DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1 ISSN 2686-9241 (print), 2686-8377 (online)

ПРАВОСУДИЕ/ JUSTICE

2021
Том 3, № 1

2021
Vol. 3, no. 1

Научно-практический журнал

Учредитель и издатель:
Российский государственный университет правосудия

Scientific and Practical Journal

Founder and publisher:
Russian State University of Justice

Издается с сентября 2019 года
Периодичность издания – 4 раза в год

Published since September 2019
Publication frequency: quarterly

E-mail: vestnik@rsuj.ru
http://justice.study

© ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», 2021

Научный журнал «Правосудие/Justice» публикует оригинальные, соответствующие установленным требованиям статьи, в которых исследуются наиболее значимые для отечественной и зарубежной юридической науки и философии проблемы, относящиеся к следующим направлениям: право, глобализация и правосудие, современные правопонимание и правовые доктрины, цифровизация и право, судопроизводство, философия, философия права, право и язык.

С целью экспертной оценки каждого поступающего в редакцию материала осуществляется научное рецензирование. Все рецензенты являются признанными специалистами по тематике рецензируемых материалов. Рецензии хранятся в редакции в течение пяти лет. Редакция журнала направляет копии рецензий при поступлении соответствующего запроса в Министерство науки и высшего образования Российской Федерации.

Журнал следует стандартам редакционной этики согласно международной практике редактирования, рецензирования, издательской деятельности и авторства научных публикаций и рекомендациям Комитета по этике научных публикаций.

Наименование и содержание рубрик журнала соответствуют отраслям науки и группам специальностей научных работников согласно Номенклатуре специальностей научных работников:

12.00.00 Юридические науки
09.00.00 Философские науки

Журнал зарегистрирован в Федеральной службе
по надзору за соблюдением законодательства в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)
Свидетельство о регистрации: ПИ № ФС77-76078 от 24 июня 2019 г.

Переводчик И. А. Клепальченко
Научный редактор Л. Б. Архипова
Корректор К. В. Чегулова
Компьютерная верстка Г. С. Гордиенко

Адрес редакции:
117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69
Тел.: +7(495) 332-51-49; +7(495) 332-51-19

При перепечатке и цитировании
ссылка на журнал «Правосудие/Justice» обязательна.
Полное или частичное воспроизведение в СМИ материалов,
опубликованных в журнале, допускается только с разрешения редакции

ГУП МО «Коломенская типография»
Подписано в печать 25.03.2021
Формат 70×100/16
Объем 18,2 усл. печ. л.
Тир. 300

The peer reviewed, academic and scientific journal "Pravosudie/Justice" publishes original articles that explore the most important issues concerning both domestic and foreign jurisprudence and philosophy. They correspond to advanced requirements, including rights, globalisation and justice, modern legal thinking and legal doctrines, digitalization and law, justice, philosophy, philosophy of law, and law and language.

Each article submitted to the editorial board material is subject to a scientific and academic review by an expert peer reviewer. All peer reviewers are top-ranked experts on the subject of materials they review. Reviews are kept in the editorial office for five years. When requested by the The Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation, the editorial staff sends them copies of the reviews that were made.

The journal follows the standards of editorial ethics in accordance with international practice of editing, reviewing, publishing and authoring scientific publications and the recommendations of the Committee on Publication Ethics (COPE).

The name and content of the journal headings correspond to the branches of science and groups of specialties of scientific workers in accordance with the Nomenclature of specialties of scientific workers:

12.00.00 Jurisprudence
09.00.00 Philosophical Sciences

The Journal is registered in the Federal Service
for Supervision in the Sphere of Communications,
Information Technology and Mass Media (Roskomnadzor)
Certificate: ПИ № ФС77-76078 24.06.2019

Translator I. A. Klepal'chenko
Scientific editor L. B. Ahkhipova
Proof-reader K. V. Chegulova
Computer layout G. S. Gordienko

Postal adress:
69 Novocheremushkinskaya ul.,
Moscow 117418, Russian Federation
Tel.: +7(495) 332-51-49; +7(495) 332-51-19

When reprinting or quoting,
the reference to the journal "Pravosudie/Justice" is necessary.
No part of this publication may be reproduced
without the prior written permission of the publisher

Printing House: "Kolomenskaya Tipografiya"
Signed to print 25.03.2021
Sheet size 70×100/16
Conventional printed sheets 18,2
Number of copies 300

Главный редактор

Корнев Виктор Николаевич (г. Москва, Россия), доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного права имени Н. В. Витрука Российского государственного университета правосудия

Редакционная коллегия

Алекси Роберт (г. Киль, Германия), профессор, доктор, почетный доктор, доктор публичного права и философии права, ведущий профессор юридического факультета Кильского университета имени Христиана Альбрехта

Балагер Кальехон Франциско (г. Гранада, Испания), профессор конституционного права Университета Гранады

Бородинова Татьяна Геннадьевна (г. Краснодар, Россия), доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права Северо-Кавказского филиала Российского государственного университета правосудия

Вударски Аркадиуш (г. Франкфурт-на-Одере, Германия), профессор польского и европейского частного права и сравнительного права Европейского университета Виадрина; заведующий кафедрой гражданского права, гражданского процесса и сравнительного частного права Зеленогурского университета (Польша, г. Зелена Гура)

Дорская Александра Андреевна (г. Санкт-Петербург, Россия), доктор юридических наук, профессор, заместитель директора по научной работе, заведующий кафедрой общетеоретических правовых дисциплин Северо-Западного филиала Российского государственного университета правосудия

Ершов Валентин Валентинович (г. Москва, Россия), доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик Российской академии естественных наук, президент Российского государственного университета правосудия

Киейзик Лилианна-Божена (г. Зелена-Гура, Польша), Dr hab., ординарный профессор Института философии Зеленогурского университета

Кэлер Лоренц (г. Бремен, Германия), доктор права, профессор юридического факультета Бременского университета

Марочкин Сергей Юрьевич (г. Тюмень, Россия), доктор юридических наук, профессор, директор Института государства и права Тюменского государственного университета, заслуженный юрист Российской Федерации

Монжаль Пьер-Ив (г. Тур, Франция), доктор публичного права, профессор Университета Франсуа Рабле

Николич Драган К. (г. Ниш, Сербия), доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой историко-юридических наук юридического факультета Государственного университета

Оглезнев Виталий Васильевич (г. Томск, Россия), доктор философских наук, профессор кафедры теории и истории права и государства Западно-Сибирского филиала Российского государственного университета правосудия

Фаргиев Ибрагим Аюбович (г. Магас, Россия), доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, Председатель Верховного суда Республики Ингушетия

Фролова Елизавета Александровна (г. Москва, Россия), доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории государства и права и политологии юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова

Химма Кеннет Эйнар (г. Сиэтл, США), доктор права, профессор юридического факультета Вашингтонского университета

Editor-in-Chief

Viktor N. Kornev (Moscow, Russian Federation), Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Vitruk Constitutional Law Department of the Russian State University of Justice

Editorial board

Robert Alexy (Kiel, German), Prof. Dr. Dr. h.c. mult., Senior Professor of the Law Department of the Christian Albrecht University of Kiel

Francisco Balager Callejón (Granada, Spain), Professor of Constitutional Law of the University of Granada

Tatiana G. Borodinova (Krasnodar, Russian Federation), Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Head of the Criminal Procedural Law Department of the North Caucasian Branch of Russian State University of Justice

Arkadiusz Wudarski (Frankfurt am Oder, Germany), Professor of Polish and European Private Law and Comparative Law at the European University Viadrina; Head of the Civil Law, Civil Procedure and Comparative Private Law Department, University of Zielona Góra (Zielona Góra, Poland).

Alexandra A. Dorskaya (Saint Petersburg, Russian Federation), Dr. Sci. (Law), Professor, Deputy Director, Head of the General Theoretical Legal Disciplines Department of the North-West Branch of the Russian State University of Justice

Valentin V. Ershov (Moscow, Russian Federation), Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Honored Worker of Science of the Russian Federation, Academician of the Russian Academy of Natural Science, President of the Russian State University of Justice

Lilianna-Bożena Kiejzik (Zielona Góra, Poland), Dr hab., Full Professor, Institute of Philosophy, University of Zielona Góra

Lorenz Kaehler (Bremen, Germany), PhD in Law, Professor, the University of Bremen School of Law

Sergey Yu. Marochkin (Tyumen', Russian Federation), Dr. Sci. (Law), Professor, Director of the Institute of State and Law, Tyumen' State University, Honored Lawyer of the Russian Federation

Pierre-Yves Monjal (Tours, France), PhD in Public Law, Professor of the Francois Rabelais University

Dragan K. Nikolić (Niš, Serbia), PhD in Law, Professor, Head of the History and Law Department of Law Department of the State University

Vitaly V. Ogleznev (Tomsk, Russian Federation), Dr. Sci. (Philosophy), Professor of the Theory and History of Law and State Department of the West Siberian Branch of the Russian State University of Justice

Ibragim A. Fargiyev (Magas, Russian Federation), Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Chairman of the Supreme Court of the Republic Ingushetia

Elizaveta A. Frolova (Moscow, Russia), Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Theory of State and Law and Political Science Department, Faculty of Law, M. V. Lomonosov Moscow State University

Kenneth E. Himma (Seattle, USA), PhD in Law, Professor of the University of Washington School of Law

Содержание

РЕДАКЦИОННАЯ СТАТЬЯ

Корнев В. Н. Авторитетные зарубежные журналы: тематика исследований.... 8

ОРИГИНАЛЬНЫЕ СТАТЬИ

СОВРЕМЕННОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ

Ершов В. В. Правопонимание, правотворчество и правореализация (на англ. яз.) 14

ПРАВОСУДИЕ

От редакции. Существует ли судейское нормотворчество? 31

Балагер Кальехон Ф. Нормотворческая функция конституционных решений..... 32

Гарбатович Д. А. Социальная значимость регламентации непреступных уголовно-правовых деяний (на англ. яз.)..... 51

Бурмистрова С. А. Способы защиты публично-правовых интересов в цивилистическом процессе 69

ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Поскребнев М. Е. Институт отвода судьи в гражданском процессе: исторический аспект..... 86

ОТРАСЛИ ПРАВА. ИНСТИТУТЫ ПРАВА

Халиков И. А. Признаки субъекта преступления, предусмотренного статьей 243.2 Уголовного кодекса Российской Федерации 113

Грибов Н. Д. Обязанности участников корпорации..... 128

Семиходский А. Г. Криминалистические базы данных геномной информации: международный опыт и возможность его применения в Российской Федерации..... 148

ПЕРЕВОДЫ

ОТРАСЛИ ПРАВА. ИНСТИТУТЫ ПРАВА

Вударски А. В поисках эффективного правового регулирования европейской ипотеки 184

Content

EDITORIAL

V. N. Kornev. Reputable foreign journals: research topics 8

ORIGINAL PAPERS

MODERN UNDERSTANDING OF LAW

V. V. Ershov. Legal understanding, law making and law implementation (In Eng.)..... 14

JUSTICE

From the editorial staff. Is there *a* judicial law-making?..... 31

F. Balaguer Callejón. Normative function of constitutional decisions 32

D. A. Garbatovich. The social significance of the regulation of non-criminal acts in the criminal law (In Eng.) 51

S. A. Burmistrova. The measures to protect public legal interests in the civil process..... 69

HISTORY OF THE STATE AND LAW

M. E. Poskrebnev. The Institution of Recusal of Judges in Civil Proceedings: Historical Aspect..... 86

BRANCHES AND INSTITUTIONS OF THE LAW

I. A. Khalikov. The signs of the subject of a crime under article 243.2 of the Criminal code of the Russian Federation 113

N. D. Gribov. Obligations of corporation members..... 128

A. G. Semikhodskii. Forensic DNA databases: International experience and the possibility of its application in the Russian Federation 148

TRANSLATIONS

BRANCHES AND INSTITUTIONS OF THE LAW

A. Wudarski. In search of effective legal regulation of European mortgage..... 184

DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.8-13

Авторитетные зарубежные журналы: тематика исследований

Читателям журнала «Правосудие/Justice» будет интересно ознакомиться с проблематикой публикаций зарубежных коллег в ведущих иностранных журналах. Мы не беремся проанализировать содержание всех наиболее значимых англоязычных журналов по праву – это непосильный труд, ибо таких научных изданий насчитывается около 150. В настоящем обзоре представлено краткое содержание и проанализированы статьи, которые были опубликованы за 2020 – начало 2021 г. в таких университетских изданиях, как «Cambridge Law Journal», «Harvard Law Review», «Minnesota Law Review», «Oxford Journal of Legal Studies».

