и регламентировать следующие права в области больших данных: право пользователей на доступ к своим данным и проверку компаний, право на удаление данных, право на изменение данных, право на перенос данных (Карлаш 2020).

Библиография

- Дупан, Анна С. 2016. *Новая парадигма защиты и управления персональными данными в Российской Федерации и зарубежных странах в условиях развития систем обработки данных в сети*. М.: Издательский дом Высшей школы экономики.
- Есауленко, Алексей О. 2017. «Регулирование больших данных не за горами». *Директор информационной службы* 4: 46–48.
- Карлаш, Даниил С. 2020. «Права в области использования больших пользовательских данных». *Предпринимательское право. Приложение «Право и бизнес»* 1: 46–48.
- Карцхия, Александр А. 2017. «Цифровой императив: новые технологии создают новую реальность». *Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права* 8: 17–26.
- Касперская, Наталья И. 2016. «Большие пользовательские данные должны являться собственностью нации». Дата обращения 20 февраля, 2021. <https://www.facebook.com/natalya.kaspersky/posts/1795341197420340>.
- Королев, Игорь А. 2020. «Власти начинают регулировать большие данные. Вести реестр будет Роскомнадзор». *CNews*. Дата обращения 20 февраля, 2021. https://www.cnews.ru/news/top/2020-02-17_vlasti_nachinayut_regulirovat.
- Романова, Алена Ю. 2019. «К вопросу о правовом режиме больших данных». *Конституционное и муниципальное право* 8: 20–25.
- Савельев, Александр И. 2018. «Направления регулирования Больших данных и защита неприкосновенности частной жизни в новых экономических реалиях». *Закон* 5: 122–144.
- Сергеев, Александр П., Тагьяна А. Терещенко. 2018. «Большие данные: в поисках места в системе гражданского права». *Закон* 11: 106–123.
- Трофимова, Елена В. 2019. «Информация о субъектах предпринимательства в единых государственных реестрах — черная дыра в галактике больших данных?» *Предпринимательское право* 3: 44–49.
- Федосин, Алексей С. 2009. «Защита конституционного права человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни при автоматизированной обработке персональных данных в Российской Федерации». Дис. ... канд. юрид. наук, Саратовский государственный университет им. Н. Г. Чернышевского.
- Arkhipov, Vladislav V., Viktor B. Naumov. 2016. “The legal definition of personal data in the regulatory environment of the Russian Federation: Between formal certainty and technological development”. *Computer Law and Security Review* 32 (6): 868–887.
- Cichocki, Andrzej. 2017. “A new approach to future strategy in the era of Big Data”. *National Information Society Agency* 2: 1–30.
- Manyika, James, Michael Chui, Brad Brown, Jacques Bughin, Richard Dobbs, Charles Roxburgh, Angela Hung Byers. 2011. “Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity”. *McKinsey Global Institute*. Дата обращения 20 февраля, 2021. <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation>.
- Mayer-Schonberger, Viktor, Kenneth Cukier. 2013. *Big Data: A revolution that will transform how we live, work, and think*. John Murray Publ.
- Ryoo, Kwang Hyun, Juho Yoon, Tae Uk Kang, Jeong Eun Park. 2020. “Korea’s data privacy laws amended, paving way for Big Data services”. Дата обращения 15 февраля, 2020. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0b7bb83a-0b93-4f64-b3d0-552aedbf3c07#:~:text=The%20amendments%20to%20PIPA%20and,as%20well%20as%20other%20sectors>.

- Tomar, Louisa, William Guicheney, Hope Kyarisiima, Tinashe Zimani. 2017. "How Big Data can be used in the public sector". *National Information Society Agency* 8: 1–52.
- Wilder-James, Edd. 2012. "What is Big Data?" *O'Reilly Radar* 4: 1–12.
- Yang Minwoon, Susan Park, Juho Yoon, Kwang Hyun Ryou. 2020. "Data protection & privacy 2020". Дата обращения 15 февраля, 2020. <https://www.bkl.co.kr/law/field/fieldView.do?fieldNo=18&lang=ko>. (In Korean)

Статья поступила в редакцию 24 февраля 2021 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Должикова Анна Эдуардовна — аспирант; l_a_buka@mail.ru
Сембекова Бакиткул Рактаевна — д-р юрид. наук, проф.; b.sembekova@yandex.ru
Ясин Меликшах — д-р юрид. наук, проф.; melikshah.yasin@istanbul.edu.tr

Regulation of the use of big data in the Republic of Korea and Russia

A. E. Dolzhikova¹, B. R. Sembekova², M. Yasin³

¹ Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
6, ul. Miklukho-Maclaya, Moscow, 117198, Russian Federation

² Eurasian National University named after L. N. Gumilyov,
2, ul. Satbaeva, Nur-Sultan, 010000, Kazakhstan

³ Istanbul University,
Beyazit, Istanbul, 34452, Republic of Turkey

For citation: Dolzhikova, Anna E., Bakitkul R. Sembekova, Melikşah Yasin. 2022. "Regulation of the use of big data in the Republic of Korea and Russia". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 246–256. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.114> (In Russian)

Modern innovations driven by big data processing technologies are increasingly in conflict with international principles for protecting personal information and call into question the effectiveness and adequacy of existing legal mechanisms for protecting confidentiality of personal information. The relevance of the problem under study is due to the insufficient development of theoretical and methodological aspects of legal regulation of big data in the Russian Federation and the need to implement positive foreign experiences for building a mechanism for legal regulation of this institution. The purpose of the essay is to study the positive experience of legal regulation of the use of big data in the Republic of Korea for its implementation in Russian legislation. The leading method for studying this problem is a comparative legal one, which allows the authors to formulate proposals for improving domestic legislation. The study led to the following conclusion. The main area for improvement the legal regulation of the processes of using big data are: the right of users to access their data and check the activities of companies with them, the right to stop using and further delete data, the right to change data, the right to data portability. The study revealed that the Korean experience shows the need to expand the processing and use of personal data, which in turn contributes to the wider use of big data. The study will allow, based on foreign experience, to create an effective Russian system of legal regulation of big data. The novelty and originality of the study lies in the fact that it was the first to study the experience of the legislator of the Republic of Korea in this area.

Keywords: foreign experience, legal regulation, big data, implementation, personal data, automated processing.

References

- Arkhipov, Vladislav V., Viktor B. Naumov. 2016. "The legal definition of personal data in the regulatory environment of the Russian Federation: Between formal certainty and technological development". *Computer Law and Security Review* 32 (6): 868–887.

- Cichocki, Andrzej. 2017. "A new approach to future strategy in the era of Big Data". *National Information Society Agency* 2: 1–30.
- Dupan, Anna S. 2016. *A new paradigm for the protection and management of personal data in the Russian Federation and foreign countries in the context of the development of data processing systems in the network*. Moscow, Vysshaya shkola ekonomiki Publ. (In Russian)
- Esaulenko, Aleksei O. 2017. "Big Data regulation is around the corner". *Direktor informatsionnoi sluzhby* 4: 46–48. (In Russian)
- Fedosin, Aleksei S. 2009. "Protection of the constitutional right of a person and a citizen to privacy during automated processing of personal data in the Russian Federation". PhD diss., Saratovskii gosudarstvennyi universitet im. N. G. Chernyshevskogo. (In Russian)
- Karlash, Daniil S. 2020. "Rights in the field of the use of big user data". *Predprinimatel'skoe pravo. Prilozhenie "Pravo i biznes"* 1: 46–48. (In Russian)
- Kartskhiia, Aleksandr A. 2017. "The digital imperative: New technologies create a new reality". *Intellektual'naia sobstvennost'*. *Avtorskoe pravo i smezhnye prava* 8: 17–26. (In Russian)
- Kasperskaia, Natal'ia I. 2016. "Big user data must be the property of the nation". Accessed February 20, 2021. <https://www.facebook.com/natalya.kaspersky/posts/1795341197420340>. (In Russian)
- Korolev, Igor' A. 2020. "Authorities are starting to regulate big data. The register will be maintained by Roskomnadzor". *CNews*. Accessed February 20, 2021. https://www.cnews.ru/news/top/2020-02-17_vlasti_nachinayut_regulirovat. (In Russian)
- Manyika, James, Michael Chui, Brad Brown, Jacques Bughin, Richard Dobbs, Charles Roxburgh, Angela Hung Byers. 2011. "Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity". *McKinsey Global Institute*. Accessed February 20, 2021. <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation/>
- Mayer-Schonberger, Viktor, Kenneth Cukier. 2013. *Big Data: A revolution that will transform how we live, work, and think*. John Murray Publ.
- Romanova, Alena Iu. 2019. "On the issue of the legal regime of Big Data". *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* 8: 20–25. (In Russian)
- Ryoo, Kwang Hyun, Juho Yoon, Tae Uk Kang, Jeong Eun Park. 2020. "Korea's data privacy laws amended, paving way for Big Data services". *Дата обращения 15 февраля, 2020*. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0b7bb83a-0b93-4f64-b3d0-552aedbf3c07#:~:text=The%20amendments%20to%20PIPA%20and,as%20well%20as%20other%20sectors>.
- Savel'ev, Aleksandr I. 2018. "Big Data regulations and privacy in new economic realities". *Zakon* 5: 122–144. (In Russian)
- Sergeev, Aleksandr P., Tat'iana A. Tereshchenko. 2018. "Big Data: Seeking a place in the civil law system". *Zakon* 11: 106–123. (In Russian)
- Tomar, Louisa, William Guicheney, Hope Kyarisiima, Tinashe Zimani. 2017. "How Big Data can be used in the public sector". *National Information Society Agency* 8: 1–52.
- Trofimova, Elena V. 2019. "Information about business entities in unified state registries — a black hole in the big data galaxy?" *Predprinimatel'skoe pravo* 3: 44–49. (In Russian)
- Wilder-James, Edd. 2012. "What is Big Data?" *O'Reilly Radar* 4: 1–12.
- Yang Minwoon, Susan Park, Juho Yoon, Kwang Hyun Ryoo. 2020. "Data protection & privacy 2020". Accessed February 15, 2020. <https://www.bkl.co.kr/law/field/fieldView.do?fieldNo=18&lang=ko>. (In Korean)

Received: February 24, 2021
Accepted: December 10, 2021

Authors' information:

Anna E. Dolzhikova — Postgraduate Student; l_a_buka@mail.ru
Bakitkul R. Sembekova — Dr. Sci. in Law, Professor; b.sembekova@yandex.ru
Melikşah Yasin — Dr. Sci. in Law, Professor; melikşah.yasin@istanbul.edu.tr

The comparative analysis of the law of evidence in civil proceedings in France and Russia

E. A. Nakhova

St Petersburg Institute (branch) of the All-Russian state University of Justice,
19, 10-ia liniia V.O., St Petersburg, 199178, Russian Federation

For citation: Nakhova, Elena A. 2022. "The comparative analysis of the law of evidence in civil proceedings in France and Russia". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 257–270.
<https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.115>

The article deals with the problems of the legal nature and legislative consolidation of norms of evidentiary law in France and Russia. The author claims that it is more optimal to consolidate norms of proof and evidence in evidentiary law of Russia. At the same time, Russian theory of evidence needs radical reform. The legal approach to the concept of proof in legislation of Russia and France is differentiated. In French evidentiary law, the ranking of evidence is legally fixed, which cannot be recognized as dignity. However, legal norms regarding some means of proof are sufficiently developed. The means of proof, which are outdated as legislation and judicial practice, are still fixed. At the same time, the legal regulation of electronic evidence has been sufficiently developed, which can be recognized as an advantage of French evidentiary law. Russian evidentiary law does not provide for legal regulation of electronic evidence as an independent means of proof. The following areas of improvement of Russian evidentiary law are highlighted: improvement of the theory of proof, optimization and unification of the legal regulation of the rules of evidence, reception of effective means of regulation from the evidentiary law of foreign countries, and detailed legal regulation of individual means of proof.

Keywords: French civil proceedings, the Russian civil proceedings, Russian procedural legislation, French procedural legislation, the concept of reforming civil procedural legislation, evidentiary law, proof and evidence.

1. Introduction

The problems of evidentiary law are fundamental in the civil procedural doctrine, since it is impossible to resolve any specific case in court without applying the rules of evidence. With the increasing level of competition in the civil procedure process, the focus on the procedural activity of the persons involved in the case, the narrowing of the court's powers to collect evidence on its own initiative, the implementation of the concept of reforming civil procedural legislation, the relevance of the study of evidence law increases.

The relevance of the study of evidentiary law is due to integration processes, both within a particular legal system and between legal systems. Integration of legal regulation of evidence in various branches of law opens up prospects for lawmaking, law enforcement, and research. In addition, it should be noted the lack of rules of evidence in the current procedural legislation and the lack of consensus in the definition of categorical apparatus of the law of evidence in civil process, the need for unification of the rules of evidence and their application. The purpose of this study was to identify, based on the analysis of the

existing Russian and foreign doctrine points of view, the advantages and disadvantages of the legal nature, the legislative regulation of the rules of proof and evidence in French and Russian legislation, as well as proposals for the reception of progressive norms of French evidentiary law in the current Russian procedural legislation, taking into account the features of the Russian legal system. The research methodology is classical for this type of work. The main private scientific method is the comparative legal method, combined with General theoretical research methods of analysis and synthesis. These research methods allow us to achieve the goal of the study—to identify the advantages and disadvantages of legal regulation of the Institute of proof and evidence in civil proceedings in the Russian Federation and France, to compare the content of the main provisions of the theory of evidence in Russia and France.

Currently, the procedural doctrine notes the need for fundamental reform of the theory of evidence and in connection with the stated evidentiary law, taking into account the provisions of the legal doctrine and legislation of foreign countries, both members of the continental legal family, and countries of the Anglo-Saxon system of law. So, at present, the Russian legislation establishes the principle of disclosure of evidence, which is copied from the system of Anglo-Saxon law. Also, the current legislation establishes the rule of procedural estoppel as a principle of loss of the right to object in case of unfair and contradictory behavior. In connection with the above, it seems relevant to study the comparison of the main institutions of evidence law in France and Russia in order to identify the advantages and disadvantages of legal regulation in order to develop proposals for improving the current Russian procedural legislation.

2. Basic research

2.1. *The legal nature of evidentiary law*

French legal doctrine traditionally considers the theory of evidence as common to whole private law (Planiol 1956, 308; Lepointe 1963, 142; Medvedev 2004, 18). The norms of French law of evidence are written mainly in the Civil Code of France (hereinafter — the CC) (Zahvataev 2012), The Code of Civil Procedure of France¹ (hereinafter — the CCP). The CC of France contains rules of evidence concerning proving of liability and payment. In the specified substantive source Art. 1315–1369 of chapter VI of section III are devoted to the evidence. The chapter itself is called “On Evidence of Liability and Payment”. It consistently provides for standards for individual means of proving: written evidence, testimony, presumptions, confession and oaths. The rules in this chapter combined to form a so-called general theory of evidence. Among the disadvantages of the regulation of evidence in the CC of France are often noted its insufficiency, incompleteness, there is no mention of such traditional means of proving as examination and on-site inspection. The substantive sources of law of evidence of France also include the Commercial Code, which establishes special rules of proving for the conduct of entrepreneurial activities, when courts review commercial disputes (Medvedev 2004, 23). The CCP of France establishes standards regulating the forms of administration of evidence, providing for

¹ Code de procédure civile, Version consolidée au 1 juillet 2017. Accessed February 25, 2020. www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070716.

essential technical rules of proof and evidence; in particular, it determines the procedure for the presentation and reclamation of various types of evidence, the procedure for their examination and challenge (Medvedev 2004, 24). Thus, I.G. Medvedev notes the inconsistency in the scope and content between French concept “administration of evidence” and Russian “proving”. In France, it is mainly concerned with the management of evidence in accordance with special procedures allowing the court to ensure the right to defense. It includes monitoring the “investigation” of the circumstances of the case by the parties and their representatives, the ability to independently elect and apply one or another measure of investigation; the permission of petitions and statements of the parties about reclamation of proofs, interrogation of witnesses, etc. (Medvedev 2004, 305). Unfortunately, the provisions of the CC of France and the CCP of France concerning the issues of proving do not fully correspond to each other. Obviously, in addition to these, there are special provisions that establish distinct verification rules for certain contracts and circumstances, which differ from the provisions of the general articles mentioned above. The considered block of norms does not provide for anything not directly related to the subject of research (Art. 1338–1340 CC) (Givel’ 2013, 78–88). French law of evidence can be distinguished as divided into substantive law of evidence and procedural law of evidence (Medvedev 2004, 25). Only laws represent the substantive legislation of France in the field of evidence, but a significant number of procedural norms are introduced by bylaws (Medvedev 2004, 27). Evidentiary law in the Russian Federation is an intersectoral complex institution that combines norms of procedural and material branches of law that regulate the evidentiary activities of interested persons in the process of administration of justice in civil cases. However, the main set of rules governing the process of proof is concentrated in the three procedural codes: the Arbitration procedure code of the Russian Federation², the Civil procedural code of the Russian Federation (further — CPC the Russian Federation), and the Code of administrative procedure of the Russian Federation. At the same time of the evidentiary presumption, special rules on distribution of responsibilities for proving and rules about required evidence are embodied in the substantive law. Since civil procedural law is a public branch of Russian law, most of the provisions of Russian evidentiary law are enshrined in procedural law, which is not true of French evidentiary law, the rules of which are in most cases enshrined in substantive laws. In addition, material provisions of evidentiary law often contradict procedural provisions of evidentiary law. In this regard, from the perspective of legislative technology, the Russian version of legal regulation of proof and evidence in civil proceedings is more preferable. Also, the lack of legal regulation of evidentiary law in France is related to the consolidation of rules in bylaws. Standards of evidence in France are dispositive; parties can improve the procedural regime by concluding an agreement on evidence, as evidenced by the judicial practice of the highest judicial body of France (Medvedev 2004, 38–39; Givel’ 2013). In Russian procedural law, interested parties may enter into agreements on actual circumstances in cases established by law, and recognize certain circumstances relevant for consideration and resolution of the case. The bulk of the legal provisions of evidentiary law is mandatory. The legal regulations for collecting, presenting, disclosing, investigating, fixing, and evaluating evidence cannot be violated, otherwise evidence that does not comply with the law cannot be used as the basis for a court decision. A mixed model for

² Hereinafter all Russian laws and court decisions are given in connection with the inquiry system “ConsultantPlus”. Accessed November 17, 2021. <http://www.consultant.ru>.

constructing an evidential system was developed and adopted in practice in France. It involves two modes of proving: one based on the principles of the functioning of a formal system of evidence and proving, and the other, based on a free evaluation by the court of evidence, when none of them has a predetermined strength, i. e. moral system of evidence (Medvedev 2004, 44). In Russian civil proceedings, rules for evaluating evidence based on internal conviction are established, based on a comprehensive, complete, objective, and direct examination of evidence in the case. No evidence has a pre-determined force for the court. The court assesses the relevance, admissibility, and reliability of each piece of evidence separately, as well as sufficiency and mutual relationship of evidence in its totality. French legislation does not establish additional and formal conditions for the cognition of material facts, as in the case of legal acts of expression of will (Medvedev 2004, 45–46). The developers of the French Civil Code classified the means of proving in two categories: 1) the so-called perfect means of proving — they are admissible for confirming any legal facts, regardless of their nature, volitional (action) or non-arbitrary (event), and link the judge's beliefs. These include written evidence, confession, and a “decisive” oath; 2) imperfect means of proving that are unacceptable for the confirmation of legal acts of will expression and in no area are binding on a judge free in their assessment. As such means of proving, it is customary to consider witness testimony, material evidence, and refutable presumptions (Medvedev 2004, 46).

2.2. Institution of proving and evidence in the Civil process of France

Section seven of CCP of France, on “Judicial Administration of Evidence”, describes rules of proving and specific types of evidence: statements of the parties and third parties (Art. 184–199 of CCP); written statements of the parties and witnesses (Art. 200–203 of CCP); testimony (Art. 204–231 of CCP); inquiries made by an expert in three forms (inspection, consultation, and examination) (Art. 204–231 of CCP); written evidence (Art. 285–316 of CCP); and oaths (Art. 317–322 of CCP) (Mirzoian 2008). Thus, legal regulation of evidence is defined in both the substantive law and the procedural law of France. Russian evidentiary law in civil proceedings contains an exhaustive list of means of proof, which includes explanations of the parties and third parties, witness statements, written evidence, physical evidence, audio and video recordings, and expert opinions. Russian legislation does not establish any ranking of evidence based on its perfect or imperfect form. No evidence for the Russian court has a pre-established force, evidence must comply with the law, and any evidence that meets the criteria established by law is accepted. The French civil law establishes the means of proving, which may seem obsolete: 1) “notches”; 2) a decisive oath; 3) acts of confession (Givel' 2013). The notches on the samples constitute evidence in the relations between the parties, usually confirming that delivery was completed and accepted properly. It is about two wooden bars (one for the supplier, the other for his client), which were once used as evidence: at each delivery, the same notches on two bars were made. Proof in the form of an oath is mentioned in Art. 1357–1369 of the CC. It is not about oaths-promises, but oaths-confirmations. Oaths-confirmations (serments-affirmations) should not in principle be accepted by the court, since they constitute evidence of fact by a party relying on this fact as beneficial to it (as opposed to confession). However, the religious overtones, the negative consequences of a false oath, and, in particular, the necessary solemnity in giving an oath, are supposed to

level out this disadvantage. A generally accepted requirement is the use of the expression “I swear”, pronounced loudly or submitted in writing in the case of a pathological defect of an individual. The oath must contain a statement of the facts. A false oath (devoid of truthfulness and sincerity) no longer entails God’s punishment, but it is punishable by criminal responsibility, i. e. the force of the oath is supported by separate sanctions in case of lies. In French law, there are two types of oaths-confirmation. A suppletory oath (*serment supplétoire*), according to Art. 1357-2 of CC, is “The one which is tendered by the judge of his own motion to one or another of the parties”. Such an oath serves as a supplement when evidence is insufficient. In addition, French law provides for decisive oath (*serment décisoire*), which has far more specific legal consequences. According to Art. 1357-1 of CC, it is the oath “which a party tenders to the other in order to make the judgment of the case depend upon it”. One party asks the other to confirm by oath that its demands are justified. The judge, after verification, decides on the request for the oath. If the party from whom the oath is required refuses to oath, it loses the case. If the party from whom the oath is required agrees to swear that her demands are justified, it wins the case. Another option is also possible: the use of a so-called reference. This procedure involves the party, from whom the oath was originally required, without expressing one’s opinion, to submit a response request to the opposite side. If the second party swears, then it will win the case, otherwise it will lose. There are no other alternatives — the case must resolute. If the party from which the oath was originally required (or the one to whom this request was redirected in return) refuses to swear, it is defeated (it is often said that such a refusal is equivalent to a confession). Thus, the decisive oath is an unusual tool: it is a mean of proving and a decision-making tool in the case, an agreement between the parties, and a mean of decision by the court at the same time (Givel’ 2013). Art. 1337 and 695 of CC provide for acts of recognition and have not changed since the approval of the CC. From a legal point of view, a recognition act is primarily a recognition of the authenticity of the content of the preceding document; it is “a written document, also called a new act, by which a person recognizes the existence of rights already confirmed by a previous act called a primary document”. There are no mandatory requirements for the form of a recognition act. Interest in the use of recognition act is due to its ability to interrupt the period of statute of limitations. In addition, this tool can be used at the risk of disappearance of the primary act or simply to ensure safety (Givel’2013). As a general rule in the French evidentiary model, in order to prove a legal act, it is necessary to submit a written document in the form prescribed by law that expresses it. However, civil law provides for six exceptions for this principle, and the priority of written evidence can be bypassed in the following cases: 1) in small cases, where the price does not exceed 800 euros; 2) when there is a so-called “preliminary written evidence”; 3) when there is a “true and strong” copy, replacing the original document; 4) when it is impossible to present a document (immunities); 5) to confirm the conditions of commercial transactions; and 6) when the parties in their agreement allow for the confirmation of a legal act not only a written document, but also any other (or certain) means of proof (Medvedev 2004, 104–105). French legislation successfully embodied the achievements of progress, the recognition as evidence of digital documents (*écrit numérique*), but it is worth criticizing for the establishment of a new, incomprehensible and problematic mode of copies (copies) (Givel’ 2013).