Все статьи можно сгруппировать по нескольким направлениям исследований. Первая группа статей – это те статьи, которые посвящены вопросам правового регулирования в условиях пандемии COVD-19, имеющей по своим последствиям планетарное значение.

Весьма показательными в этом смысле являются публикации на страницах журнала «Minnesota Law Review» – *«Распознавание лиц и четвертая поправка»*, *«Как пандемия COVID-19 изменила и должна изменить американскую систему безопасности»*. В первой статье ее автор Эндрю Гатри Фергюсон рассуждает о том, не окажет ли отрицательное влияние возможность полиции отслеживать и идентифицировать лиц с помощью сетевых камер наблюдения. Автор высказывает серьезную обеспокоенность тем, что в результате применения камер слежения могут быть нарушены права человека на свободу и безопасность личности. В этом аспекте и исследуется проблема, насколько введенная система видеонаблюдения для распознавания лиц соответствует Конституции США, и в частности Четвертой поправке, которая призвана ограничить полицейскую власть и правительственный произвол в деле мощной и всепроникающей технологии слежки. По мнению ученого, современная доктрина и конституционная теория предлагают меньше мер для защиты частной жизни и личной безопасности, чем можно было бы ожидать. Новая система наблюдений и распознавания лиц не снимают проблемы частоты ошибок, в том числе и основанных на расовых предубеждениях. На основе анализа дел, рассмотренных Верховным Судом США, которые касаются применения цифровых технологий, автором формулируются предложения по совершенствованию доктрины и правовому

© Корнев В. Н., 2021

регулированию Четвертой поправки применительно к современным условиям.

В статье *«Как пандемия COVID-19 изменила и должна изменить американскую систему безопасности»* ее авторы Эндрю Хэммонд, Ариэль Юроу Клейман и Габриэль Шеффлер отмечают, что пандемия COVID-19 вызвала беспрецедентный шок в Соединенных Штатах и во всем мире. Неясно, как долго продлится этот эпидемиологический и экономический кризис, и трудно оценить масштабы и направление изменений в американской жизни, вызванных этими кризисами. При этом бесспорно, что пандемия оказывает значительное давление как на способность американцев удовлетворять основные потребности, так и на способность правительства оказывать им помощь. Федеральные, государственные и местные органы власти, указывают авторы, приняли различные меры для развертывания существующих программ социальной защиты, таких как введение продовольственных талонов, налоговые кредиты и страхование от безработицы, чтобы удовлетворить всплеск потребностей. В статье отмечается, что на данном этапе кризиса следует: а) определить, каким образом пандемия подпитывает и усугубляет расовое и экономическое неравенство в Америке; б) детально проанализировать реакцию правительства; в) рассмотреть изменения в результате нынешнего кризиса и г) решить, как правительство в будущем должно строить программы социального обеспечения для удовлетворения потребностей всех американцев в ближайшие годы. Авторы этого эссе попытались сделать так, чтобы раскрытие и аргументация этих четырех тезисов были понятны и полезны как для юристов, так и для всего общества.

Следует отметить, что и на страницах журнала «Правосудие/Justice» проблемы, связанные с пандемией COVID-19, также получили свое освещение в ряде статей.

Вторая группа публикаций посвящена исследованию специальных тем – вопросов правового регулирования межрасовых и межнациональных отношений. В качестве примера приведем статьи, опубликованные в американском журнале «Harvard Law Review».

Так, в статье профессора Рэндалла Л. Кеннеди *«Расовая критика юридической науки»* анализируются труды, в которых исследовано влияние расовых различий на распределение научного влияния и престижа в юридической науке. Автор утверждает, что эти труды формулируют два взаимосвязанных тезиса: первый – тезис об исключении – это вера в то, что интеллектуальный вклад цветных ученых неправомерно игнорируется или недооценивается; второй – тезис о расовой самобытности: 1) что ученые из числа меньшинств, как и все цветные люди в Соединенных Штатах, испытали расовое угнетение; 2) что этот опыт заставляет ученых из числа меньшинств смотреть на мир с иной точки зрения, чем их белые коллеги, и 3) что этот иной взгляд проявляется в работах ученых из числа меньшинств. Кеннеди утверждает, что возникающая область кри-

тической расовой теории поставила на повестку дня ученых вопросы, которым до сих пор уделялось мало внимания или вообще не уделялось, вопросы, которые исследуют природу и последствия расовых конфликтов в юридических академических кругах. В частности, Кеннеди оспаривает, например, аргументы о том, что а) по интеллектуальным соображениям белые ученые имеют меньше права для участия в дискуссии относительно создания проекта закона о расовых отношениях, чем цветные ученые; б) ответственность за нынешнее положение цветных ученых возлагается в подавляющем большинстве случаев на белых ученых в силу их предвзятых решений.

«Раса, реформа и сокращение расходов: трансформация и легитимация в антидискриминационном законодательстве» – так названа статья Кимберли Уильямс Креншоу. В ней отмечается, что недавние работы неоконсерваторов и критически настроенных ученых-юристов показали: реформы в области гражданских прав были неудачным средством достижения расового равенства в Америке. Профессор Креншоу рассматривает эти критические замечания и анализирует сохраняющуюся роль расизма в подчинении чернокожих американцев. Критики, по ее мнению, игнорируют исключительную силу расизма как гегемонистской силы в американском обществе. Антидискриминационный закон, утверждает она, в значительной степени преуспел в устранении символических проявлений расового угнетения, но позволил увековечить материальное подчинение чернокожих. В заключение профессор Креншоу демонстрирует важность разоблачения расистского характера якобы нейтральных норм и разработки стратегий перемен, включающих прагматическое использование законных прав.

В статье *«Переосмысление защиты священных мест коренных народов»* Михалин Стил и Стефани Холл Барклай пишут, что обеспечение реального доступа к священным местам является одним из наиболее важных принципов религиозной деятельности коренных народов, однако федеральное правительство неоднократно препятствовало племенам в их усилиях по отстаиванию такого рода практики. К сожалению, бездушное разрушение священных мест коренных народов – это не просто тревожный пережиток прошлого. Угроза священным местам и культурным ресурсам сохраняется и сегодня в форме отрыва от развития, а также в виде значительных барьеров на пути реального доступа к их святыням, с которыми сталкиваются коренные народы.

Ученые, обеспокоенные неспособностью правительства защитить священные места коренных народов, находящиеся в государственной собственности, в целом согласились с тем, что проблема обусловлена уникальной природой духовных традиций коренных народов, слишком отличающихся от традиционных верований, знакомых судам и законодателям. В статье ставится важный вопрос: использует ли правительство свою суверенную власть таким образом, чтобы препятствовать идеалу религиоз-

ного волюнтаризма – способности индивидов добровольно практиковать свои религиозные учения в соответствии с их собственным свободным саморазвитием? Именно такой вопрос задают суды, оценивая государственное бремя, связанное с религиозными практиками некоренных народов.

В авторитетных зарубежных журналах отражается тематика, которая созвучна тематике журнала «Правосудие/Justice»: правосудие, отрасли и институты права, переводы и т. д.

Статья *«Уголовные муниципальные суды»*, автор которой – Александр Натапофф, опубликована в «Harvard Law Review». Муниципальные суды – это низшее и наименее изученное звено системы уголовной юстиции США. Автор отмечает его игнорирование теоретиками судебной власти, учеными в области муниципального управления, недостаточность информации об их деятельности. Статья предлагает первый всесторонний анализ феномена муниципального суда. По всей стране насчитывается более семи с половиной тысяч таких судов в тридцати штатах, ежегодно рассматривающих более трех с половиной миллионов уголовных дел и собирающих не менее двух миллиардов долларов штрафов и сборов. Созданные, финансируемые и контролируемые местными муниципалитетами, эти суды, иногда называемые «суммарными», «судебными» или «полицейскими», имеют важнейшее значение для способности городов обеспечивать деятельность полиции, поддерживать общественную безопасность и повышать уровень жизни. Как отмечает автор, Верховный Суд США формально освободил муниципальные суды от некоторых основных правовых ограничений: судьи не должны быть адвокатами, но могут одновременно выполнять функции мэров городов, допускаются сокращенная процедура разбирательства и устные слушания без протоколирования. Концептуальную сложность оценки этого звена судебной системы А. Натапофф видит в его гибридной природе: это и самостоятельный судебный орган, и подразделение муниципального управления, деятельность которого не соответствует надлежащим процессуальным нормам, принципу независимости судей и другим традиционным признакам уголовного судопроизводства. Рассматриваемая статья обеспечивает основу для оценки институциональной сложности этого самого низкого звена американского уголовного правосудия.

Особый интерес представляет статья *«Судейское усмотрение и понятие права»*, опубликованная в «Oxford Journal of Legal Studies». Ее автор Ке Химма считает, что теоретическое ядро юридического позитивизма состоит из трех тезисов о природе права. Тезис о раздельности отрицает существование необходимых моральных связей с содержанием права. В тезисе об источнике права сформулированы необходимые и достаточные условия юридической действительности, обусловленные тем, что в основе принятия закона лежит воля государственной власти. Тезис о дискреции утверждает, что судьи решают трудные дела путем принятия новых норм

права, т. е. за судом признаются правотворческие функции, что характерно для теории социологического позитивизма. Хотя часто предполагается, что эти тезисы образуют теоретическое целое, такое предположение является, по мнению автора, ложным. Тезис о природе дискреции не согласуется с тезисом о воле государственной власти как источнике права. Дискреция представляет собой принципиально иной тип утверждения, чем тезисы о разделимости права и морали, и поэтому не может рассматриваться как часть позитивистской теории права.

«Ювенальные информаторы: уместно ли использовать детей в качестве тайных источников информации?» – заголовок статьи Алисдэр А. Гиллеспи, опубликованной в «Cambrige Law Jornal». Ее автор признает весьма рискованной ситуацию, когда дети выступают в роли информаторов, особенно когда речь идет о серьезных преступлениях, например о бандитизме. Возникают вопросы о правомерности использования подростков в качестве информаторов и о том, существует ли правовое регулирование средств минимизации риска для них. Делается вывод о том, что использование несовершеннолетних в качестве информаторов может быть оправданно, но для обеспечения их безопасности необходимо принять дополнительные меры защиты.

Исследование *«Балансирование прав и интересов: реконструкция тезиса об асимметрии»* опубликовано в «Oxford Journal of Legal Studies». Автор – Маттиас Клатт – отмечает, что Дворкин, Шауэр и другие ученые утверждают, что тест на пропорциональность, т. е. уравновешивание, подвержен значительной асимметрии. Можно уравновесить интересы друг друга, но то же самое невозможно сделать с правами, не разрушив при этом уникальный нормативный статус прав. В статье анализируется тезис об асимметрии и обсуждаются его достоинства и недостатки. Затем автор демонстрирует, как мы можем приспособить тезис об асимметрии к объяснению существования баланса в теории принципов. Автор статьи утверждает, что соразмерность судебного решения включает в себя баланс прав и интересов.