Current evidentiary law in civil proceedings in Russia does not include electronic evidence or electronic documents in the list of means of proof, which is a lack of legal regula-

tion in Russian evidentiary law. An unmaterialized form of documents is not defined in the CC. The very concept of a written form was revised, taking into account new digital means. Now, Art. 1316 establishes that a written proof as “consisting of a collection of letters, signs, numbers and any other symbols and that have an attainable value, regardless of the means and methods of transmitting them”. It also includes cases with a notarized document (part 2 of Art. 1317 of the CC), when the digital form will be accepted even if the written form is required *ad validitatem* (Law 2004-575 of June 21, 2004, Art. 1108-1 CC). Article 1316-3 establishes that a document in digital form has the same evidentiary value as a paper document. A similar provision is reflected in Art. 1316-1 (Givel’ 2013). A similar rule on the equivalence of electronic and written documents is enshrined in Russian legislation in addition, notarial acts, judicial acts, other procedural acts, and separate Executive acts can be drawn up in electronic form. Under Russian law, a notary can certify the equivalence of a written document and an electronic document. Repetition is used by the French legislator due to the revolutionary nature of the introduced provision and fears that the norm will not be understood or will be violated in practice (nonuse is the worst thing that can happen with the law). Of course, the legislation has determined the conditions for applying the digital form of the document: it is necessary that the person from whom the document emanates can be properly identified and that the form ensures the safety and completeness of the act (Art. 1316-1 CC). The notarially certified act, compiled using digital means, presupposes its preservation in the central digital base (MICEN) and certification of the electronic signature of the notary with the help of a private key (REAL). Paragraph 2 of Art. 1316-4 of the Civil Code establishes that an electronic signature “consists in the use of a reliable means of identification that guarantees a direct link to the act on which it is situated”. Russian legislation establishes the concept, types of electronic signatures, and conditions for their use. Paragraph 2 of Art. 1316-4 CC presumes (simple presumption) that this act is reliable as the signature is placed, the identity of the signatory can be established, and the document’s fidelity is supported by its compliance with the established conditions (Art. 2 of Decree No. 20012.72 of 30 March 2001). The Decree of 2001 establishes an extremely complex verification system, which guarantees interests of the parties. In this case, reaching agreement on the termination of the contract is not enough, because it is necessary to refute the presumption under Art. 1316-4. If the electronic signature is not “safe” within the meaning of the above provisions of the CC, then this presumption of reliability is not applicable, general evidentiary law applies.

The authenticity of a document in the Russian Federation can be verified by verifying the certificate of the electronic signature key by sending a request to the certification center. In the Russian Federation, only the presumption of reliability of information in state information systems is established. A digital document that meets requirements is “perfect” proof, like a document on paper. A digital document of the wrong shape, or incorrectly compiled documents that do not possess the power of a digital document, can only be considered a basis for proving a digital document (e-mail) or circumstantial evidence (documents obtained by using modern means of remote electronic communication or information: fax, telegraph, facsimile, Internet, network bank cards, various computers, and other evidence, in particular electronic, of committed transactions) (Givel’ 2013). In Russian evidentiary law, a digital (electronic) document is a form of written document, as noted above. Provisions relating to legal regulation of an electronic document are contained in various laws of the Russian Federation (in the Federal laws “On information, information

technologies and information protection”, “On electronic signature”, “Fundamentals of legislation on notaries”, etc.). However, as stated earlier, legal regulation of introduction of the process, research, recording, and evaluation of electronic evidence is not fixed in the procedural code, which is a disadvantage of Russian evidentiary law. It seems correct to conclude that electronic evidence has a different legal nature than written and physical evidence. The adversarial principle guarantees a fair trial and is provided for by Art. 14 and 17 of the French CCP and paragraph 1 of Art. 6 of the European Convention on Human Rights. The Constitutional Council qualifies this principle, as the right to protection and as the fundamental right of the constitutional order. The adversarial principle has a dual function: protection of the parties and assistance to the judge in understanding the points of view of the parties (Malan, Sitkareva 2018, 480). In France’s evidentiary law, the principle of attaining truth exists in a limited sense. It was in opposition to other goals of justice, based on the study of the social role of the judiciary, that new approaches were developed: 1) reasonable certainty; 2) legitimization of the decision, giving the latter a form in which it will have power, authority, social effect, etc., when the cognition of facts is subordinated to obtaining a legitimate decision (Medvedev 2004, 88). Russian evidentiary law is currently aware of the principle of legal truth, the content of which is reduced to making a decision by the court on the basis of evidence presented by the parties. In this case, the facts can be established using a certain degree of probability with the help of evidentiary presumptions and procedural fictions. During legal qualification of the legal relationship, the French court is bound by the legal qualification of the legal relations given by the parties, and only in the case of disagreements between them does it independently carry out the choice of the applicable norm (Medvedev 2004, 94). In Russian evidentiary law, the court determines the circumstances of the subject of proof, taking into account the applicable rules of substantive law, and taking into account the requirements and objections of the parties.

Thus, we see a different approach in determining the legally significant circumstances of the case. In French evidentiary law, when considering a case on its merits, judges are absolutely independent in assessing the evidence presented. Judicial discretion shows in the analysis of written evidence, in assessing the time of creation and authenticity of a copy, in accepting or refusing to take commercial evidence, in making a decision on the impossibility of presenting written evidence, in assessing the value of circumstantial evidence, in taking into account an expert opinion, in request to give an affirmative oath, and so on (Malan, Sitkareva 2018, 477–480). The Court of Cassation in most cases is limited to minimal supervision (Givel’ 2013). As mentioned, certain criteria established by law apply to evaluation in Russian evidentiary law, which must be followed by the court. When choosing between two pieces of evidence that should form the basis of a decision, the court must convincingly justify its choice from the perspective of the law. The judicial discretion of the court in Russian evidentiary law is limited by law. In both Russian and French legislation, the General rule for the distribution of evidentiary duties is the same: each party must prove the grounds for its claims and objections. In the course of judicial activity, in order for a fact to be proved during the administration of justice, it must combine two qualities: 1) to be controversial; 2) be attributable. In support of their claims, the parties need to indicate the facts on which they are based (Medvedev 2004, 96–97). Concerning the burden of proof, we note that, even if the judge is vested with real powers to establish the circumstances of the case (Art. 10 of the CCP), the procedure

remains prosecutorial: with the exception of legislative presumptions and presumptions arising from practice, the plaintiff has the duty to present evidence in support of his claim (Art. 9 CCP), and on the defendant has to prove own statements (Givel' 2013). Thus, the presented evidence must come from the opposite side or even have an external source, as a general rule they should never come from the person himself basing his demands on them (no one can independently create a proof for himself). It should also be noted that the judge has no right to use the information received by him in his personal capacity. Furthermore, it should comply with the adversarial principle, fundamental for the whole of the legal system (Givel' 2013).

2.3. Institution of proving and evidence in the Russian civil process

Laws of evidence in the Russian Federation are a comprehensive institution of Russian law, which combines procedural and substantive rules of areas of law governing evidentiary activities of stakeholders in the administration of justice in civil cases. Evidence law is a set of rules of a procedural and substantive nature, regulating procedural relations arising between the court (arbitration court) and persons involved in the case, and in the process of proving the circumstances relevant to the proper consideration and resolution of the dispute, as well as a set of rules of a procedural nature governing the procedural relations arising between the court (arbitration court) and individuals contributing to the process of proof (arbitration court) in civil proceedings and administrative proceedings. The general part of evidentiary law is formed by the rules of evidentiary law that regulate the goals and objectives of proof, the concept of evidence, the obligation to prove and present evidence, the relevance and admissibility of evidence, the assessment of evidence, the provision of evidence, court orders, and means of proof. The special part of evidentiary law consists of special rules regulating the evidentiary activity of persons participating in a case and their representatives in certain categories of cases and in certain types of legal proceedings and at certain stages of civil and administrative proceedings. Many provisions of the theory of evidentiary law are debatable: the concept of proof and evidence, subjects of proof, general and specific rules for the distribution of responsibilities for proof, the subject of proof, etc. Most of the concepts of the theory of evidence are not fixed in the current procedural legislation, which creates discussions of the provisions of the evidentiary law of Russia.

The sources of evidentiary law are normative legal acts containing procedural and substantive rules governing the activities of persons participating in the case and representatives to justify their legal position before the court in order to obtain a favorable result in the case under consideration. The hierarchy of sources of evidentiary law by legal force has the following structure: the Constitution of the Russian Federation, norms of international treaties of the Russian Federation, procedural codes of the Russian Federation, material and legal sources of evidentiary law (Civil code of the Russian Federation, Commercial Navigation Code of the Russian Federation, Air Code of the Russian Federation, Family Code of the Russian Federation, Transport Charter of Railways of the Russian Federation, Tax Code of the Russian Federation, federal laws), and legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation. It seems that the rules of evidence and the evidence contained in the relevant chapters of the Arbitration procedure code of the Russian Federation, of the Civil procedural code of the Russian Federation (hereinafter — CPC of the Russian Federation), and of the Code of administrative

procedure of the Russian Federation need harmonization and uniform application by courts of general jurisdiction and arbitration courts, similar to the goals and objectives of these proceedings. The chapters of procedural codes define the concept of evidence, and the law sets the burden of proof for persons involved in the case and rules of presentation and taking of evidence, including assisting the arbitral Tribunal in obtaining evidence, inspection and examination of evidence at the location, rules of relevance and admissibility of evidence, grounds for exemption from the proof, order of evidence provision, rules of evaluation of evidence, as well as provisions for a separate means of proof. At the same time, rules of evidentiary law governing certain rules for the distribution of evidentiary duties are fixed in the rules of substantive law, for example, evidentiary presumptions. The procedural codes contain almost identical regulation of other procedural institutions, so the doctrine suggests the creation of a unified Civil procedure code of the Russian Federation.

This study covers the analysis of evidence and evidence only in civil proceedings. Articles 174–188 of the CPC of the Russian Federation establish the procedure for examining individual means of evidence in a court session. Article 196 of the CPC of the Russian Federation regulates the procedure for a court to make a decision. Article 12 of the CPC of the Russian Federation establishes the principle of the administration of justice on the basis of competition and equality of the parties. Article 35 of the CPC of the Russian Federation establishes rights and obligations of persons involved in the case, including in proving. Articles 131–132 of the CPC of the Russian Federation define the actions of interested persons to form evidence at the stage of initiation of civil proceedings. Articles 149–150 of the CPC of the Russian Federation define the actions of interested persons to form evidence at the stage of preparing the case for trial, as well as the actions of the court to assist in the formation of evidence in the case and the cognitive activity of the court at this stage. Articles 229–232 of the CPC of the Russian Federation establish requirements for the form and content, as well as the procedure for submitting comments on the minutes of the court session, which is one part of written evidence in the case. Article 267 of the CPC of the Russian Federation establishes requirements for the content of the application, as well as a list of necessary evidence for establishing facts of legal significance. The norms of Art. 270–272 of the CPC of the Russian Federation establish requirements for the content of the application, the list of necessary evidence, and the right of the court to request necessary evidence of its own initiative in cases of adoption. Article 278 of the CPC of the Russian Federation grants the court the power to request the necessary evidence in cases of recognition of a citizen as missing or declaring a citizen dead. Article 283 of the CPC of the Russian Federation regulates the procedure of examination to determine the mental state of the citizen in cases of limitation of capacity, recognition of a citizen as incapable, and restriction or deprivation of a minor aged 14 to 18 years of age of the right to independently dispose of their income. The norms of Art. 292 of CPC of the Russian Federation establish the right of the court to obtain, on its own initiative, necessary evidence in cases of recognition of a movable thing as ownerless or recognition of ownership of an ownerless immovable thing. Article 314 of the CPC of the Russian Federation establishes a list of necessary evidence and requirements for the content of the application in cases of restoration of lost judicial proceedings. The norms of Art. 325, 327, 327.1 of the CPC of the Russian Federation establish the rules of evidentiary activity of interested persons in the court of appeal. Article 411 of the CPC of the Russian Federation establishes requirements

for the form and content of a request for enforcing a foreign court's decision, as well as a list of necessary evidence. Norms of Art. 419, 420 CPC of the Russian Federation establish requirements for contents, the list of necessary evidence, and powers of the court in the recovery of materials to the arbitral proceedings on the application for annulment of the arbitral Tribunal at the request of interested persons. The norms of Art. 424 and 425 of the CPC of the Russian Federation establish the requirements for the content, the list of necessary evidence, as well as the powers of the court to request materials of arbitration proceedings in the case of an application for issuing a writ of execution for enforcement of an arbitration court decision at the request of interested persons. In view of the above, the rules of proof and evidence need to be systematized in the code of procedure.

In the CPC of the Russian Federation, evidence is determined through information on facts. The CPC of the Russian Federation establishes a strict list of means of proving: explanations of the parties and third parties, testimony of witnesses, written and material evidence, audio and video recordings, and expert opinions. At the same time, the CPC of the Russian Federation does not provide a separate rule for establishing the legal regulation of electronic documents. The norms of the CPC of the Russian Federation establish that personal means of proof can be investigated by using videoconferencing communication. The general and particular rules for the distribution of responsibilities of proving are detailed in Art. 56 CPC of Russian Federation. The principle of disclosure of evidence is described in the CPC of the Russian Federation. As per CPC of Russian Federation, interested parties initiate the demand for evidence and assistance by the court. Federal Law No. 409-FZ of December 29, 2015 "On Amending Certain Legislative Acts of the Russian Federation and Recognizing the Invalidation of clause 3 part 1 Art. 6 of the Federal Law 'On Self-Regulating Organizations', in connection with the adoption of the Federal Law 'On Arbitration (Arbitration Proceedings) in the Russian Federation'" from September 1, 2016, brings into being in the CCP of the Russian Federation the norm (Art. 63.1 of the CPC of the Russian Federation) of establishing a legal procedure for sending an arbitration court request for assistance in obtaining evidence. The rules for the admissibility of evidence are detailed in Art. 59–60 CPC Russian Federation. Admissibility of evidence is determined through the requirements of the law to their form. Under Art. 61, part 2 of Art. 68 of the CPC of the Russian Federation grounds for exemption from proof are: established well-known circumstances, pre-established circumstances, recognized facts, and circumstances confirmed by a notary in the performance of a notarial act, if the authenticity of a notarized document is not disproved in application of the rules for falsifying evidence, or if the notarial act was not repealed in the order established by civil procedural legislation for the consideration of applications for notarial acts or for its refusal. The order of securing evidence is provided for in Art. 65–66 CPC of Russian Federation. The legal regulation of certain means of proof is established Art. 68–87, 170–188 of the CPC of the Russian Federation. The parties and third parties are not criminally liable for knowingly giving false explanations. Witness testimony is given only verbally, and a witness in testimony can use written materials in cases where the testimony is associated with any digital or other data that is difficult to keep in memory. These materials are presented to the court, to persons participating in the case, and can be attached to the case because of a court ruling. By part 3, 4 of Art. 69 of the CPC of the Russian Federation, respectively, absolute and relative witness immunities are established.

In the CPC of the Russian Federation there is a separate norm on the procedure for considering an allegation of forged evidence, an expert examination on the initiative of the court may be appointed to verify the allegations of forged evidence or the parties are invited to provide other evidence. In the CPC of the Russian Federation, cases where the court appoints an expert examination on its own initiative are not detailed, except for cases stipulated by Art. 283 of the CPC of the Russian Federation. CPC of the Russian Federation provides for the possibility of appointing an examination of the following types: comprehensive, commission led, additional, and re-examination. Part 3 of Art. 79 of the CPC of the Russian Federation establishes a procedural and legal fiction. Legal fiction can be defined as the method of legal techniques (in the form of a special version of the semantic statement, not having a connection with empirical facts), the essence of which lies in the establishment by federal law of legal consequences that are the result of deliberately non-existent facts in order to overcome uncertainty in the legal regulation. In the case of evasion of the party from participation in the examination, failure to submit necessary documents and materials to experts for investigation, and in other cases, if due to the circumstances of the case without the participation of this party, the examination cannot be carried out; the court, depending on which side evades the examination, and also how important the examination is for this party, has the right to recognize the fact, for the clarification of which the examination was appointed, established, or refuted. The law establishes the duty of the court in the case of rejection of any issues proposed by persons participating in the case, to determine the appointment of an expert examination to indicate the reasons for which these issues are rejected (part 2 Art. 79 of the CPC of the Russian Federation). If, during the expert examination, the expert (expert commission) establishes the circumstances in respect of which he was not asked questions, but which, in his opinion, are important for the proper consideration of the case, he is entitled to draw conclusions about these circumstances (part 2 Art. 86 of the CPC of the Russian Federation). Article 67 of the CPC of the Russian Federation establishes criteria for assessing evidence. In general, the regulation of the institution under study in the CPC of the Russian Federation should be considered sufficiently developed, at the same time, many doctrinal problems of evidentiary law at the level of the current civil procedural legislation have not been solved.

3. Conclusions

It seems correct to conclude that it is optimal to fix the rules of proof and evidence in Russian evidentiary law, since most of the rules of evidentiary law are contained in procedural codes. At the same time, the Russian theory of evidence needs fundamental reform. The legal approach to the concept of proof in Russian and French legislation is differentiated. In French evidentiary law, the ranking of evidence is legally fixed, which cannot be recognized as its dignity. However, legal regulations for certain means of proof are sufficiently developed, although the means of proof that are outdated from the point of view of legislation and judicial practice are still fixed. At the same time, the legal regulation of electronic evidence has been sufficiently developed, which can be recognized as a virtue of French evidentiary law. While Russian evidentiary law does not provide for legal regulation of electronic evidence, it is possible to specify only the approaches that have been developed by judicial practice. In total, the regulation of the institution under review

in the CPC of the Russian Federation can be defined as sufficiently worked out, but at the same time, many doctrinal problems of evidence law at the level of the current civil procedural legislation are not resolved. It is necessary to fix electronic evidence in the current procedural legislation as an independent means of proof, to determine their types, the order of introduction into the process, fixation, research, and evaluation, thus eliminating lengthy discussions from procedural doctrine about their legal nature. It seems correct to establish a non-exhaustive list of electronic evidence in procedural law, providing for their definition through a list similar to written evidence, namely an electronic document, an electronic message and other electronic evidence.

It seems that the law should fix the concept of “electronic document as documented information presented in electronic form”, i. e. in a form suitable for human perception using electronic computers, as well as for transmission over information and telecommunications networks or processing in information systems, which is important for the consideration and resolution of a case. In this case, an electronic message is understood as information transmitted or received by the user of the information and telecommunications network that is important for the consideration and resolution of the case. The provider’s server log files should be considered as other electronic evidence. It is proposed to consider the possibility of identifying the author from whom the electronic evidence originates as a common feature that testifies to the admissibility and reliability of electronic evidence. In our opinion, electronic evidence is subject to evaluation according to the general rules for evaluating evidence in terms of its relevance, admissibility, sufficiency, reliability, and relationship to other evidence.

We have proposed changes to current legislation regarding certain means of proof in Russian evidentiary law. At the same time, it is necessary to specify directions for improving evidentiary law in civil proceedings. The first steps for improving the law of evidence should indicate the processing of the theory of evidence, categories of evidence not sufficiently mature to be procedural doctrine, as the main ones are not enshrined in legislation; in the procedural codes of some foreign countries, that consolidation is present. The absence of the main categorical apparatus of the theory of evidence in current procedural legislation leads to the debatable nature of many provisions. For example, the French CC in Art. 1349 establishes the concept of presumption (Herzog, Weser 1967, 313).

The second direction for improving evidence is its systematization (structuring) in a different order than that provided in procedural codes. The relevant chapters of procedural codes that regulate evidence should be restructured as stages of proof in general provisions on evidence, and so rules will be more understandable for law enforcement officers. Features of proof in individual proceedings, by stages of legal proceedings (first instance, appeal), must also be structurally arranged in the general provisions of the institution of proof and evidence. After that, it is necessary to fix the legal rules of evidence: general issues, procedures for collecting, presenting (disclosure), research, and evaluation (chapter “The proof and evidence”: § 1. The general provisions on evidence; § 2. The evidentiary activity of persons participating in the case; § 3. The means of proof).

The third direction for improving evidentiary law is the unification of rules of evidence in the procedural codes, since the regulation of the institution of evidence in the procedural codes differs slightly. In addition, the analogy of procedural law is provided for, and judicial practice knows cases when the court of the relevant branch of the judicial system applies procedural rules that are not “its” procedural code. The above circum-

stances are also due to the unity of tasks of all types of civil production, as well as the unity of the theory of knowledge. The above provides an opportunity to discuss the unity of legal regulation at the level of creating a single CPC of the Russian Federation. At the same time, the concept of judicial law and the judicial code are actively discussed in the pre-revolutionary doctrine and modern science of civil procedure law. Currently known bold practices of arbitration courts, when the latter adopt the conclusions of psychophysiological examination of inadmissible evidence with reference to the norms of the criminal procedural law, define the concept of evidence to establish the identity of definitions of evidence in arbitral procedure and criminal procedure legislation, and make the general conclusion that the conclusion of psychophysiological examination is not valid proof.

The fourth direction for improving Russian evidentiary law should be attempts to activate the reception of proven judicial practice of substitutions of evidentiary law in foreign countries. Currently, there is a cautious consolidation by the legislator of legal forms enshrined in the legislation of individual States, which cannot be considered a positive phenomenon. For example, the principle of disclosure of evidence is fixed in a more "soft" form than in the Anglo-Saxon system of law. Fixing this principle in this form deprives it of the procedural purpose for which this principle should be enshrined in current legislation--respect for the right to a fair trial, namely, the reasonableness of the terms of consideration of the case, the prevention of abuse of the right, the principle of objective truth, and competition and equal procedural opportunities in the implementation of the rules of evidence law. Current legislation also establishes the rule of procedural estoppel as the principle of loss of the right to object in the event of unfair and contradictory behavior. In connection with the above, it is relevant to study the comparison of the main institutions of evidence law in France and Russia in order to identify advantages and disadvantages of legal regulations in order to develop proposals for improving the current Russian procedural legislation.

The fifth direction for improving evidentiary law is detailing legal regulations of individual means of evidence. In our opinion, evidence from electronic media is an independent means of proof, the concept of which needs to be legislated. It seems correct to conclude that electronic evidence has a different legal nature than written and physical evidence. A common feature that indicates the admissibility and reliability of electronic evidence is the possibility of identifying the author from whom the electronic evidence originates. It seems correct to establish in the law a non-exhaustive list of electronic evidence, providing for their definition through enumeration by analogy with written evidence, namely an electronic document, an electronic message, and other electronic evidence. It seems the law should fix the concept of "electronic document as documented information presented in electronic form", i. e. in a form suitable for human perception using electronic computers, as well as for transmission over information and telecommunications networks or processing in information systems, which is important for the consideration and resolution of the case. At the same time, an electronic message is understood as information transmitted or received by the user of an information and telecommunications network that is important for the consideration and resolution of a case. Log files of the provider's server should be considered as other electronic evidence.