В «Oxford Journal of Legal Studies» (2020, vol. 40, issue 4) опубликован перевод *«Der Mensch im Recht»* (*«Человек в праве»*) – первой лекции Густава Радбруха, с которой он выступил в Гейдельбергском университете в ноябре 1926 г. Лекция Густава Радбруха посвящена тому, как образ человека в праве определяет действие и содержание закона.

Публикуемый обзор некоторых значимых статей в зарубежных изданиях свидетельствует о сходстве тематики исследований с той, которая отражена в журнале «Правосудие/Justice». Вместе с тем нельзя не отметить и специфику содержания проанализированных нами материалов, которая обусловлена: а) особенностями англосаксонской правовой системы; б) уникальностью общественных отношений, подлежащих правовому регулированию, что касается прежде всего расового и национального вопросов. Редакция журнала «Правосудие/Justice» предполагает продол-

жить публикацию обзоров статей из авторитетных зарубежных журналов, в которых исследуются правовые проблемы, представляющие интерес для российского научного сообщества.

В. Н. Корнев,
доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой конституционного права
имени Н. В. Витрука, проректор по научной работе
Российского государственного
университета правосудия,
главный редактор журнала «Правосудие/Justice»

UDC 340.1
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.14-30

Legal Understanding, Law Making and Law Implementation

Valentin V. Ershov

Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation
For correspondence: evv@rsuj.ru

Abstract

Introduction. The article analyses the opinions of a number of scientific and practical workers about the debatable problems of legal understanding, law making and law implementation.

Theoretical Basis. Methods. The article uses a systematic approach to the study of theoretical and practical problems of legal understanding, law making and law implementation. A comparative legal analysis of works by Russian and foreign authors allowed the establishment of common and different characteristics of these legal categories in the approaches of different scientists.

Results. From the position of scientifically grounded concept of an integrated legal understanding the following conclusion is made: each form of national and (or) international law receives its "justification" only as a "moment of the whole" in a unified, developing and multi-level system of legal forms, outside of which it is an "unreasonable assumption or subjective confidence". In this general scientific approach the analysis of interrelated and complementary processes of legal understanding, law making and law implementation, self-sufficient legal phenomena, including elements of the system of law forms, should be conducted as the study of "moments of the whole".

Discussion and Conclusion. The following advantages of an evidence-based concept of integrative legal understanding can be identified.

Firstly, the possibility of implementing a non-traditional, fundamentally different research strategy on the legal regulators of legal relations.

Secondly, to systematically study qualitatively different legal problems (in particular, the elements of the system of legal forms, its integrity, direct and inverse connections), and see new properties of law not inherent in its individual elements.

Thirdly to develop concrete, practical answers to contemporary theoretical questions.

Keywords: legal understanding, law making, law implementation, legal positivism, syncretism, integrative legal understanding, metamodern, systems theory; unified, evolving and multi-level system of national and/or international law forms

For citation: Ershov, V. V., 2021. Legal understanding, law making and law implementation. *Pravosudie/Justice*, 3(1), pp. 14–30. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.14-30.

© Ершов В. В., 2021

Правопонимание, правотворчество и правореализация

В. В. Ершов

Российский государственный университет правосудия, г. Москва, Российская Федерация
evv@rsuj.ru

Аннотация
Введение. В статье проанализированы точки зрения многих научных и практических работников относительно дискуссионных проблем правопонимания, правотворчества и правореализации.
Теоретические основы. Методы. В исследовании использованы системный подход к трактовкам правопонимания, правотворчества и правореализации российских и зарубежных авторов. Сравнительно-правовой анализ их работ позволил установить общие и отличающиеся характеристики этих правовых категорий в подходах разных ученых.
Результаты исследования. С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания сделан вывод: каждая форма национального и (или) международного права получает свое «оправдание» лишь как «момент целого» в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм права, вне которого она есть «необоснованное предположение или субъективная уверенность». При таком общенаучном подходе анализ взаимосвязанных и взаимодополняющих процессов правопонимания, правотворчества и правореализации, самостоятельных правовых явлений, в том числе элементов системы форм права, должен производиться как исследование «моментов целого».
Обсуждение и заключение. Изложенное позволяет назвать следующие преимущества научно обоснованной концепции интегративного правопонимания.
Первое: возможность реализовывать нетрадиционную, принципиально иную стратегию научных исследований правовых регуляторов правоотношений. Второе: осуществимость системного изучения качественно иных правовых проблем (в частности, элементов системы форм права, ее целостности, прямых и обратных связей), а также новые свойства права, не присущие его отдельным элементам. Третье: основа для выработки конкретных практических ответов на современные теоретические вопросы.

Ключевые слова: правопонимание, правотворчество, правореализация, юридический позитивизм, синкретизм, интегративное правопонимание, метамодерн, теория систем, единая, развивающаяся и многоуровневая система форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве

Для цитирования: Ершов В. В. Правопонимание, правотворчество и правореализация // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 1. С. 14–30. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.14-30.

Introduction

In specialist legal literature, legal understanding, law making and law implementation are traditionally studied as independent legal phenomena. At the same time, these legal categories are objectively interconnected. First of all, the real processes of law making and law implementation depend on the type of legal understanding that prevails at a given historical stage of development of each state. At the same time, objectively speaking, law making and law implementation activities, in their turn, influence the further development and, subsequently, the change of the type of legal understanding in each state.

M. V. Nemytina argued: "**law can be studied in three dimensions: first – the individual, their rights, ideas of justice, their sense of freedom; second – the coordination of common interests through various kinds of regulatory systems operating within society; third – the will of the state, given normative expression**" [Nemytina, M. V., 2007, p. 105] (hereinafter emphasis added by me. – *V. E.*).

Theoretical Basise. Methods

Experts in the field of general legal theory usually distinguish three different basic types of legal understanding. V. V. Lapaeva believed: "With all the abundance of currently discussed approaches to the understanding of law, only three main types of legal understanding make serious claims for the status of general doctrinal direction: legist, natural law and libertarian" [Lapaeva, V. V., 2008, p. 22].

It is quite revealing that at present the problems of legal understanding, law making and law implementation are studied not only by specialists in the field of general theory of law, but also by representatives of particular branches of law. For example, E. A. Ershova, while analysing the disputable theoretical and practical issues of labour law in the Russian Federation, came to the following conclusions: "All the existing types of legal understanding can be classified into two groups. In the first group I suggest including the types of legal understanding, the essence of which is the distinction between law and the law, and in the second group – those that identify law and the law. To the first group of types of legal understanding I consider it necessary to refer natural-legal, psychological and legal-libertarian conception of law. In turn, I believe that these types of legal understanding can be subdivided into dualistic and monistic. Among the dualistic types of legal understanding it seems reasonable to consider, for example, natural-legal and psychological concepts of law, respectively, distinguishing natural and positive, intuitive and positive law. Monistic type of legal understanding should include, in particular, legal libertarian concept of law, according to which a single (monistic) system of law may include legal laws and other forms of law that correspond to the fundamental legal principles. In the second group of types of legal understanding, which identify law and the law, legal positivism should be distinguished" [Ershova, E. A., 2008, p. 28].

Results

In my opinion, in the world as a whole, including Russia, two main types of legal understanding have emerged in the modern period – positivistic and integrative. Integrative legal understanding is itself differentiated into two types – scientifically debatable, synthesising right and wrong – ontologically dissimilar social elements, and scientifically substantiated, uniting only principles and norms contained in its different forms in a single system of law – ontologically homogeneous legal elements. This theoretical approach, I

think, allows us to significantly adjust M. V. Nemytina's position. Objectively existing law can be studied in two dimensions: the first is the will of the state that has received legal 'expression'; the second is the 'coordination of common' legal interests through the synthesis of different forms of law and legal regulators of legal relations.

Legal positivism has long been the most widespread type of legal understanding, limiting "all" law primarily to the rules of law established by the lawmaking and/or executive bodies of the state and, in some states, also to the judicial precedents of law developed by the courts. The concept of "positivism" is derived from the Latin "juspositum", "the right established by the victor" (as it is informally called by some authors). Hence, in essence, "all" law appears to be arguably "covered" only by the "will of the state" as expressed in the rules it has developed.

The term "legislation" in the special literature is traditionally considered in a narrow and broad sense of the word. In the narrow sense of the word "legislation" is identified with legal acts adopted by a representative body of the state or a direct expression of the will of the population in the form of a referendum [Pigolkin, A. S. and Studenikina, M. S., 1995, pp. 1–3; Alekseev, S. S., 2010, p. 246]. In a broad sense, "legislation" is understood as the totality of legal acts adopted by law-making bodies at all levels, starting with laws and ending with departmental legal acts [Bobylyov, A. I., 1998, p. 24]. It is indicative that these approaches have been preserved in the special literature on the general theory of law in the 21st century [Glebov, V. A., 2007, p. 5].

The findings of experts in the field of general legal theory are reflected in Russian codes. For example, Article 3 of the Civil Code of the Russian Federation is based on the understanding of "legislation" in the narrow sense and therefore includes in "legislation" the Civil Code and "other federal laws" adopted in accordance with it (Article 3(2) of the Civil Code). Article 5 "Housing Legislation" of the Housing Code of the Russian Federation defines the term "legislation" in a "broad" sense: it includes legal acts of public authorities of the subjects of the Russian Federation and local authorities.

Since in practice the use of the term "legislation" in the broad sense has often led to the violation of rights and legal interests of individuals and legal entities, I suggest, firstly, not to use the term "legislation" in Russian codes and other federal laws. Secondly, instead of the term "normative legal acts" we should apply the generic term "legal acts" established in Part 1 of Article 15 of the Russian Constitution, which includes not only "norms" of law, but also "principles" of law. Thirdly, the types of national legal acts should be established: the Constitution of the Russian Federation, federal constitutional laws, codes, other federal laws, subordinate federal legal acts, legal acts of the subjects of Russia; legal acts of authorised local authorities, authorised legal or individual persons.

From the position of legal positivism, A. Ya. Vyshinsky developed a definition of law that for a long time was considered classical: "Law is the totality of rules of conduct established by state power as the power of the ruling class in society, as well as customs and rules of social life, sanctioned by state power and carried out in a coercive manner by the state apparatus in order to protect, consolidate and develop social relations and orders, beneficial and pleasing to the ruling class" [Vyshinsky, A. Ya., 1949, p. 4].

The application of legal norms from the position of legal positivism often leads to gross violations of the rights and legal interests of individuals and legal entities. A striking confirmation of this conclusion is the case of *Shofman v. the Russian Federation*, in which the applicant considered that his rights under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms had been violated because his proceedings to contest paternity had been terminated due to the lapse of time under the national law in force at that time.

On 10 August 1989 Shofman married Ms G. in Novosibirsk. On 12 May 1995 G. gave birth to a son, the father of whom the applicant was registered as the husband of G. The applicant assumed that he was the boy's father and treated him as his own son. In September 1997 the applicant's relatives informed him that he was not the father of G. On 16 December 1997 the applicant applied for a divorce and for an action to contest paternity. On 12 April 1999 the marriage was dissolved.