References

- Givel, Dide. 2013. "The sketch of proof in French civil law". *Rossiiskii iuridicheskii zhurnal* 2: 78–88. (In Russian)
- Herzog, Peter E., Marha Weser. 1967. *Civil procedure in France*. Dordrecht, Springer Science+Business Media. <https://doi.org/10.1007/978-94-017-6275-5>.
- Lepointe, Gabriel. 1963. "La prevue dans les codes napoleoniens". *Recueil de la societe Jean Bodin, XIX: La prevue. Periode contemporaine*, 141–187. Bruxelles, Seealsoapar.
- Malan, Aleksandr, Elena V. Sitkareva. 2018. "The general characteristics of French civil procedure law". *Proverka sudebnykh postanovlenii v grazhdanskom protsesse: rossiiskii i zarubezhnyi opyt*, ed. by Elena A. Borisova, 474–481. Moscow, Gorodets Publ. (In Russian)
- Medvedev, Igor' G. 2004. *The written evidence in private law in Russia and France*. St Petersburg, Iuridicheskii tsentr Press Publ. (In Russian)
- Mirzoian, Mariia E. 2008. "The proof and evidence". *Obshchie polozheniia grazhdanskogo protsessual'nogo prava Frantsii v Grazhdanskii protsess zarubezhnykh stran*, ed. by Ania G. Davtian, 128–143. Moscow, TK Velbi Publ., Prospekt Publ. (In Russian)
- Planiol, Marcel, Ripertet Boulanger. 1956. *Traite de droit civil*. Pichon, Lion, Bibliothèque jésuite des Fontaines.
- Zahvataev, Vladimir N. 2012. *The Civil Code of France (Code Napoleon)*. Moscow, Infotropik Media Publ. (In Russian)

Received: March 12, 2020
Accepted: December 10, 2021

Author's information:

Elena A. Nakhova — PhD in Law; nahova.elena@yandex.ru

ПРАВОВАЯ ЖИЗНЬ: НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ, КОММЕНТАРИИ И ОБЗОРЫ

УДК 349.2

Особенности и проблемы прекращения трудовых отношений с педагогическими работниками за совершение аморального проступка или за харассмент

А. В. Завгородний, Э. К. Ахматшина

Санкт-Петербургский государственный университет,
Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9

Для цитирования: Завгородний, Александр В., Энеш К. Ахматшина. 2022. «Особенности и проблемы прекращения трудовых отношений с педагогическими работниками за совершение аморального проступка или за харассмент». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 271–288. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.116>

На педагогических работников в процессе осуществления ими профессиональной деятельности возлагается особая ответственность за духовное, нравственное и патриотическое воспитание обучающихся. Федеральный закон от 21.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» вводит понятие «воспитание» как деятельность, направленную на развитие личности, создание условий для самоопределения и социализации обучающегося на основе социокультурных, духовно-нравственных ценностей и принятых в обществе правил и норм поведения в интересах человека, семьи, общества и государства. В статье обобщаются требования и ограничения, применяемые к лицам, претендующим на замещение педагогических должностей. Перечисляется круг лиц, которые могут быть уволены за совершение аморального проступка. Исследуются вопросы, связанные с характерными признаками аморального проступка и харассмента. Рассматриваются особенности и проблемы прекращения трудовых отношений с педагогическим работником за совершение им аморального проступка, несовместимого с продолжением педагогической работы (п. 8 ч. 1 ст. 81 Трудового кодекса РФ). Также обращается внимание на особенности увольнения педагогического работника за применение, в том числе однократное, метода воспитания, связанного с физическим и/или психологическим насилием над личностью обучающегося (п. 2 ст. 336 ТК РФ). Актуальность поднятой авторами темы, с одной стороны, объясняется значительным научным интересом, а с другой — имеет большое практическое значение при установлении последовательности прекращения трудовых отношений с педагогическими ра-

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2022

ботниками за совершение ими аморального проступка. Однако комплексное исследование данной темы в последние годы практически не проводилось.

Ключевые слова: дисциплинарная ответственность, увольнение, мораль, аморальный проступок, харассмент, педагогический работник, воспитание.

1. Введение

Основанием для привлечения педагогического работника к дисциплинарной ответственности является факт совершения им дисциплинарного правонарушения, который в законодательстве о труде называется *дисциплинарным проступком*. Совершенный работником дисциплинарный проступок влечет обязанность претерпеть негативные последствия, предусмотренные санкциями правовых норм, в виде дисциплинарных взысканий.

За совершение педагогическим работником аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы, может последовать один из видов дисциплинарной ответственности, в том числе увольнение (п. 8 ч. 1 ст. 81 Трудового кодекса РФ от 30.12.2001 № 197-ФЗ¹ (далее — ТК РФ)). За применение, в том числе однократное, методов воспитания, связанных с физическим и/или психологическим насилием над личностью обучающегося, воспитанника, педагогический работник может быть уволен по п. 1 ст. 336 ТК РФ. Эти основания расторжения трудового договора по инициативе работодателя законодатель относит к дисциплинарным взысканиям (п. 3 ст. 192 ТК РФ).

2. Основное исследование

2.1. Основные требования к педагогическим работникам

В соответствии с п. 2 ст. 47 Федерального закона от 21.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» (далее — Закон об образовании) за педагогическими работниками признается особый статус в обществе, а также создаются определенные условия для осуществления ими профессиональной деятельности. Педагогическим работникам предоставляются права и свободы, меры социальной поддержки, направленные на обеспечение их высокого профессионального уровня, условий для эффективного выполнения профессиональных задач, повышения социальной значимости, престижа педагогического труда.

Взаимосвязь общих норм регулирования труда, распространяемых на всех работников, и специальных нормативных положений, применимых только к педагогическим работникам, отражена в гл. 52 ТК РФ «Особенности регулирования труда педагогических работников».

Педагогический работник — физическое лицо, которое состоит в трудовых отношениях с организацией, осуществляющей образовательную деятельность, и вы-

¹ Здесь и далее все ссылки на российские и международные нормативно-правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 24 мая, 2021. <http://www.consultant.ru>.

полняет обязанности по обучению, воспитанию обучающихся и/или организации образовательной деятельности (ст. 2 Закона об образовании).

Педагогические работники рассматриваются как особая категория работников, профессиональная деятельность которых связана прежде всего с выполнением ими учебной (преподавательской) и воспитательной работы.

Воспитание — деятельность, направленная на развитие личности, создание условий для самоопределения и социализации обучающихся на основе социокультурных, духовно-нравственных ценностей и принятых в российском обществе правил и норм поведения в интересах человека, семьи, общества и государства, формирование у обучающихся чувства патриотизма, гражданственности, уважения к памяти защитников Отечества и подвигам Героев Отечества, закону и правопорядку, человеку труда и старшему поколению, взаимного уважения, бережного отношения к культурному наследию и традициям многонационального народа Российской Федерации, природе и окружающей среде (п. 2 ст. 2 Закона об образовании).

Законодатель предъявляет к педагогическим работникам особые требования. Так, право на осуществление педагогической деятельности имеют лица, имеющие среднее профессиональное или высшее образование и отвечающие квалификационным требованиям, указанными в квалификационных справочниках и/или в профессиональном стандарте, если иное не установлено федеральным законом.

Профессиональный стандарт — это характеристика квалификации, необходимая педагогическому работнику как для осуществления профессиональной деятельности, так и для выполнения определенной трудовой функции.

Закон об образовании обязывает педагогических работников соблюдать правовые, нравственные и этические нормы, следовать требованиям профессиональной этики, уважать честь и достоинство всех участников образовательных отношений и обучающихся (ч. 3 п. 1 ст. 48). Законодатель определил, что *обучающийся* — это физическое лицо, осваивающее образовательную программу (п. 15 ст. 2).

Для педагогических работников установлена особая правовая ответственность, что предопределило включение в ТК РФ специальных нормативных положений и специального дополнительного основания прекращения трудового договора — за применение, в том числе однократное, методов воспитания, связанных с физическим и/или психологическим насилием над личностью обучающегося, воспитанника (п. 2 ст. 336 ТК РФ). В то же время на педагогических работников распространяется и другое основание увольнения — совершение работником, выполняющим воспитательные функции, аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы (п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ).

Учитывая особую ответственность, установленную для педагогических работников, законодатель закрепил ряд требований, предъявляемых к этой категории работников при приеме на работу. Прежде всего должны быть соблюдены требования к уровню образования, квалификации, а в определенных случаях — к стажу работы.

В соответствии со ст. 2 Закона об образовании *квалификация* педагогического работника определяется как уровень знаний, умений, навыков и компетенций, характеризующий подготовленность работника к выполнению его профессиональной деятельности.

При приеме на работу педагогических работников, кроме соответствия квалификационным требованиям, необходимо учитывать ограничения, установленные в ч. 2 ст. 331 и ст. 351¹ ТК РФ, прежде всего ряд обстоятельств, которые препятствуют работнику осуществлять педагогическую деятельность, а также установленные законом возрастные ограничения.

Следовательно, несоответствие претендента установленным квалификационным требованиям, а также выявленные ограничения, препятствующие ему замещать педагогические должности, являются законными основаниями для отказа претенденту в приеме на работу.

2.2. Круг лиц, которые могут быть уволены за аморальный проступок

Согласно п. 46 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса РФ» при рассмотрении дел о восстановлении на работе лиц, трудовой договор с которыми прекращен по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, судам следует обращать внимание на то, что по этому основанию допускается увольнение только тех работников, в круг обязанностей которых включается воспитательная деятельность. Например, учителей, преподавателей учебных заведений, мастеров производственного обучения, воспитателей детских учреждений.

В указанном Постановлении приведен примерный, но не исчерпывающий перечень лиц, которые могут быть уволены по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ. Следует признать, что воспитательный элемент присутствует также в трудовой функции тренера спортивных секций и клубов, руководителя творческих кружков и секций молодежных организаций по интересам и т. п.

По мнению отдельных авторов, кроме перечисленных выше субъектов, к работникам, выполняющим воспитательные функции, следует также отнести работников детских и юношеских библиотек, актеров детских театров и театра юного зрителя, поскольку их положение в обществе, социальная значимость выполняемых ими функций требуют от них не только добросовестного выполнения ими своих трудовых обязанностей, но и высокой моральной чистоты, безупречного поведения (Анисимов 2005, 84).

Относительно полный перечень должностей педагогических работников указан в Номенклатуре должностей педагогических работников организаций, осуществляющих образовательную деятельность, должностей руководителей образовательной организации, утв. Постановлением Правительства РФ от 08.08.2013 № 678 (далее — Номенклатура должностей педагогических работников).

Основания расторжения трудового договора по инициативе работодателя (п. 8 ч. 1 ст. 81 и п. 2 ст. 336 ТК РФ) имеют самое непосредственное отношение ко всем педагогическим работникам образовательных организаций.

Однако Б. А. Борисов утверждает, что по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ не могут быть уволены руководители структурных подразделений образовательных организаций высшего образования, так как наряду с учебно-воспитательной работой они выполняют более широкую функцию (Борисов 1996, 85). В данном случае речь идет о заведующем кафедрой и декане факультета.

В соответствии с п. 6 ст. 47 Закона об образовании педагогические работники образовательной организации высшего образования в свое рабочее время осуществляют учебную (преподавательскую) и воспитательную работу. В свою очередь, педагогические работники образовательной организации высшего образования относятся к профессорско-преподавательскому составу (п. 6 ст. 50 Закона об образовании). Номенклатура должностей педагогических работников относит должности заведующего кафедрой и декана факультета к профессорско-преподавательскому составу (педагогическим работникам).

Таким образом, заведующий кафедрой и декан факультета, как и иные категории педагогических работников, наряду с учебной деятельностью обязаны осуществлять воспитательную работу. Как и все другие педагогические работники, они, безусловно, могут быть уволены работодателем по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ (совершение работником, выполняющим воспитательные функции, аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы).

Для применения основания прекращения трудового договора педагогического работника за аморальный проступок не имеет значения, где он был совершен — по месту работы или за ее пределами. Главным в подобном случае является то, что элемент воспитания выступает основным содержанием трудовой функции, выполняемой педагогическим работником.

В случае применения п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ как основания для расторжения трудового договора необходимо определить, распространяется ли это основание на данное лицо, а также установить факт совершения работником проступка и обосновать, что данный проступок допустимо квалифицировать как аморальный.

Можно предположить, что круг лиц, к которым применимо основание увольнения по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, достаточно обширен. Другие лица, работающие в образовательной организации, но выполняющие лишь технические и вспомогательные функции для обеспечения учебного процесса, не могут быть уволены по указанному основанию.

2.3. Обоснование и достаточные причины увольнения работников за аморальный проступок

Анализируя содержание п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, следует обратить внимание на то, что основанием расторжения трудового договора с работником, выполняющим воспитательные функции, является не аморальное поведение или аморальный поступок работника, а аморальный проступок. Проступок, в отличие от поступка как акта поведения, есть категория правовая, вид правонарушения.

Чтобы избежать ошибок при расторжении трудового договора по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, в юридической литературе предлагается проводить разграничение между аморальным *поступком*, определяемым на основе общепринятых норм нравственности и морали, и аморальным *проступком* как видом правонарушения, предусмотренным в законах, подзаконных нормативных правовых актах, уставах образовательных организаций, правилах внутреннего трудового распорядка и иных актах локального характера (Егоров, Харитонов 2007, 387).

В настоящее время четкое определение понятия «аморальный проступок» отсутствует. Одни авторы признают аморальным проступком виновное действие

(бездействие), которое нарушает основные моральные нормы общества и противоречит содержанию учебно-трудовой функции воспитателя (работника) (Гейхман, Сидоренко 2010, 242). Однако к аморальным проступкам, безусловно, относятся все виды сексуальных домогательств (Малеина 2018, 67). Другие предлагают признать аморальным поведение лица, попирающего устои и правила морали, действующие в обществе, в том числе в конкретной организации (Буянова, Костян 2010, 217), а также проступки, квалифицируемые как преступление, и некоторые административные правонарушения (Головина, Молодцов 2008, 219).

Законодатель обращает внимание, что аморальный проступок подпадает под признаки оценочного понятия, так как не конкретизирован на законодательном уровне, требует уточнения в процессе правоприменения и предоставляет правоприменяющему органу возможность свободной оценки фактов (Бару 1970, 104).

В словарях «аморальный» определяется как противоречащий морали, безнравственный. Следует учитывать, что мораль — форма общественного сознания, совокупность взглядов, принципов, убеждений и основанных на них норм поведения, регулирующих отношения участников образовательного процесса друг к другу, к коллективу, к образовательной организации, к обществу и государству.

Термин «аморальный» толкуется как «не принимающий во внимание морали, не считающийся с нравственными нормами, не имеющий правил нравственности, безнравственный» (Ожегов, Шведова 1997, 23).

Можно предположить, что чаще всего аморальным признается проступок педагогического работника, противоречащий морали и нравственности, т. е. безнравственный. Термины «мораль» и «нравственность» в подобных случаях рассматриваются как синонимы, имеющие один первоисточник.

Действие — это конкретный акт человеческого поведения, которое подразделяется на правомерное, неправомерное и юридически нейтральное (Комаров 1996, 247).

Аморальный проступок не может относиться к правомерным действиям, выделяемым по признакам соответствия нормам права. В силу особой социальной роли, возложенной на педагогических работников, соблюдение норм морали возведено для них в субъективную правовую обязанность. Аморальный проступок, безусловно, относится к неправомерным действиям, совершение которого влечет обязанность претерпеть негативные последствия в виде дисциплинарного взыскания. Поэтому за совершение аморального проступка, как правило, следует правовая ответственность педагогического работника вплоть до его увольнения.

Следовательно, аморальный проступок — это такие неправомерные действия, которые нарушают нормы морали и нравственности, противоречат общепринятым представлениям о разумном и достойном поведении. Ряд незаконных действий (воровство, насилие, оскорбление, хулиганство и др.) и действий, просто порицаемых обществом (чрезмерное употребление спиртных напитков, грубость по отношению к другим, недостойное поведение в быту), также следует отнести к аморальным проступкам.

Как мы видим, спектр форм поведения, которые могут быть квалифицированы в обществе как аморальный проступок, крайне широк, поэтому попытка сформулировать закрытый перечень аморальных проступков вряд ли будет успешной.

Так, Комиссия Австралии по правам человека указывает, что формы сексуальных домогательств могут включать в себя нежелательные прикосновения, объятия или поцелуи; рассматривание или оглядывание; наводящие комментарии или шутки; сексуально откровенные картинки, заставки или постеры; нежелательные приглашения пойти на свидание или заняться сексом; навязчивые вопросы о личной жизни или теле сотрудника; нежелательное знакомство; оскорбления или насмешки в зависимости от половой принадлежности; сексуально откровенные электронные письма или SMS-сообщения; доступ к сексуально откровенным интернет-сайтам; поведение, которое также является преступлением по уголовному законодательству, такое как физическое насилие, преследование или непристойное общение (Харитонов 2019, 57–58).

Поэтому работодателю приходится оценивать поведение педагогического работника при совершении им аморального проступка, исходя из собственного представления о моральных и нравственных ценностях.

Совершение педагогическим работником аморального проступка в связи с исполнением им трудовых обязанностей по месту работы рассматривается как дисциплинарный проступок, за который предполагается применение к работнику дисциплинарного взыскания, в том числе увольнение (ч. 3 ст. 192 ТК РФ). При этом необходимо учитывать порядок применения дисциплинарного взыскания, установленный ст. 193 ТК РФ. В случае совершения педагогическим работником аморального проступка вне места работы или по месту работы, но не в связи с исполнением им трудовых обязанностей проступок не может рассматриваться как дисциплинарный. Тем не менее увольнение работника по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ в этом случае также допускается законодателем, но не позднее одного года со дня обнаружения проступка работодателем (ч. 5 ст. 81 ТК РФ).

Доказательствами, подтверждающими факт совершения педагогическим работником аморального проступка, могут быть протокол заседания ученого совета образовательной организации (факультета), постановление о привлечении гражданина к административной ответственности, постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, медицинские справки, выданные в установленном порядке, и т. п.

В подобных случаях факт совершения аморального проступка следует признавать несовместимым с продолжением выполнения педагогическим работником его воспитательной функции.

Вопросам, прямо или косвенно связанными с критериями и проблемами определения проступка, совершенного педагогическими работниками (преподавательскими кадрами), как аморального, уделяли внимание различные международные организации, в частности Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, далее — ЮНЕСКО) и Международная организация труда (далее — МОТ). Так, Рекомендация о статусе преподавательских кадров высших учебных заведений, принятая на 29-й сессии Генеральной конференцией ЮНЕСКО в Париже (21.10–12.11.1997), конкретизирует понятие аморального проступка.

В соответствии с Рекомендацией никто из представителей академического сообщества, в том числе преподавательские кадры, не должен подвергаться дисциплинарному взысканию вплоть до увольнения, за исключением случаев, когда

это делается на законном и достаточном основании. Такое основание должно быть установлено в ходе независимого разбирательства со стороны коллег по профессии и/или беспристрастными органами, такими как суд.

Рекомендация обращает внимание на то, что увольнение педагогического работника в качестве дисциплинарного взыскания за аморальный проступок допускается только по причинам, затрагивающим *профессиональные* нормы поведения. К таким причинам, которые непосредственно касаются педагогических работников, по мнению авторов Рекомендации, относятся:

- серьезные финансовые нарушения, извлечение противоправной выгоды из учебного процесса (фальсификация свидетельств, дипломов и т. п. за денежное вознаграждение, сексуальные либо другие услуги);
- подделка или фальсификация результатов научных исследований;
- вымогательства в целях получения сексуальных, финансовых или других материальных выгод от подчиненных или коллег за сохранение за ними должности (работы);
- сексуальные домогательства или другое неправомерное поведение в отношении обучающихся, коллег или других работников образовательной организации, а также высказывание серьезных угроз в их адрес.

Рекомендация не дает определения аморальному проступку, а лишь обращает особое внимание на гендерно обусловленное насилие. Термин «гендерное насилие и домогательства» предполагает насилие и домогательства, направленные на лиц по причине их половой или гендерной принадлежности либо несоразмерно воздействующие на лиц конкретного пола или конкретной гендерной принадлежности и включающие сексуальные домогательства.

Не внесли ясности в определение аморального проступка недавно принятые Конвенция МОТ от 21.06.2019 № 190 «Об искоренении насилия и домогательства в сфере труда» и Рекомендация МОТ № 206 с одноименным названием, в которой изложены основные практические меры по приведению национальной практики в соответствие с положениями Конвенции.

Конвенция № 190 обращает внимание, что термин «насилие и домогательства» в сфере труда обозначает ряд неприемлемых форм поведения и практики или угрозы таковых, и предлагает конкретные меры по предотвращению и противодействию этим неприемлемым видам поведения. В соответствии с текстом Конвенции № 190 «насилие и домогательства» в сфере труда, будь то единичный или повторный случай, приводят или могут привести к физическому, психологическому, сексуальному или экономическому вреду, включая гендерное насилие и сексуальные домогательства (п. 1 ст. 1).

Конвенция признает необходимость реализации права каждого человека на сферу труда, свободную от насилия и домогательств, а также выделяет гендерно обусловленное насилие.

Также Конвенция № 190 обращает внимание на недопустимость физического насилия, словесного оскорбления, запугивания и моббинга, сексуального домогательства, угроз и преследования.

Несколько ранее, 23.11.2012, на 38-м пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ в г. Санкт-Петербурге, Постановлением

№ 38-8 был принят Модельный закон «Об ответственности участников образовательного процесса» (далее — Модельный закон), где, в частности, дано определение терминов «моральная норма» и «дисциплинарная ответственность педагогических работников».

Моральная норма определяется как норма нравственных требований, выступающих в качестве примера и образца такого поведения в обществе, которое максимально соответствовало бы интересам личности (ст. 1 Модельного закона).

Все участники образовательного процесса несут ответственность, в том числе моральную, как за нарушение социальных норм, так и за совершение проступка, противоречащего общепринятым нормам морали (ст. 16). Нарушение правовой нормы рассматривается как безнравственный поступок, который, помимо юридической, влечет еще и моральную ответственность.

В Модельном законе перечислен ряд оснований моральной ответственности, которые относятся ко всем участникам образовательного процесса. Такими основаниями признаются действия (бездействия) участников образовательного процесса, соответствующие определенному нарушению социальных норм или совершению поступка, противоречащего нормам морали. Некоторые из этих оснований непосредственно относятся к педагогическим работникам образовательных организаций, например:

- неуважительное отношение к конституционному строю, национальной культуре, истории, традициям государства;
- неосмотрительность педагогического работника в выборе друзей и знакомых, установлении связей, которые могут его скомпрометировать;
- распространение слухов, сплетен и другой непроверенной информации сомнительного характера;
- игнорирование здорового образа жизни, несоблюдение правил личной и общественной гигиены;
- отсутствие контроля за поведением, чувствами, эмоциями;
- распространение сведений, касающихся частной жизни иных участников образовательного процесса.

Модельный закон обращает внимание, что национальным законодательством могут устанавливаться и другие основания моральной ответственности для всех участников образовательного процесса, в том числе и для педагогических работников.

Так, Министерство просвещения России и Профсоюз работников народного образования и науки РФ в Письме от 20.08.2019 № ИП-941/06/484 представили Примерное положение о нормах профессиональной этики педагогических работников. Сознывая особую ответственность перед государством, обществом и гражданами, Положение обращает внимание, что педагогические работники призваны:

- уважать честь и достоинство обучающихся и других участников образовательных отношений;
- исключать действия, связанные с влиянием каких-либо личных, имущественных (финансовых) и иных интересов, препятствующих добросовестному исполнению должностных обязанностей;

- проявлять доброжелательность, вежливость, тактичность и внимательность к обучающимся, их родителям (законным представителям) и коллегам;
- проявлять терпимость и уважение к обычаям и традициям народов Российской Федерации и других государств, учитывать культурные и иные особенности различных социальных групп, способствовать межнациональному и межрелигиозному взаимодействию между обучающимися;
- соблюдать при выполнении профессиональных обязанностей равенство прав и свобод человека и гражданина, независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств;
- придерживаться внешнего вида, соответствующего задачам реализуемой образовательной программы;
- воздерживаться от размещения в сети Интернет, в местах, доступных для детей, информации, причиняющий вред здоровью и/или развитию детей;
- избегать ситуаций, способных нанести вред чести, достоинству и деловой репутации педагогического работника и/или организации, осуществляющей образовательную деятельность.