On 16 November 2000 the Zheleznodorozhny District Court of Novosibirsk heard a claim to challenge the applicant's paternity. In the proceedings the court found that according to the DNA tests carried out on 28 June 1999 and 5 June 2000 the applicant could not be the child's father. The court accepted that the applicant was not the child's father, as there was no objective doubt as to the accuracy of the test results. However, the court concluded that the case should have been examined under the RSFSR Marriage and Family Code of 30 July 1969, as the child had been born before 1 March 1996 (the date on which the new Family Code of the Russian Federation came into force). The RSFSR Marriage and Family Code established a one-year period to challenge paternity, which was calculated, according to the court, from the moment the person was notified of the paternity registration. Shofman did not apply to the court to challenge paternity until December 1997, when, in the opinion of the court, the limitation period had already expired. Shofman's claim was therefore rejected. The fact that the Family Code of the Russian Federation mentioned no time-limit for the court to challenge the paternity was not taken into consideration since the legal relations between the parties had appeared before March 1, 1996. On 12 September 2002 a magistrate granted G.'s application for maintenance and authorised the seizure of the applicant's share in their flat.

The European Court of Human Rights in its judgment of 24 November 2005 in the case of Shofman v. Russian Federation emphasised: "There shall be no interference by a public authority with the exercise... of a right ***except such as is provided by law and is necessary in a democratic society in the***

interests of national security or public order, the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or of the rights and freedoms of others"[1].

In other cases, even by national law, the rights of citizens cannot be restricted. In my opinion, the court in Shofman was in a position to draw a similar conclusion under Part 3 of Article 55 of the Constitution of the Russian Federation which established: "The rights and freedoms of man and citizen may be limited by federal law only to the extent necessary for the protection of the constitutional order, morality, health, rights and lawful interests of other persons, ensuring national defence and state security". This legal regulation of family legal relations makes it possible to state the following: the reduction of the "entire" law to the RSFSR Code on Marriage and the Family in this case has led (and may lead in similar disputes) to a restriction of the rights and legal interests of citizens.

Legal positivism appears to leave many crucial theoretical questions unanswered, such as how to protect the rights of natural and legal persons against possible violations of the rights and legal interests of everyone by national law-making, executive and judicial public authorities; whether there are other forms and levels of national as well as international law other than "legislation", if so, which ones and how they relate to each other; is it possible to effectively regulate legal relations by implementing only the rules of law contained only in "legislation", given the diversity of legal relations that develop?

In this regard, the approach to law from the position of attributing it to the "system value" [Polyakov, A. V. and Timoshina, E. V., 2005, p. 55] and the integration of types of understanding of law seem to be more fruitful. "The concept of the rule of law, – convincingly emphasised by A. S. Konovalova, – should also be based on the pluralism of legitimate sources of law..." [Konovalova, A. S., 2005, p. 12].

An in-depth analysis of real contemporary problems of legal understanding, law making and law enforcement, in my opinion, allows us to distinguish two types of integrative legal understanding: scientifically debatable and scientifically grounded.

The scientifically debatable type of integrative legal understanding, is I believe, based primarily on the paradigm of syncretism (from the Greek synkretismos – connection). In the 16th century syncretists were called philosophers who tried to build their concepts between the teachings of Plato and Aristotle. In the 21st century, syncretism is understood as a combination of heterogeneous phenomena and views, which ignores the need for their internal unity and non-contradiction to each other[2]. In law, syncretism leads to

[1] Bulletin of the European Court of Human Rights. Russian edition. 2005. № 1. P. 84–88.

[2] Philosophical Encyclopaedic Dictionary. M. : Infra-M, 2000. P. 414.

the synthesis of ontologically heterogeneous social elements, legal, religious and moral norms; "judicial precedents", "soft" law, "standards", "quasi-law", justice, etc. into its single system. "The dimension of law" in this theoretically debatable approach becomes the inclusion of the individual person, their individual rights, and someone's subjective ideas about justice and freedom.

I am convinced that only by harmonising the common legal interests of the subjects of legal relations through their systematic legal regulation can a *scientifically sound concept of integrative legal understanding be developed*. This concept includes in law only the principles and norms of law contained in a unified, evolving and multi-level system of forms of national and/or international law implemented in the state. From the position of the scientifically grounded concept of integrative legal understanding, which is a type of synthetic theory, law is "measured" not by separate and often contradictory social interests of subjects of diverse social relations, but by interrelated and interdependent rights, obligations and legal interests of subjects of legal relations – one type of social relations. The essence of such legal relations is expressed in the coordination of common legal interests as a result of the effective interaction of various legal regulators of legal relations. The scientifically substantiated concept of integrative legal understanding in the modern period seems to be the most promising both in theoretical and practical terms, as it removes the mutually exclusive extremes of traditional, centuries-old dominant types of legal understanding – natural-legal, sociological and positivistic.

The Chairman of the Constitutional Court of the Russian Federation V. D. Zor'kin presented metamodernism as a new approach to the philosophical understanding of social phenomena in his lecture "Metamodern law: posing the problem" at the IX St. Petersburg International Law Forum on 16 May 2019.

The concept of 'metamodernism' "...was launched in 2010 by two young Dutch philosophers (Timotheus Vermeulen and Robin van den Akker in their "Notes on Metamodernism". 2010). It is not yet a theory of metamodernism, but rather a concept, that is an idea containing a certain conception of a new view of the world. **The essence of this new view... is the desire to rise above the extremes of modernism and postmodernism and to see the world in the unity of its diversity... the metamodern approach attracts the idea of synthesis of different types of legal understanding ... as special paradigms of thinking**"[3].

The essence of metamodernism seems to be a conscious effort to move away from a simplified understanding of any social phenomena and to examine them in their diversity and unity, including legal phenomena – in a unified, evolving and multi-level system of legal forms. To my mind, from a metamodern position, law will objectively succeed in overcoming the arti-

[3] URL: http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/View-Item.aspx?Paramld=86

ficial extremes and linear approaches of modernism and postmodernism, in achieving a synthesis of different types of legal understanding, the integrity of the system of national and (or) international law in the unity of the diverse legal elements that comprise it. In the context of the metamodern paradigm and from the position of scientifically grounded concept of integrative legal understanding, law is objectified in ontologically homogeneous legal elements – primarily in the principles and norms of law contained in a unified, evolving and multi-level system of national and (or) international law forms, implemented in the state [Ershov, V. V., 2019].

The scientifically substantiated concept of integrative legal understanding, like anything new, inevitably provokes active discussion and attacks. For example, A. F. Cherdantsev in his article "Integrative Understanding of Law" made the following conclusion: "...legal science... does not need an integrative approach to law..." [Cherdantsev, A. F., 2016, p. 14]. It is quite characteristic that the author himself (like many other staunch supporters of legal positivism) did not offer a solution to the current contemporary problems of the theory of law and practice. However, it should be noted that even with a negative attitude to the concept criticised by him, A. F. Cherdantsev could not help asking the question: "...what can and what should be integrated?" [Cherdantsev, A. F., 2016, p. 6].

I believe the most general answer to this question can be found in a striking article by V. V. Lazarev "Integrative Perception of Law", published in the pilot issue of Kazan University Law Review, the English-language journal of Kazan Federal University. V. V. Lazarev, analysing G. D. Gurvich's position, noted that: "...his dialectic removes the opposition of one method to another in the framework of methodological pluralism, ensuring the construction of a single synthetic line in understanding law" [Lazarev, V. V., 2016, p. 19].

Then the author gave his own (in my opinion, controversial) definition of law: "**Law is a totality of what is recognised in a given society with officially protected norms of equality and justice**, regulating the struggle and coordination of free will in their relationship with each other" [Lazarev, V. V., 2016, p. 21]. At that, as emphasised by the scientist, "...**norms may be established not only in normative acts, but also in individual decisions. In their content, they reflect the formal requirements of equality and fairness**" [Lazarev, V. V., 2016, p. 23].

The provisions formulated by the author qualify him as a proponent of the scientifically debated concept of an integrative legal understanding, characterised by the synthesis of law and other social regulators of legal relations, law norms and other "norms of equality and justice" contained also "not only in normative acts, but in individual decisions as well".

Many pre-revolutionary scholars also addressed the topic of law synthesis. Thus, B. A. Kistyakovsky distinguished several notions of law – state-organised (or state-ordered), sociological, psychological, and normative [Kistyakovsky, B. A., 1916, pp. 321–324]. A. S. Yashchenko, from the position of the

scientifically debated concept of integrative legal understanding, defined law as "...the totality of the norms of conduct acting in society, due to the collective-psychic experience of members of society and enforced by authorities, which establish a balance between the interests of individual freedom and the public good. Law has its basis both in the nature of man and society, inseparably united in one common life, and in the highest moral principle...", in accordance with which the task of creating a "perfect communal life" is set [Yashchenko, A. S., 1912, p. 129].

According to some modern legal researchers, the integrative approach to law is only an unsuccessful attempt of eclectic (syncretic combination of contradictory positions), which does not give anything to either science or practice, and can only "cloud", but not clarify the essence of the problem [Rodionova, O. V., 2003, pp. 12–13]. René Guénon, one of the researchers, who also studied this issue, stated that "...**the synthesis is always based on some principles – in other words, on what constitutes the inner unity of existence and what is symbolised by the centre of the circle**" [Guénon, R., 2010, pp. 42–43]. Synthesis, according to the scholar, is opposed to syncretism, which "...**always deals with the periphery, with the area formed by uncoordinated single elements, which are 'atoms' closed in themselves, detached from the true source of their existence**" [Guénon, R., 2010, p. 43].

How objective are the above-mentioned provisions from the position of scientifically grounded concept of integrative legal understanding? Firstly, law, in my view, is synthesised in its ontologically homogeneous principles and norms contained in a unified, evolving and multilevel system of forms of national and/or international law implemented in the state. Secondly, the fundamental forms of national and international law are the fundamental (general) principles of both national and international law that form the 'centre of the circle', that is, the system of law that allows the system of objective (actual) law to coexist in internal and external unity. Thirdly, this theoretical approach from the perspective of a scientifically grounded concept of integrative legal understanding makes it possible to distinguish (using the French scholar's phraseology) both the 'centre of the circle' of the system of legal forms and the 'periphery of the circle'. Fourthly, forms of national and/or international law are not "uncoordinated" single elements, "self-contained "atoms", but rather interrelated elements of a unified, evolving and multi-level system of forms of national and/or international law. Fifthly, it is necessary to differentiate legal and individual regulators of legal relation (including individual judicial regulation of legal relations) [Ershov, V. V., 2013a; Ershov, V. V., 2013b].

The traditional definition of "legal relation" as a social relation regulated by the norms of law, the participants of which are bearers of subjective rights and obligations secured by the state [Alekseev, S. S., 2010, p. 246], is in my opinion, theoretically debatable. N. G. Aleksandrov's viewpoint, which he for-

mulated as early as 1947, is characteristic: "In the mind of a lawyer-dogmatist, a legal norm is identified with an article or paragraph of a law or other written normative act issued by the state power. He is little interested in the fact that the history of law knows other forms of expression of legal norms: legal custom... etc. The lawyer-dogmatist does not think about the reason for the content of this or that article of the law, why this variant of human behaviour and not another is elevated to the law. It seems to him that... legal norms owe their emergence not to economic relations, but to formal establishments of the state" [Aleksandrov, N. G., 1947, pp. 1–3].

The current political, economic and legal situation at this turning point, using Lotman's terminology, can be characterised as a "**moment of unpredictability**" [Lotman, M. Ju., p. 108]. The "moment of unpredictability" in law is expressed in the fact that the former "axioms" of legal understanding that dominated the world, in particular, in the 19th and 20th centuries, in the 21st century seem theoretically debatable and practically (and this is the main point) unproductive. This leads to the need for a theoretical rethinking of many "established" and "indisputable" "truths" in law, the development of new paradigms of legal understanding, law making and law implementation, most particularly judicial law enforcement [Ershov, V. V., 2020].

The fundamental and objective criterion for valid scientific knowledge is the study of any phenomena in a system of interrelated elements that constitute them. The crucial role of the systematic approach in the process of investigating complex objects was ingeniously stressed by G. Hegel, as any content that "acquires justification only as a moment of the whole, outside of which it is an unreasonable supposition or subjective certainty" [Hegel, G., 1974, p. 100].

Developing this thought, I. V. Blauberg and E. G. Yudin noted: the concept of integrity in scientific cognition primarily guides a researcher in formulating problems and developing research strategies [Blauberg, I. V., 1977; Yudin, E. G., 1970]. The above-mentioned general scientific positions make it not only possible but also objectively necessary to study law as a holistic phenomenon. L. Bertalanffy put forward the outstanding idea of studying social phenomena from the position of the general theory of systems, which is based on the principle of system integrity, allowing us to overcome the traditional mechanistic worldview. This proposal was regarded by many researchers as an bold theoretical idea, a fundamental scientific discovery, and a key factor in research that determined the way to new views and principles.

Unfortunately, many researchers are sceptical about Bertalanffy's fundamental idea. For example, M. V. Antonov categorically disputes the conclusions of systems theory: "The use of this concept can easily lead to dubious conclusions based on the substitution of different meanings of the term 'system' in the course of reasoning. A critical look at the notion allows us to see its connection with uncontested objectivist attitudes in social philosophy and to explain its persuasive power by revealing such truisms on which argu-

ments about the systemicity of law rest. **The use in jurisprudence of terms derived from the concept of 'system' is fraught with unacceptable simplification of understanding the normative nature of law, in the context of which emergent nature, integrity, structure, functionality, completeness and other systematic properties attributed to law is not an objective given, but a possible result (rather, the goal, 'rational ideal') of systemising creative activity of lawyers**" [Antonov, M. V., 2014, c. 26].

In my opinion, the founder of systems theory formulated a general scientific conclusion: "The concept of a system is not limited to the theoretical sphere, but is becoming central in certain areas of applied science" [Sadovsky, V. M. and Yudin, E. G., pp. 23–24].

Traditionally, the integrity of scientific research has been viewed through theconcepts of structure and function. The systematic approach to social phenomena is opposed to structural-functional analysis. In the systematic approach, as E. G. Yudin emphasized, the central concept is a broader one – "system", closely related to a number of other concepts, such as "structure", "organisation", "connection", "relation", "element" and "control" [Yudin, E. G., 1978]. As the main characteristics of the system E. G. Yudin called an element as its indivisible component in a given method of disintegration, the minimum component of the system or the maximum limit of its disintegration [Yudin, E. G., 1978, pp. 182–184]. In relation to our theme (system of forms of national and international law) such elements, first of all, can be recognised as forms of law. Thus, when considering law implemented in Russia, it seems reasonable to introduce the notion of a "system of legal forms" consisting of two subsystems – national and international law – formed by their constituent elements – the corresponding forms of domestic and/or international law. The system of forms of national and/or international law is characterised by its integrity, sustainable structure, and the interrelation and interdependence of its ontologically homogeneous elements. In my opinion, such a conclusion theoretically can only be based on a scientifically sound concept of integrative legal understanding. Only with such a holistic approach to the study of law is it possible to distinguish, for example, the fundamental (general) and special principles of national as well as international law, trends of their further development, interaction, convergence and differentiation.

This concept is gaining more and more supporters. M. V. Nemytina noted that in the modern period "adherents of different scientific concepts gradually come to a common idea about the need for some kind of integral legal understanding, within which the right is considered as a systematic value. Their views concur on the fact that it is not necessary to oppose types of legal understanding, but rather to search for points of contact between them... Exactly integral (or integrative) legal understanding allows to form a holistic view of law, to consider law in a variety of manifestations and at the same time in its unity" [Nemytina, M. V., 2007, pp. 115–116].

From the position of a scientifically grounded concept of integrative legal understanding, I believe, it is debatable. This is because firstly, it reduces "all" law which is implemented, in particular, in the Russian Federation, only to national legal acts containing solely law norms. Secondly, it rigidly distinguishes between domestic and international law, artificially creating "independent", "interaction" on a "parity" basis, and separating systems of national and international law. It seems more theoretically justified and practically necessary to study "all" the law implemented, for example, in the Russian Federation, as a unified, evolving and multi-level system of forms of law, consisting of subsystems of national and (or) international law. I think the unified system of forms of national and (or) international law primarily synthesises the fundamental (general) and special principles of national law, national legal acts, legal treaties, as well as customs of law; fundamental (general) and special principles of international law, international treaties and customs of international law.

Discussion and Conclusion

The above allows us to name the following advantages of a scientifically grounded concept of integrative legal understanding.

Firstly, the possibility to implement a non-traditional, fundamentally different strategy of scientific research of legal regulators of legal relations.

Secondly, to systematically study qualitatively different legal problems (in particular, elements of the system of legal forms, its integrity, direct and inverse relations), as well as new properties of law that are not inherent in its individual elements.

Thirdly, to develop concrete practical answers to contemporary theoretical questions.

Paraphrasing the quoted statement of G. Hegel, I think, from the position of the concept supported by me, it is possible to admit that every form of national and/or international law (including national legal acts) gets its "justification only as a moment of the whole", i. e. in the unified, developing and multi-level system of law forms. Thus, the analysis of the interrelated and complementary processes of legal understanding, law making and law implementation, separate legal phenomena, including legal forms as elements of the system of law, should be conducted as the study of "moments of the whole", i. e. not in isolation and independently, but within a unified, developing and multilevel system of national and/or international law forms.

References

Aleksandrov, N. G., 1947. *Yuridicheskaya norma i pravootnosheniye* = [Juridical norm and legal relations]. Moscow: Moscow Law Institute. (In Russ.)

Alekseev, S. S., 2010. [Problems of the theory of law: Course of lectures in two vols. Volume 1. Basic Issues of the general theory of socialist law]. In: *Sobraniye sochineniy* = [Collected Works]. In 10 vols. Vol. 3. Moscow: Statute. (In Russ.)

Antonov, M. V., 2014. [About systemness of law and "system" notions in jurisprudence]. *Izvestiya vuzov. Pravovedeniye* = [Bulletin of Universities. Jurisprudence], 1, pp. 24–42. (In Russ.)

Blauberg, I. V., 1977. *Problemy tselostnosti i sistemnyy podkhod* = [The problems of entity and the system approach]. Moscow: Edytorial URSS. (In Russ.)

Bobylev, A. I., 1998. [Modern interpretation of system of law and system of legislation]. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 2, pp. 22–27. (In Russ.)

Cherdantsev, A. F., 2016. [Integrative misunderstanding of law]. *Zhurnal rossiyskogo prava* = [Journal of Russian Law], 10, pp. 5–14. (In Russ.)

Ershov, V. V., 2013a. Individual legal regulation? Self-regulation? *Rossiyskoye Pravosudie* = [Russian Justice], 10, pp. 5–14. (In Russ.)

Ershov, V. V., 2013b. Legal and individual regulation of social relations as paired categories. *Rossiyskoye Pravosudie* = [Russian Justice], 4, pp. 4–23. (In Russ.)

Ershov, V. V., 2019. Law in the context of the metamodern paradigm. *Pravosudiye/Justice*, 1(2), pp. 15–33. (In Russ.)

Ershov, V. V., 2020. *Regulirovaniye pravootnosheniy* = [Regulation of legal relations]. Monograph. Moscow: RGUP. (In Russ.)

Ershova, E. A., 2008. *Istochniki i formy trudovogo prava v Rossiyskoy Federatsii* = [Sources and forms of labour law in the Russian Federation]. Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Hegel, G., 1974. *Entsiklopediya filosofskikh nauk* = [Encyclopedia of philosophical sciences]. Vol. 1. Moscow: Mysl'. (In Russ.)

Guénon, R., 2010. *Ocherki o traditsii i metafizike* = [Essays on tradition and metaphysics]. Translated from French by V. Y. Bystrov. St. Petersburg: Azbuka. (In Russ.)

Glebov, V. A., 2007. *Sovremennoye rossiyskoye zakonodatel'stvo: sostoyaniye i tendentsii razvitiya v usloviyakh sotsial'nykh preobrazovaniy* = [Modern Russian legislation: State and tendencies of development in conditions of social transformations]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Kistyakovskiy, B. A., 1916. *Sotsial'nyye nauki i pravo: Ocherki po metodologii sotsial'nykh nauk i obshchey teorii prava* = [Social sciences and

law: Essays on the methodology of the social sciences and the general theory of law]. Moscow: M. and S. Sabashnikov. (In Russ.)

Konovalova, A. S., 2005. *Obychnoye pravo v rossiyskoy pravovoy zhizni* = [Customary law in the Russian legal life]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Lapaeva, V. V., 2008. Types of Legal Understanding in Russian Legal Theory. *Rossiyskoye Pravosudie* = [Russian Justice], 5, pp. 18–29. (In Russ.)

Lazarev, V. V., 2016. Integrative perception of law. *Kazan University Law Review*, 1(1), pp. 19–32. (In Russ.)

Lotman, M. Yu., 2010. Culture and explosion. *Semiosfera* = [Semiosphere]. SPb.: Iskusstvo-SPB. (In Russ.)

Nemytina, M. V., 2007. [Problems of modern legal understanding]. In: M. I. Matuzov and A. V. Mal'ko, eds. *Sovremennyye issledovaniya v pravovedenii* = Modern researches in jurisprudence]. Saratov. (In Russ.)

Pigolkin, A. S. and Studenikina, M. S., 1995. [Legislation: conception, main features, dynamics of development]. *Rossiyskoye zakonodatel'stvo: problemy i perspektivy* = [Russian legislation: problems and prospects]. Moscow. P. 1–28. (In Russ.)

Poliakov, A. V. and Timoshina, E. V., 2005. *Obshchaya teoriya prava* = [General theory of law]. Course of Lectures. St. Petersburg. (In Russ.)

Rodionova, O. V., 2003 [To the question on the problems of law understanding in the context of the formation of law state in modern Russia]. *Istoriya gosudarstva i prava* = [History of the State and Law], 6, pp. 12–13. (In Russ.)

Sadovsky, V. N. and Yudin, E. G., 1969. [Introductory article to Bertalanffy L. General system theory: A critical review]. In: V. N. Sadovsky and E. G. Yudin, eds. *Issledovaniya po obshchey teorii sistem* = [Studies in general systems theory]. A collection of translations. Moscow: Progress. Pp. 3–22. (In Russ.)

Vyshinskiy, A. Ya., 1949. *Voprosy teorii gosudarstva i prava* = [Questions of the theory of state and law]. Moscow: Gosurizdat. (In Russ.)

Yashchenko, A. S., 1912. *Teoriya federalizma: Opyt sinteticheskoy teorii prava i gosudarstva* = [The theory of federalism: Experience of a synthetic theory of law and state]. Yuryev: Publishing House of K. Matthiesen. (In Russ.)

Yudin, E. G., 1970. [The notion of integrity in the structure of scientific knowledge]. *Voprosy filosofii* = [Philosophy Issues], 12, pp. 81–92. (In Russ.)

Yudin, E. G., 1978. *Sistemnyy podkhod i printsip real'nosti. Metodolgicheskiye problemy sovremennoy nauki* = [Systematic approach and the

principle of reality. Methodological problems of modern science]. Moscow: Nauka. (In Russ.)

Список использованной литературы

Александров Н. Г. Юридическая норма и правоотношение. М. : Моск. юрид. ин-т, 1947. 27 с.