Нарушение перечисленных обязанностей может рассматриваться работодателем как совершение педагогическим работником аморального проступка. Однако работодатель обязан обеспечить справедливое и объективное расследование совершенного работником аморального проступка, а при необходимости обеспечить защиту чести, достоинства и деловой репутации такого работника.

Среди прочего ТК РФ относит к аморальным проступкам применение, в том числе однократное, методов воспитания, связанных с физическими и/или психическим насилием над личностью обучающегося (воспитанника) (п. 2 ст. 336 ТК РФ).

Представляется, что в условиях образовательного процесса работодатель чаще сталкивается с проявлением психического, нежели физического насилия над личностью обучающегося. Однако законодатель не раскрывает понятие психического насилия, что затрудняет применение п. 2 ст. 336 ТК РФ при расторжении трудового договора с педагогическим работником.

Психическое насилие следует рассматривать как психическое воздействие одного человека (педагогического работника) на другого (обучающегося), нарушающее право граждан на личную неприкосновенность (в духовном смысле). Психическое насилие заключается в воздействии на психику человека путем запугивания, угроз физической расправой с целью сломить волю потерпевшего к сопротивлению, к отстаиванию своих прав и интересов. Психическое насилие может привести к нервному или даже душевному заболеванию (Тихомиров 2000, 256).

К формам психического насилия можно отнести следующие действия педагогического работника:

- создание условий для преднамеренной изоляции обучающегося (воспитанника);
- запугивание или угрозы в адрес обучающегося (воспитанника);

- оскорбление и унижение личного достоинства, обучающегося (воспитанника);
- демонстрацию негативного отношения к обучающемуся (воспитаннику);
- предъявление завышенных требований, не соответствующих возрасту обучающегося (воспитанника);
- систематическую необоснованную критику обучающегося (воспитанника), выводящую его из душевного равновесия;
- незаслуженное занижение оценки знаний обучающегося;
- настраивание негативного отношения коллектива к конкретному обучающемуся (воспитаннику);
- склонение обучающегося (воспитанника) к тайному информированию педагогического работника о событиях, происходящих в группе.

Решение о применении п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ или п. 2 ст. 336 ТК РФ в качестве основания для прекращения трудовых отношений с педагогическим работником в случаях проявления психологического насилия работодатель принимает самостоятельно. На наш взгляд, в случае подтверждения факта психологического насилия со стороны педагогического работника желательно применять специальное основание прекращения трудового договора, указанное в п. 2 ст. 336 ТК РФ.

Так, если в ходе судебного разбирательства будет установлено, что имело место однократное физическое и/или психическое насилие по отношению к обучающемуся и работодатель уволил педагогического работника за этот проступок по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, то суд может изменить это общее основание на другое, специальное — п. 2 ст. 336 ТК РФ (Апелляционное определение Мособлсуда от 25.05.2016 № 33-14198/2016).

Кроме того, ст. 261 ТК РФ позволяет расторгнуть трудовой договор по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ и п. 2 ст. 336 ТК РФ даже с теми лицами, с которыми по общему правилу установлен запрет на его расторжение по инициативе работодателя, а именно:

- с женщиной, имеющей ребенка в возрасте до трех лет;
- одинокой матерью, воспитывающей ребенка-инвалида в возрасте до 18 лет или малолетнего ребенка — ребенка в возрасте до 14 лет;
- другим лицом, воспитывающим указанных детей без матери;
- родителем (иным законным представителем ребенка), являющимся единственным кормильцем ребенка-инвалида в возрасте до 18 лет или единственным кормильцем ребенка в возрасте до трех лет в семье, воспитывающей трех и более малолетних детей, если другой родитель (иной законный представитель ребенка) не состоит в трудовых отношениях.

Полагаем, что совершение педагогическими работниками образовательных организаций аморальных проступков недопустимы, поскольку выходят за рамки академической этики, вредят качеству образования, репутации вуза и образовательной системе в целом.

Таким образом, аморальный проступок — это разнообразные формы поведения, действия и проявления отношений, целью которых выступает нанесение физического, психологического, нравственного, сексуального или экономического ущерба (вреда), а также те действия, которые нанесли или с большой вероятностью

могут нанести такой ущерб непреднамеренно. Аморальный проступок может быть совершен однократно либо носить повторяющийся характер.

2.4. Действия педагогического работника, которые следует считать харассментом

Харассмент — английское слово, которое обычно переводится на русский язык как «домогательство», т. е. назойливое поведение, нацеленное на половую связь по месту работы, а также другие виды действий, производимых вопреки желанию объекта. Этот термин пришел к нам из европейских стран и США, наиболее активно его стали использовать с середины 2017 г. как в сети Интернет, так и в средствах массовой информации.

В различных зарубежных странах законодательство, касающееся определения термина «харассмент» и мер ответственности за эти действия, существенно отличается. В европейских странах за действия, подпадающие под харассмент, предусмотрена правовая ответственность от штрафных санкций до уголовной. Знакомство с местом работы (рабочим местом) при найме на работу начинается с предупреждения о недопустимости харассмента.

Чаще всего под харассментом подразумевают сексуальное домогательство, которое может представлять как явное, так и скрытое, завуалированное (намеки) сексуальное притязание.

Так, в правовой системе США *sexual harassment* означает преступление, нарушающее неприкосновенность личности человека и выражающееся в виде определенных сексуальных домогательств.

В Российской Федерации понятие *sexual harassment* юридически не закреплено, поэтому возникают проблемы с его трактовкой. Речь идет о нежелательном внимании сексуального характера со стороны одного лица, которое ставит другое лицо (жертву) этого внимания в неловкое положение. Подобное внимание — это не только сомнительные шутки, жесты, звуки, которые могут оскорбить и унижить жертву, но и попытки изнасилования или иные виды домогательства.

Определение харассмента — достаточно сложная и деликатная задача. Существует очень тонкая грань при признании каких-либо неприятных для человека действий со стороны другого лица харассментом. В какой-то мере ситуация упрощается, когда одно лицо прямо указывает другому лицу на то, что ему неприятно его поведение. Но все усложняется, когда из-за стыда или страха жертва не может выразить недовольство или вынуждено смириться с оскорбительным поведением другого лица. Харассмент может приводить к нравственным страданиям человека, под которыми следует понимать ощущение страха, стыда, унижения, а равно иные неблагоприятные для него в психологическом плане переживания и страдания. Подобные ситуации обычно возникают между представителем работодателя (руководителем) и работником (подчиненным), между педагогическими работниками (коллегами), между педагогическим работником и обучающимся (воспитанником) и т. п.

К харассменту обычно относят оскорбления, непристойные предложения, шантаж с целью принуждения к чему-либо и различного рода прикосновения, а также все то, что нарушает *личное пространство*, например демонстративное

обсуждение фигуры и внешнего вида человека, комментарии по поводу глубины декольте, навязчивые объятия, щипки, поглаживания и т. д. Такие действия варьируются от некорректных шуток и замечаний до физического удерживания и попыток уединиться с жертвой в закрытом помещении.

В правовом поле термин «харассмент» чаще применяется к тем отношениям, в которых есть иерархия, когда одно лицо проявляет неуместное внимание к другому лицу, находящемуся от него в определенной зависимости.

К основным формами харассмента можно отнести:

- сексуальную (самая распространенная);
- религиозную (когда одно лицо не согласно с религиозными взглядами другого лица и пренебрежительно о них отзывается);
- возрастную (когда одно лицо третирует другое из-за того, что тот младше или старше);
- половую (когда мужчина считает, что он имеет больше прав по сравнению с женщиной, и относится к ней при этом унизительно);
- национальную и расовую.

Конвенция МОТ № 190 считает насилием и запрещает так называемый виртуальный харассмент, осуществляемый по телефону, электронной почте, через социальные сети и с использованием других информационных и коммуникационных технологий.

В широком смысле меры правовой ответственности за действия, связанные с харассментом, применимы ко всем наемным работникам.

Следует признать, что харассмент — это своеобразная форма дискриминации, ущемление прав другого человека, направленные на достижение конкретных целей (удовлетворение сексуальных желаний, воплощение «больных» фантазий, доказательство ущербности человека из-за принадлежности к другой расе, национальности, полу, религии и т. д.).

Применительно к педагогическим работникам харассмент можно рассматривать как своеобразную форму проявления аморального проступка, за совершение которого может последовать дисциплинарная ответственность вплоть до увольнения.

2.5. Некоторые проблемы при увольнении работников за аморальный проступок

Существенной проблемой применения п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ как основания расторжения трудового договора является то, что «аморальный проступок» представляет собой не столько правовую, сколько морально-этическую категорию.

Совершение аморального проступка может быть сознательно или неосознанно спровоцировано либо обусловлено иными требующими внимания обстоятельствами (например, стресс в результате смерти близкого родственника и др.) (Щебляков 2014, 257). В некоторых случаях аморальный проступок связан со стрессовым состоянием, в котором оказывается педагогический работник в связи с неправомерными действиями обучающегося или коллеги по цеху. Представляется, что обстоятельства душевного состояния работника должны учитываться

работодателем при применении к педагогическому работнику дисциплинарного взыскания, в том числе увольнения по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ. Также совершение аморального проступка должно быть подтверждено достоверными и убедительными доказательствами, полученными работодателем в установленном порядке.

Трудовое законодательство не дает ответа на вопрос, как поступить работодателю, если педагогический работник совершил аморальный проступок по месту работы, но в нерабочее время. Особенности трудовой деятельности педагогического работника заключаются в том, что появление его в образовательной организации в любое время, его поведение и даже внешний вид прямо или косвенно связаны с элементами воспитания обучающихся. В подобных случаях совершение педагогическим работником правонарушений, подпадающих под аморальный проступок, все же должно рассматриваться работодателем как дисциплинарный проступок.

Представляется, что сексуальные домогательства по отношению к другим коллегам и обучающимся со стороны педагогического работника относятся к аморальным проступкам, при условии что в действиях работника содержатся элементы принуждения другого лица к половому сношению, мужеложству, лесбиянству и к иным действиям сексуального характера. При этом нельзя исключать привлечение педагогического работника к уголовной ответственности в соответствии со ст. 133 Уголовного кодекса РФ от 13.06.1996 № 63-ФЗ (далее — УК РФ) (понуждение к действиям сексуального характера).

Однако, как отмечается в уголовно-правовой литературе, «только предложение вступить в половое сношение к лицу, которое находится в какой-либо зависимости от этого человека, не содержит состава преступления, предусмотренного ст. 133 УК РФ» (Дядькин, Ахмедов 2018, 76).

Как мы видим, в законодательстве отсутствует формализованный или хотя бы примерный перечень конкретных проступков, совершение которых предоставляло бы работодателю право расторгнуть трудовой договор с педагогическим работником по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ. Кроме того, отсутствие четкой процедуры прекращения трудовых отношений по данному основанию также не способствует защите сторон трудовых отношений от неблагоприятных последствий, которые могут возникнуть при увольнении педагогического работника по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ.

Подобная ситуация не способна предостеречь стороны, в том числе работодателя, от принятия необдуманных решений при прекращении трудовых отношений за совершение педагогическим работником аморального проступка, а также ограничить рамки, в пределах которых могло бы применяться данное основание при расторжении трудового договора.

2.6. Особенности процедуры увольнения педагогического работника за аморальный проступок

При расторжении трудового договора по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ необходимо установить факт совершения педагогическим работником аморального проступка; кроме того, работодателю необходимо определить основные признаки, по которым совершенный работником проступок может быть квалифицирован как аморальный.