Алексеев С. С. Проблемы теории права: курс лекций: в 2 т. Т. 1: Основные вопросы общей теории социалистического права // Собрание сочинений : в 10 т. Т. 3. М. : Статут, 2010.

Антонов М. В. О системности права и «системных» понятиях в правоведении // Известия вузов. Правоведение. 2014. № 1. С. 24–42.

Блауберг И. В. Проблемы целостности и системный подход. М. : Эдиториал УРСС, 1977. 448 с.

Бобылев А. И. Современное толкование системы права и системы законодательства // Государство и право. 1998. № 2. С. 22–27.

Вышинский А. Я. Вопросы теории государства и права. М. : Госюриздат, 1949. 419 с.

Гегель Г. Энциклопедия философских наук. Т. 1. М. : Мысль, 1974. 452 с.

Генон Р. Очерки о традиции и метафизике / пер. с фр. В. Ю. Быстрова. СПб. : Азбука, 2010. 317 с.

Глебов В. А. Современное российское законодательство: состояние и тенденции развития в условиях социальных преобразований : дис. … канд. юрид. наук. М., 2007.

Ершов В. В. Индивидуальное правовое регулирование? Саморегулирование? // Российское правосудие. 2013a. № 10. С. 5–14.

Ершов В. В. Право в контексте парадигмы метамодерна // Правосудие/Justice. 2019. Т. 1, № 2. С. 15–33.

Ершов В. В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российское правосудие. 2013b. № 4. С. 4–23.

Ершов В. В. Регулирование правоотношений : моногр. М. : РГУП, 2020. 564 с.

Ершова Е. А. Источники и формы трудового права в Российской Федерации : дис. … д-ра юрид. наук. М., 2008. 493 с.

Кистяковский Б. А. Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М. : М. и С. Сабашниковы, 1916. 704 с.

Коновалова А. С. Обычное право в российской правовой жизни : автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2005.

Лазарев В. В. Интегративное восприятие права // Kazan University Law Review. 2016. Т. 1, № 1. С. 19–32.

Лапаева В. В. Типы правопонимания в российской теории права // Российское правосудие. 2008. № 5. С. 18–29.

Лотман М. Ю. Культура и взрыв // Семиосфера. СПб. : Искусство-СПб., 2010. 704 с.

Немытина М. В. Проблемы современного правопонимания // Современные исследования в правоведении / под ред. М. И. Матузова и А. В. Малько. Саратов, 2007. 559 с.

Пиголкин А. С., Студеникина М. С. Законодательство: понятие, основные черты, динамика развития // Российское законодательство: проблемы и перспективы. М., 1995. С. 1–28.

Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: курс лекций. СПб., 2005. 472 с.

Родионова О. В. К вопросу о проблемах правопонимания в контексте формирования правового государства в современной России // История государства и права. 2003. № 6. С. 12–13.

Садовский В. Н., Юдин Э. Г. Вступительная статья к работе Берталанфи Л. Общая теория системы: критический обзор // Исследования по общей теории систем: сб. переводов / общ. ред. и вст. ст. В. Н. Садовского, Э. Г. Юдина. М. : Прогресс, 1969. С. 3–22.

Черданцев А. Ф. Интегративное недопонимание права // Журнал российского права. 2016. № 10. С. 5–14.

Юдин Э. Г. Понятие целостности в структуре научного знания // Вопросы философии. 1970. № 12. С. 81–92.

Юдин Э. Г. Системный подход и принцип реальности. Методологические проблемы современной науки. М. : Наука, 1978. С. 97–184.

Ященко А. С. Теория федерализма: Опыт синтетической теории права и государства. Юрьев : Тип. К. Маттисена, 1912. 852 с.

Information about the author / Информация об авторе

Valentin V. Ershov, Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Honored Worker of Science of the Russian Federation, Academician of the Russian Academy of Natural Sciences, President of the Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation)

Ершов Валентин Валентинович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик Российской академии естественных наук, президент ФГБОУВО «Российский государственный университет

правосудия» (Российская Федерация, 117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69).
E-mail: evv@rsuj.ru

Submitted 14.12.2020; reviewed 29.01.2021; revised 02.02.2021.
Дата поступления рукописи в редакцию издания: 14.12.2020; дата одобрения после рецензирования: 29.01.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 02.02.2021.

От редакции

Существует ли судейское нормотворчество?

Эта важнейшая тема многократно поднималась юристами как в общих курсах, так и в специальных исследованиях, посвященных именно тому, является ли целью правосудия также и создание нового права – так называемого «судейского права».

В силу значимости этой проблемы журнал «Правосудие/Justice» публикует статью Франциско Балагера Кальехона – доктора права, профессора кафедры конституционного права Университета Гранады, представившего свои умозаключения относительно возможности конституционных судов выступать в роли «активного законодателя». Высоко оценивая деятельность органов конституционной юстиции, ученый не отождествляет ее с законотворческими функциями органов законодательной власти, т. е. исходит из существования принципа разделения властей. Вместе с тем анализ практики конституционных судов позволил Ф. Балагеру Кальехону сформулировать фундаментальный вывод: ряд решений органов конституционной юстиции вносит изменения в действующее законодательство, что допускает признание их нормотворческого характера.

На этот счет в правовой доктрине существуют и иные точки зрения. Представляет интерес, например, позиция известного немецкого юриста профессора Бернда Рютерса: признавая первостепенное значение судейского права[1], он считает недопустимым, чтобы под толкованием закона «…скрывалось судейское нормотворчество, а именно отклоняющееся от закона “вложение” непредусмотренных законом целей регулирования»[2].

Еще более жестко отстаивает невозможность признания правотворческой функции судов профессор, доктор юридических наук В. В. Ершов. В ряде специально посвященных этой теме статей[3] ученый доказывает два важных тезиса: с теоретических позиций правотворчество органов судебной власти несостоятельно; с практической точки зрения таковое контрпродуктивно, поскольку может приводить к нарушению установленных законом прав и правовых интересов.

---

[1] *Рютерс Б.* Государство судей – миф или реальность? // Правосудие/Justice. 2019. Т. 1, № 2. С. 45–50.

[2] *Рютерс Б.* Философия права в руинах послевоенного периода: комментарии к докладу Моники Фроммель // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 223.

[3] *Ершов В. В.* Актуальные проблемы правопонимания, правотворчества и правоприменения // Российское правосудие. 2016. № 9. С. 14–17 ; *он же.* Природа «позиций судов»: теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2017. № 12. С. 5–15 ; *он же.* Судебное «правотворчество» в XXI веке // Российское правосудие. 2021. № 2. С. 5–12.

УДК 342.4
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.32-50

Нормотворческая функция конституционных решений

Ф. Балагер Кальехон

Университет Гранады, г. Гранада, Испания
balaguer@ugr.es

Аннотация

Введение. В настоящей статье анализируются нормативная функция решений конституционных судов, их природа и пределы.

Теоретические основы. Методы. Теоретическую базу составляют работы Ганса Кельзена, характеризующие конституционный суд как «негативного законодателя», что подразумевает отменяющую способность в отношении правовой системы и, следовательно, нормативную функцию. Анализируется позиция Везио Крисафулли, подразделяющего решения конституционного суда на «положения» и «нормы», что позволяет рассматривать конституционную юстицию как «позитивного законодателя». Также использованы теоретические работы автора данной статьи. Метод, использованный при подготовке статьи, основан на анализе текущей правовой реальности конституционной юстиции с учетом обычного контекста, в котором она развивает свои функции.

Результаты исследования. Делается вывод о том, что нормативная функция конституционных решений является структурной особенностью, присущей конституционной юстиции, которая имеет ряд специфических характеристик. Эта нормативная функция характеризуется тем, что является сложной реальностью из-за разнообразия процедур, в которых она реализуется, и различного правового материала, с которым работает конституционная юстиция. Это также дополнительная нормативная функция, которой недостает полноты для того, чтобы она признавалась законодательным нормотворчеством. Наконец, это фрагментарная нормативная функция, которая действует в пределах отдельных звеньев нормативных цепочек, не имея возможности формирования полных нормативных цепочек, которые свойственны законодателю при выполнении законодательной функции.

Обсуждение и заключение. Конституционные решения очевидно развивают нормативную функцию, поскольку они инкорпорируют в правовую систему нечто большее, чем просто толкование положений закона или конституции. Эти решения выводят из правовых или конституционных положений нормы, дополняющие конституционный и законодательный уровни правовой системы. Таким образом, они вносят, хотя и с ограничениями, отмеченными в настоящей работе, свой вклад в развитие правовой системы, разрешают конфликты и устанавливают нормы, которые могут способствовать предотвращению новых споров. Тем самым они выполняют миротворческую функцию, которая свойственна любому правосудию.

Ключевые слова: конституционная юстиция, конституционные решения, судебное правотворчество, законодательство, источники права

Благодарности: Редакция выражает благодарность В. Е. Гидлевской за перевод текста с испанского языка, Е. Е. Рафалюк и А. Е. Кирпичеву за юридическую корректуру текста.

Для цитирования: Балагер Кальехон Ф. Нормотворческая функция конституционных решений // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 1. С. 32–50. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.32-50.

© Балагер Кальехон Ф., 2021

Normative Function of Constitutional Decisions

Francisco Balaguer Callejon
Universidad de Granada, Granada, Spain
For correspondence: balaguer@ugr.es

Abstract
Introduction. This work analyses the normative function of constitutional judgments, their characteristics and their limits.
Theoretical Basis. Methods. The theoretical bases start from the work of Hans Kelsen in relation to the condition of "negative legislator" of the constitutional court, which already implies a derogatory capacity on the legal order and, therefore, a normative function, completed with the differentiation of Vezio Crisafulli between "disposition and norm" that allows opening the constitutional jurisdiction to a consideration as "positive legislator". Likewise, theoretical contributions from other works by the author of the research are incorporated. The method that has been used to prepare the work is based on the analysis of the current legal reality of the constitutional jurisdiction taking into account the legal context in which it develops its functions.
Results. It is concluded that the normative function of constitutional judgments is a structural feature inherent to constitutional jurisdiction, which presents a series of specific characteristics. This normative function is characterized by being a complex reality, due to the diversity of procedures in which it occurs and the different legal material with which the constitutional jurisdiction works. It is also a complementary normative function, which lacks the plenitude of the legal production of law. Lastly, it is a fragmentary normative function, which operates on specific dispositions or provisions of the normative chains, without having the capacity to configure complete normative chains that correspond only to the legislator in the exercise of his legislative function.
Discussion and Conclusion. Constitutional decisions clearly develop a normative function, as they incorporate more into the legal system than just the interpretation of the provisions of the law or the Constitution. These decisions derive from legal or constitutional provisions norms that complement the constitutional and legislative levels of the legal system. Thus, they contribute, albeit with the limitations noted in this paper, to the development of the legal system, resolve conflicts and establish norms that can help prevent new disputes. Thus, they perform the peacekeeping function that is inherent in any justice.

Keywords: constitutional jurisdiction, constitutional judgments, jurisprudential production of law, legislation, sources of law

Acknowledgements. The editors are grateful to V. E. Gidlevskaya for the translation of the text from Spanish, E. E. Rafalyuk and A. E. Kirpichev for the legal proofreading of the text.

For citation: Balaguer Callejon, F., 2021. Normative function of constitutional decisions. *Pravosudie/Justice*, 3(1), pp. 32–50. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.32-50.

Введение

Предварительные методологические вопросы

В настоящей статье будет проанализирована существующая связь между нормативным характером конституции и конституционной юстицией в соответствии с моделью конституционного правового государства многих европейских государств (в частности, Германии, Италии или Испании). Речь идет о системах концентрированной юрисдикции (с постепенным переходом к судебным полномочиям контроля, приближающим его к методам, характерным для диффузной юрисдикции [Zagrebelsky, G., 1992; Ruggeri A., 2019, p. 200], в которых формулировка сферы охвата и

значения решений конституционных судов не всегда совпадает с характеристиками решений диффузной юрисдикции. Тем не менее была предпринята попытка придать этой работе теоретический и общий характер с тем, чтобы она могла быть полезна также в других контекстах для понимания более конкретных нормотворческих аспектов конституционных решений.

Теоретические основы. Методы

Методология, на которой основана данная статья, является строго юридической, основанной на фундаментальных доктринальных трудах таких авторов, как Ганс Кельзен, Везио Крисафулли (Vezio Crisafulli) или Алессандро Пиццоруссо (Alessandro Pizzorusso), дополненных собственными позициями автора из работ, связанными с источниками права, а также с формированием прецедентного права [Balaguer Callejón, F., 2000; Balaguer Callejón, F., 1991–1992; Balaguer Callejón, F., 2019]. Использованы и другие теоретические положения, разработанные по тематике данной работы. Вопрос о нормативной функции конституционных судебных решений требует предварительного обращения к доктринальным источникам, которые пропагандировали конституционную юстицию в Европе, а также к авторам, которые внесли свой вклад в разработку проблемы о проецировании юрисдикционной функции на систему источников права.

Основное внимание в настоящем исследовании уделяется нормотворческой функции решений конституционных судов. Это характерно для всех форм конституционной юстиции, поскольку посредством судебных решений не только осуществляется правосудие по конкретному делу, но и конституция толкуется таким образом, чтобы установить критерии, позволяющие определить нормы, которые должны применяться на основе конституционных положений. Определение значения конституционных положений предполагает, например, исключение норм, которые могли бы применяться государственной властью (включая судей и суды) и которые не должны применяться на основании решений конституционных судов.

Помимо этой основной функции, которую автор считает нормотворческой, различные виды конституционных решений также обладают разным потенциалом воздействия на законы и всю правовую систему в целом. С этой точки зрения не менее важно понимать потенциал конституционной юрисдикции в отношении правовых норм (или, что то же самое, взаимосвязь между конституционной юстицией и законодателем), поскольку она служит примером того, каким образом конституционная юстиция способствует развитию правовой системы, и пределы такого участия.

Существование конституционной юстиции, способной устанавливать соответствие законов критерию конституционности, определяет существенное преобразование правового государства в конституционное пра-

вовое государство в Европе. Это также подразумевает переход от либерального государства к социальному правовому государству, поскольку социальный договор, порождающий социальное государство, станет фундаментальным импульсом для преобразования конституции как нормативного свода, придающего единство правовой системе [Balaguer Callejón, F., 2016]. Территориальный и федеративный пакты не были достаточными в межвоенный период для закрепления конституционных норм, несмотря на попытки, предпринятые в этом отношении в некоторых европейских государствах [Cruz Villalón, P., 1987]. В настоящей статье будет проанализирована модель конституционного правового государства, которая делает возможными консолидацию конституционной юстиции и инкорпорацию нового источника нормотворчества в правовые системы стран, которые следуют этой конституционной модели.

Результаты исследования

Нормотворческая функция конституционной юстиции

Уже само существование конституционной юстиции и структурных условий ее функционирования, независимо от конкретной практики, заранее рассеивает сомнения относительно ее правотворческой способности. Если подобная дискуссия еще может иметь место в классическом понимании термина «контроль конституционности актов», то по отношению к нормоконтролю она невозможна. Что касается нормоконтроля, то правотворческая способность конституционных судов может обсуждаться в контексте того, как это традиционно делается в отношении юрисдикционной деятельности судебной власти (хотя ответ может быть явно положительным).

Однако применительно к нормоконтролю эта дискуссия даже не возникает: каждый раз, когда конституционная юстиция выносит решение в отношении норм, подлежащих оценке, непосредственно затрагивается правовая система. Таким образом, поскольку основной функцией конституционного суда является нормоконтроль[4], можно утверждать, что одним из его предназначений является обновляющий потенциал в отношении правовой системы, способность создавать право.

Оригинальная концепция конституционной юстиции, сформулированная Кельзеном, позволяет нам прямо ответить на этот вопрос. По словам Кельзена, отмена законодательного акта также является законодательной функцией [Kelsen, H., 1928, p. 197]. Когда судебный орган отменя-

[4] Как отмечает А. Руджери, основная и наиболее квалифицирующая деятельность суда (вынесение суждений по законам и эквивалентные им действия) приводит к сравнению не между фактом и нормой, а между двумя нормами, в обоих случаях они способны оказывать общее воздействие; результатами являются последствия решений, принятых по итогам вышеупомянутого сопоставления [Ruggeri, A., 2019, p. 195].

ет закон, он изменяет правовую систему, поэтому его инновационный потенциал неоспорим. Тот факт, что Кельзен приписывает отменяющую функцию конституционной юстиции как «негативному законодателю», не означает, что она не обладает таким потенциалом для инноваций. Отмена также является нормотворческой функцией: она влечет за собой утрату действительности ранее существовавших норм и, следовательно, изменение содержащихся в них положений относительно прав и обязанностей, признаваемых правовой системой.

К этой нормотворческой функции Кельзеном добавляется функция «позитивного законодателя» конституционной юстиции, реализуемая на практике посредством воздействия на формулировки правовых норм, которые устанавливаются нормативно, с определением конкретного значения, в котором они могут применяться в качестве соответствующих конституции. В этом отношении проведенное Крисафулли разграничение между «положением» и «нормой» разъясняет этот статус конституционной юстиции как законодателя, но уже не негативного, который «отменяет» правовые нормы, а позитивного, который дополняет правовые формулировки, наделяя их конкретным нормативным содержанием [Crisafulli, V., 1964].

С другой стороны, если учесть эффективность позиций, выработанных в решениях конституционных судов, можно сказать, что их обновляющий потенциал проявляется не только в случае подтверждения актов нижестоящих судов, но и при принятии решений об их отмене. Действительно, после того как конституционная юстиция постановила о соответствии рассматриваемого закона конституции, она также определила сферу действия законодателя в конституционных рамках. С этой точки зрения решение конституционного суда выполняет специфическую нормотворческую функцию.

Характеристики нормотворческой функции решений конституционных судов

1. Комплексность

Таким образом, рассматривая нормотворческую функцию решений конституционных судов как имманентно присущую конституционной юстиции, необходимо затронуть вопрос об особенностях этой формы нормотворчества. Поэтому речь идет об определении сферы охвата данной нормотворческой функцией и ее взаимосвязей с другими органами, такими как законодатель, и ее влиянии на формирование правовой системы.

Первый вопрос, который необходимо решить, связан с факторами, обусловливающими такое нормотворчество. В первую очередь это касается юридического материала, с которым работает конституционная юстиция. Обсуждение нормотворческой функции решений конституционных судов в общем смысле не должно приводить к недифференцированной

оценке различных видов норм, в отношении которых осуществляется конституционный контроль.

Таким образом, когда в решении органа конституционной юстиции делается вывод относительно конституционности закона, в качестве нормативного материала рассматриваются как конституция, которая служит ориентиром, так и закон, подлежащий юридической оценке. Взаимосвязь конституционной юстиции с обоими типами норм очевидно различна.

Первичный правовой материал, который должен использоваться конституционными судами, состоит из конституционных положений[5], а вторичный материал – из подконституционных норм. Подобная дифференциация не исключает того факта, что подконституционные нормы могут также включать в некоторых случаях критерий конституционности, как это происходит при косвенном конституционном контроле.

Таким образом, конституционное решение развивает свою нормотворческую функцию, обновляя правовую систему на всех ее уровнях, не только на законодательном, но на и конституционном уровне. Такая дифференциация должна обязательно учитываться при анализе особенностей правотворчества конституционных судов. Например, пределы правовых инноваций, которые могут вступать в противоречие с конституционной юрисдикцией на законодательном уровне, не обязательно совпадают с пределами, действующими на конституционном уровне.

Тип процесса также является фактором, который необходимо принимать во внимание, так как нормотворческая функция не имеет той же сферы охвата в процессе оценки конституционности норм, как в процедуре ампаро[6] (в правовой системе Германии или Испании) или в процессах, в рамках которых разрешаются конфликты компетенции. Даже в последнем случае иногда отказывались от обновляющего потенциала решений конституционных судов. Безусловно, такой подход может быть поставлен под сомнение, если он основывается на том, что конституционная юстиция ограничивается признанием полномочий, которые уже закреплены конституционным порядком.

Однако следует иметь в виду, что конституционная юстиция здесь вносит изменения как в отношении первичного материала (самой конституции), так и в отношении вторичного материала (норм, которые являются объектами контроля). Применительно к вторичному материалу – не только потому, что разрешение коллизии компетенций может привести к аннулированию норм (что уже оказывает нормативное воздействие на

---

[5] Мы не вдаемся в подробности по вопросу расширения параметра конституционности в связи с наднациональным правом, и в частности правом Евросоюза. По этим вопросам см. [Balager Callejón, F., 2017].

[6] Процедура ампаро – это средство защиты конституционных прав граждан путем подачи жалобы непосредственно в Конституционный Суд. Распространена в испаноязычных государствах, а также в ФРГ.

систему), но и прежде всего потому, что данное решение требует общей регулятивной деятельности конституционной юстиции в момент установления критериев, на которых основывается разграничение осуществляемой компетенции. Такая регулятивная деятельность может иметь большое значение для правовой системы.

С точки зрения толкования конституции тип процесса может влиять на то, каким образом решение конституционного суда вносит дополнительные правила в конституционные положения. Например, в процедурах контроля конституционности законов и ампаро (в конституционных системах, в которых предусматривается соответствующий тип процесса).

Не исключено, что решение относительно вторичного материала влияет также на толкование первичного материала. Заявление о неконституционности того или иного закона может оказать большое влияние на правовую систему, и конституционная юстиция не отвергает эту возможность во время рассмотрения дела по вопросу о конституционности. Необходимость избегать пробелов в правовой системе, когда судебное решение затрагивает законодательные положения, аннулирование которых привело бы к возникновению пробела, который не может быть восполнен конституционной судебной практикой, – это то, что необходимо оценивать в момент вынесения решения[7].

Разнообразие процессов, в рамках которых конституционная юстиция должна выносить свои постановления, неизбежно сказывается на нормотворческой функции судебных решений. Ценность решений конституционных судов обязательно связана с тем типом процесса, в котором они выносятся, по крайней мере в отношении вторичного материала, который они используют и который является предметом контроля конституционности.

В процессах, в которых признается неконституционность того или иного закона, правовая система преобразуется, поскольку отменяется норма, которая ранее устанавливала права и обязанности, или она изменяется путем определения ее конституционно корректного значения. После вынесения решения, как это было бы в случае принятия нового закона, отменяющего предыдущий закон, эти права и обязанности прекращают свое существование или приобретают новый смысл. Этого не происходит, когда решается дело, в ходе которого решение неизбежно имеет последствия в отношениях inter partes, например, в ходатайстве об ампаро или других конституционных процессах такой природы.

В этой связи весьма полезным является критерий, использованный Алессандро Пиццоруссо для определения источников права, основанный

[7] Хотя в некоторых случаях конституционная юрисдикция может принимать спорные решения при том понимании, что будут образовываться пробелы там, где для их предотвращения достаточно прямого применения конституционных положений. См.: [Balager Callejón, F., 2018].