Решение о несовместимости аморального проступка с продолжением выполнения педагогическим работником учебной и воспитательной работы принимается работодателем при условии совершения работником аморального проступка, который оказал или мог оказать пагубное воздействие на обучающегося. Также за аморальный проступок следует прекращение трудовых отношений, если есть вероятность, что работник в будущем способен совершить аналогичный или другой проступок, который также окажет негативное воздействие на обучающихся.

Трудовой договор с педагогическим работником расторгается по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ в случаях совершения им аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы, как по месту работы и в рабочее время, так и в любое время в любом месте. Главное, чтобы аморальное поведение педагогического работника было полностью доказано. Поэтому трудно признать законной практику, когда подобное увольнение работника осуществляется только на основании слухов, сплетен и непроверенных фактов.

Однако следует иметь в виду, что от места совершения аморального проступка зависит порядок увольнения по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ. Если аморальный проступок был совершен педагогическим работником по месту работы, в рабочее время и в связи с исполнением им трудовых обязанностей, то такой работник может быть уволен по данному основанию при условии соблюдения процедуры наложения дисциплинарного взыскания, установленного ст. 193 ТК РФ. В случае совершения педагогическим работником аморального проступка не по месту работы и не в связи с исполнением им трудовых обязанностей увольнение не может рассматриваться как дисциплинарное взыскание. В этом случае увольнение работника по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ допускается, но не позднее одного года со дня обнаружения работодателем совершенного проступка (ч. 5 ст. 81 ТК РФ).

Факт совершения аморального проступка вне места работы устанавливается не работодателем, поэтому указанные факты должны быть подтверждены объективными данными, которые предоставляются работодателю незаинтересованными лицами, прежде всего представителями публичной власти. Например, такими доказательствами могут быть копии решений либо постановлений суда о совершении уголовного или административно наказуемого деяния, протоколы и постановления об административной ответственности, письма из правоохранительных и превентивных органов.

Доказательства совершенного проступка должны исключать возможность дальнейшего продолжения педагогическим работником работы, связанной с образовательной и воспитательной деятельностью.

Увольнение педагогического работника по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ за совершение аморального проступка, несовместимого с выполнением педагогической работы, следует признать крайней мерой, которая применяется при бесспорной доказанности факта. В определенных случаях работодатель стремится дистанцироваться от педагогического работника, в адрес которого были выдвинуты серьезные обвинения, и расторгает с ним трудовой договор, не дожидаясь получения прямых доказательств. Однако ответственность за увольнение педагогического работника в подобных случаях несет только работодатель, а не лицо, голословно обвинившее того или иного работника.

До принятия работодателем окончательного решения о расторжении трудового договора с педагогическим работником по п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ желательно предварительно создать комиссию, которая провела бы беспристрастное расследование. Принятые комиссией выводы и рекомендации для работодателя оформляются протоколом. На основании выводов и рекомендаций, указанных в протоколе, работодатель и принимает взвешенное решение о наказании работника.

Создание комиссии оформляется приказом, в котором указываются фамилии и должности работников, входящих в ее состав, цель и дата создания комиссии, срок ее действия (он может не ограничиваться конкретным случаем), а также полномочия, предоставленные комиссии.

Комиссия по расследованию факта совершения педагогическим работником аморального проступка может затребовать письменное объяснение от работника по факту совершения им аморального проступка, определить обстоятельства и причины совершения аморального проступка, установить лиц, непосредственно причастных к совершению аморального проступка, предлагать работодателю меру дисциплинарного наказания педагогического работника, совершившего аморальный проступок, и т. п.

Также комиссия обязана учитывать право граждан на защиту частной жизни и неразглашение полученной ею конфиденциальной информации с учетом обстоятельств дела в отношении всех лиц, участвующих в разбирательстве.

Аналогичную процедуру желательно соблюдать и при увольнении педагогического работника по п. 2 ст. 336 ТК РФ.

При расторжении трудового договора за совершение работником аморального проступка не требуется получения мотивированного мнения выборного профсоюзного органа.

3. Выводы

Таким образом, аморальный проступок — это разнообразные формы поведения, действия и проявления отношений, целью которых выступает нанесение физического, психологического, нравственного, сексуального или экономического ущерба (вреда), а также те действия, которые нанесли или с большой вероятностью могут нанести такой ущерб непреднамеренно. Аморальный проступок может быть совершен однократно либо носить повторяющийся характер.

Для разрешения изложенных проблем и устранения существующих пробелов в трудовом законодательстве желательно: 1) установить конкретный перечень категорий работников, подлежащих увольнению за совершение аморального проступка или за харассмент; 2) закрепить в ТК РФ общее понятие аморального проступка и харассмента с учетом того, что невозможно установить исчерпывающий перечень указанных проступков; 3) использовать международные правовые акты и мировой опыт для регламентации принятия локальных нормативных актов в виде положения (кодекса) или рекомендации, устанавливающих и конкретизирующих требования и нормы профессионального поведения и морали педагогических работников в образовательной организации.

Библиография

- Анисимов, Леонид Н. 2005. *Трудовой договор: заключение, изменение и прекращение. Практические рекомендации*. М.: Юстицинформ.
- Бару, Мирон И. 1970. «Оценочные понятия в трудовом законодательстве». *Советское государство и право* 7: 104–108.
- Борисов, Борис А. 1996. *Трудовой договор*. М.: Филинь.
- Буянова, Марина О., Ирина А. Костян, ред. 2010. *Комментарий к Трудовому кодексу РФ*. М.: Кнорус.
- Гейхман, Владимир Л., Евгений Н. Сидоренко, ред. 2010. *Комментарий к Трудовому кодексу РФ*. М.: Юрайт.
- Головина, Светлана Ю., Мстислав В. Молодцов, ред. 2008. *Трудовое право России*. М.: Норма.
- Дядькин, Олег Н., Магомет Н. Ахмедов. 2018. «Вопросы квалификации понуждения к действиям сексуального характера». *Вестник Владимирского юридического института* 3: 73–77.
- Егоров, Владимир И., Юлия В. Харитонова. 2007. *Трудовой договор*. М.: Кнорус.
- Комаров, Сергей А. 1996. *Общая теория государства и права*. М.: Манускрипт.
- Малеина, Марина Н. 2018. «Аморальный проступок преподавателя: правовая оценка понятия и последствий в сфере труда и гражданского права». *Журнал российского права* 10: 61–72.
- Ожегов, Сергей И., Наталия Ю. Шведова. 1997. *Толковый словарь русского языка*. М.: А Темп.
- Тихомиров, Михаил Ю., ред. 2000. *Юридическая энциклопедия*. М.: Юринформцентр.
- Харитонов, Михаил М. 2019. «Понятие сексуального домогательства (харассмента) и механизмы противодействия ему в трудовом праве России». *Российское право: состояние, перспективы, комментарии* 3: 52–75.
- Щебляков, Евгений С. 2014. «Актуальные проблемы расторжения трудового договора по инициативе работодателя». *Управление человеческими ресурсами — основа развития инновационной экономики* 5: 256–260.

Статья поступила в редакцию 25 марта 2020 г.;
рекомендована к печати 10 декабря 2021 г.

Контактная информация:

Завгородний Александр Васильевич — канд. юрид. наук, доц.; a.zavgorodniy@spbu.ru
Ахматшина Энеш Курбансейидовна — канд. полит. наук, ст. преп.; e.akhmatshina@spbu.ru

Characteristics and problems of the termination of the employment relationship with the teaching staff for committing immoral act or harassment

A. V. Zavgorodniy, E. K. Akhmatshina

St Petersburg State University,
7–9, Universitetskaya nab., St Petersburg, 199034, Russian Federation

For citation: Zavgorodniy, Alexander V., Enesh K. Akhmatshina. 2022. “Characteristics and problems of the termination of the employment relationship with the teaching staff for committing immoral act or harassment”. *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 271–288.
<https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.116> (In Russian)

In the process of carrying out their professional activities, pedagogical workers are assigned special responsibility for the spiritual, moral, and patriotic education of students. The Federal Law “On Education in the Russian Federation” defines “upbringing” as an activity aimed at personal development, creating conditions for self-determination, and socialization of a student on the basis of socio-cultural, spiritual, and moral values and socially accepted rules and norms of behavior in the interests of the person, family, society, and the state. This article summarizes basic requirements and restrictions on persons applying for teaching posts. The circle

of persons who can be dismissed for committing immoral misconduct is determined. Issues related to the definition of immoral misconduct and harassment are considered. Peculiarities and problems of the termination of labor relations with a pedagogical worker for committing immoral misconduct incompatible with the continuation of pedagogical work (paragraph 8 of part 1 of Article 81 of the Labor Code of the Russian Federation) are considered. Attention is also drawn to peculiarities of dismissing a teacher for his application, including one-time, of the method of education associated with physical and (or) psychological violence against the student's personality (Clause 2 of Article 336 of the Labor Code of the Russian Federation). The relevance of the topic raised by the author, on the one hand, is determined by considerable scholarly interest, and on the other hand, is of great practical importance in determining the procedure for terminating labor relations with teachers for committing an immoral misconduct. However, a comprehensive study on this topic by legal scholars in recent years has practically not been conducted.

Keywords: disciplinary liability, dismissal, morality, immoral misconduct, harassment, teachers, education.

References

- Anisimov, Leonid N. 2005. *Labor contract: conclusion, change and termination. Practical recommendations*. Moscow, Iustitsinform Publ. (In Russian)
- Baru, Miron I. 1970. "Evaluation concepts in labor legislation". *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* 7: 104–108. (In Russian)
- Borisov, Boris A. 1996. *Labor contract*. Moscow, Filin" Publ. (In Russian)
- Buianova, Marina O., Irina A. Kostian, eds. 2010. *Commentary on the Labor Code of the Russian Federation*. Moscow, Knorus Publ. (In Russian)
- Diad'kin, Oleg N., Magomet N. Akhmedov. 2018. "Issues of qualification of coercion to actions of a sexual nature". *Vestnik Vladimirskogo iuridicheskogo instituta* 3: 73–77. (In Russian)
- Egorov, Vladimir I., Iuliia V. Kharitonova. 2007. *Labor contract*. Moscow, Knorus Publ. (In Russian)
- Geikhman, Vladimir L. Evgeniy N. Sidorenko, eds. 2010. *Commentary on the Labor Code of the Russian Federation*. Moscow, Iurait Publ. (In Russian)
- Golovina, Svetlana Iu., Mstislav V. Molodtsov, eds. 2008. *Labor Law of Russia*. Moscow, Norma Publ. (In Russian)
- Kharitonov, Mikhail M. 2019. "The concept of sexual harassment (harassment) and the mechanisms of counteraction to it in the labor law of Russia". *Rossiiskoe pravo: sostoianie, perspektivy, kommentarii* 3: 52–75. (In Russian)
- Komarov, Sergei A. 1996. *General theory of state and law*. Moscow: Moscow, Manuscript Publ. (In Russian)
- Maleina, Marina N. 2018. "Teacher's immoral misconduct: Legal assessment of the concept and consequences in the field of labor and civil law". *Zhurnal rossiiskogo prava* 10: 61–72. (In Russian)
- Ozhegov, Sergei I., Nataliia Iu. Shvedova. 1997. *Explanatory dictionary of the Russian language*. Moscow, A Temp Publ. (In Russian)
- Shchebliakov, Evgenii S. 2014. "Actual problems of termination of the employment contract at the initiative of the employer". *Upravlenie chelovecheskimi resursami — osnova razvitiia innovatsionnoi ekonomiki* 5: 256–260. (In Russian)
- Tikhomirov, Mikhail Iu., ed. 2000. *Legal encyclopedia*. Moscow, Iustitsinform Publ. (In Russian)

Received: March 25, 2020

Accepted: December 10, 2021

Authors' information:

Alexander V. Zavgorodnyy — PhD in Law, Associate Professor; a.zavgorodnyy@spbu.ru

Enesh K. Akhmatshina — PhD in Political Sciences, Senior Lecturer; e.akhmatshina@spbu.ru