на идее о том, что, поскольку источники права создают правовые нормы, средство их идентификации заключается в определении того, *что* следует понимать под правовыми нормами. Существенным вопросом в этом отношении является не столько определение характера нормы, которое вводится в правовую систему с помощью источника (общность, абстракция, инновационная способность и т. д.), сколько определение того, обладает ли эта норма способностью создавать эффект erga omnes или нет. Таким образом, можно сказать, что источниками права являются только те, которые устанавливают нормы, которые обладают характером erga omnes, в отношении всех субъектов правовой системы (хотя они не обязательно применимы к каждому из этих субъектов). Правовые акты, которые устанавливают нормы, эффективно действуют inter partes [Pizzorusso, A., 1977, p. 15].

Естественно, это разграничение не затрагивает первичный материал, собственно параметр конституционности, поскольку это образует часть конституционной юстиции. Толкование конституции и нормативной структуры конституционных формулировок или положений всегда по своей природе действует erga omnes, поскольку оно связывает все виды государственной власти, а не только те, которые участвовали в конституционном процессе.

2. Дополняющий характер

В отношении законодателя нормотворческая функция решений конституционных судов проявляет специфические характеристики. Действительно, можно сказать, что правотворчеству на уровне судебной практики присуща общая черта: судебное правотворчество не имеет той полноты, что свойственна законотворчеству. Закон продолжает оставаться инструментом формирования правовой системы, которая представляет собой нормальное функционирование механизмов создания права. Судебная практика обладает корректирующим потенциалом, который возникает только в момент разрешения конфликта.

Таким образом, судебная практика является дополнительным (комплементарным) источником создания правовой системы. Что касается судебной практики Верховного Суда Испании, то в Гражданском кодексе Испании установлено следующее: «Судебная практика дополняет правовую систему положениями, которые неоднократно устанавливает Верховный Суд при толковании и применении законов, обычаев и общих принципов права» (ст. 1.6). Источник, который играет определенную роль только тогда, когда происходит осуществление юрисдикционной функции.

С точки зрения традиционного статического рассмотрения правовой системы можно сказать, что судебная практика выражает реакцию на *патологию* системы. С позиции обычных механизмов правотворчества судебная практика как источник права проявляется только тогда, когда

по тем или иным причинам в этих обычных механизмах имеет место некоторый *сбой*, когда возникает правовой конфликт, требующий судебного решения. Дело в том, что эта «патология» так же распространена в законодательстве, как и болезнь в любом обществе. Реакция на нее, которую создает судебная практика, является жизненно важным механизмом для развития правовой системы.

В любом случае, несмотря на большее или меньшее распространение судебной практики как источника права, и в частности практики конституционного суда, эта особенность, выражающаяся во взаимодополняющем характере, не может считаться несущественной. Она оказывает значимое влияние как на согласование различных источников права, так и на изменение самой правовой деятельности.

Что касается последнего: в силу характера судебной практики необходимо учитывать, что судебное решение никогда не может заменить собой закон. Судебная практика конституционных судов выполняет корректирующую или восстановительную функцию, которая не соответствует формированию законности на уровне полноты, в которой эта функция принадлежит законодательству. Это ограничение правовой деятельности конституционной юрисдикции имеет четкую связь со смыслом демократического принципа, лежащего в основе нормативной конституции.

В качестве выражения демократической воли общества, сформированной в соответствии с формальными механизмами проявления плюрализма, закрепленными в конституции, закон обладает структурной способностью формировать правовую систему. Однако эта способность к формированию может быть подкорректирована конституционной юстицией, если формальные механизмы выражения плюрализма не служат гарантией соблюдения конституционного порядка. Если же законодательная демократия противоречит конституционной демократии и законодательство нарушает конституционные принципы, тогда конституционная юстиция может осуществлять пересмотр законодательных мер. Этот пересмотр допускает различные формулировки в соответствии с требованиями, вытекающими из необходимого согласования конституционных принципов (которыми выступают плюрализм и принцип конституционности как еще одна возможность для согласования). В любом случае сама конституционная юстиция должна сохранять канал плюрализма открытым, избегая толкования, которое могло бы его ограничить.

Нормотворческая функция решения конституционного суда осуществляется в процессе контроля, и об этом ограничении никогда нельзя забывать. Законодатель должен устанавливать нормы, а конституционная юстиция – контролировать эти нормы. Нормотворчество в рамках конституционной юстиции может осуществляться только в рамках ее контрольной функции. Конституционная юстиция является не органом создания права, а органом контроля, создающим право в результате этой контрольной деятельности.

Взаимосвязь между конституционной юстицией и конституцией возникает по-другому. Безусловно, развитие нормотворческого потенциала конституционной юстиции происходит и при осуществлении ею своей юрисдикционной функции. Однако потенциал для ее действий шире. Например, согласно законодательству Испании конституционная юстиция не может распространять заявление о неконституционности и недействительности правовых норм за пределы текста закона, подлежащего юридической оценке, но она может основывать вывод о неконституционности на нарушении любого конституционного положения независимо от того, было оно применено в этом процессе или нет.

С другой стороны, поскольку *естественной* функцией конституционной юстиции является окончательное толкование конституционных положений, ее возможности по формированию конституционного порядка весьма значительны. По этой причине нормотворческая функция решений конституционного суда проявляется более интенсивно, когда она определяет нормативное значение конституционных положений.

3. Фрагментарность

В техническом плане комплементарный характер судебной практики, будь то обычная или конституционная, проявляется в том, как формируются нормативные цепочки, которые в конечном итоге будут применяться субъектами права. Законодатель может, исходя из конституционных рамок, установить полную цепочку формулировок, применимых субъектами права. Такие полномочия присущи демократическому принципу, лежащему в основе конституционного строя.

Напротив, нормотворческая функция решений конституционного суда действует только при корректировке или согласовании некоторых формулировок нормативной цепочки, которые были поставлены под сомнение, или тех, которые требуют своей собственной формулировки (поскольку их не существует и необходимо обратиться к механизмам системной интеграции) или приведения в соответствие с принципами системы.

Фрагментарное вмешательство конституционных судов в законы может предполагать, что некоторые правовые положения исключаются из законодательства, поскольку нормы, которые из них могут быть выведены, противоречат конституции. В других случаях суды могут устанавливать, что нормы соответствуют конституции, основываясь на соответствующих правовых положениях. В таких случаях из этих формулировок могут исключаться нормы, соответствующие конституции, отличные от оспоренных, что исключает некоторые нормативно-правовые формулировки, поскольку они противоречат тексту конституции или вынуждают применять определенные формулировки, чтобы правовые положения рассматривались в соответствии с конституцией.

Например, когда в решении устанавливается, что определенная правовая норма соответствует конституции, при условии, что она толкуется

так, как она определена в конкретной правовой основе самого решения (или при условии, что исключается определенное толкование, содержащееся в правовой основе решения), то такое правовое положение согласуется с конституцией. С этой целью данное положение формулируется в качестве нормы, которая отличается от той, на которую ссылаются заявители на основании того же правового положения. В результате с этого момента закон не может применяться без использования конституционного решения, в котором сформулирована действующая норма, вытекающая из правового положения[8].

В любом случае нормальным является то, что решение затрагивает только одно или несколько правовых предписаний. За исключением определенных условий (например, когда отменяется норма или нормы о компетенции объявляются неконституционными), применение судебной практики носит ограниченный характер и касается конкретных положений, которые являются частью более системного комплекса. Это предполагает, что способность практики напрямую влиять на неконституционное законодательство на самом деле очень ограничена, хотя эти решения могут иметь очень важное политическое воздействие.

Такое воздействие является следствием третейского характера конституционной судебной практики и политической напряженности, лежащей в основе конституционных процессов. Однако *законодательная функция*, развиваемая конституционной юстицией через ее решения, не является подлинно законодательной функцией, подобной той, которую выполняет законодатель, который выражает волю, объединяющую все нормативно-правовые элементы, необходимые для регулирования определенной социальной сферы.

Законодательство не всегда унитарно (например, в федеративных и политически децентрализованных государствах или в наднациональных интеграционных образованиях). Однако законодательная функция обычно основывается или должна основываться на планировании на всех его этапах даже за пределами юрисдикционного вмешательства.

В целом можно сказать, что, в то время как законодательство стремится к полным нормативно-правовым формулировкам, конституционная юрисдикция имеет тенденцию оценивать положения или нормы, которые будут применяться только в нормативно-правовых контекстах, ранее определенных законодателем.

Можно было бы по-другому оценить взаимосвязь между конституционной юстицией и конституцией. Вклад конституционной юстиции в создание конституционного права также осуществляется в рамках предварительного нормативного плана. Однако в данном случае потенциал воздействия конституционных решений выше, а их вмешательство менее фрагментарно.

---

[8] О разграничении положения и нормы см.: [Crisafulli, V., 1964].

Действительно, юрисдикционная деятельность здесь проводится в весьма ограниченном контексте и в отношении положений, которые могут быть сформулированы в качестве норм прямого применения для их адресатов. Когда в решении конкретизируются такие положения – это проявление законодательной функции в деятельности судов. Изменение значения при толковании конституционными судами (т. е. выработка новых норм на основе тех же конституционных положений) может привести к непредвиденным последствиям.

В то же время способность формировать подконституционный порядок, который конституционная юстиция может обеспечить путем создания конституционного права в своих решениях (параконституционные нормы, созданные судебной практикой), намного превосходит способность, которую она может сформулировать посредством фрагментарного подконституционного правотворчества.

Границы нормотворческой функции конституционных решений

1. Демократический принцип как граница и легитимация

Демократический принцип действует не только как ограничение, но и как легитимация нормотворческой функции конституционных решений. Подобная двойственность объясняется амбивалентностью, характерной для демократического принципа. С одной стороны, демократический принцип поддерживает законодательные нормы и наделяет их презумпцией конституционности. Конституционная юрисдикция не может игнорировать демократический характер законодательной власти. С другой стороны, поскольку речь идет о конституционной демократии, плюралистической демократии, демократический принцип как бы узаконивает вмешательство конституционной юстиции.

Если бы демократический принцип рассматривался исключительно в трактовке демократии как воли большинства, то само существование конституционной юстиции было бы бессмысленным. Эта концепция демократии была концепцией первого конституционализма, свойственной олигархическому либерализму [Zagrebelsky, G., 1988, pp. 9–10], для которого не было необходимости в нормативности конституции ввиду однородности социальных групп, имеющих доступ к политическому пространству, и она была невозможна из-за отсутствия плюрализма.

Именно сложное понимание демократии как предпочтения большинства и уважения меньшинств – как плюралистической демократии в целом – позволяет проводить различие между конституционным и законодательным уровнями в правотворчестве и контроле на законодательном уровне на основе конституционных критериев. Когда конституционализм сформулирован в качестве подлинного конституционного права в соответствии с нормативной Конституцией, а демократия рассматривается как плюралистическая демократия или конституционная демократия,

контроль конституционности законодательства становится возможным. Таким образом, подобный контроль обладает явной демократической легитимацией, поскольку именно он делает возможной эту концепцию демократии, единственную концепцию, которая совместима с конституционным наследием сегодня.

Поэтому проблема демократической легитимации обычной юстиции в рамках верховенства права (в системах концентрированной конституционной юрисдикции) здесь не поднимается, она действует на ином уровне. В то время как конституционная юстиция действует на конституционном уровне обеспечения плюралистической демократии, обычная юстиция действует на подконституционном уровне, на правовом уровне выражения большинства. Таким образом, на конституционную юстицию не оказывают влияния ограничения, которые могут быть отнесены к обычной юстиции, поскольку в тех случаях, когда конституционная юстиция осуществляет правотворчество на подконституционном уровне – в результате контроля, осуществляемого ею на этом уровне, она выполняет соответствующую ей функцию.

Иная ситуация – нормотворчество на конституционном уровне. Можно было бы считать, что в отношении конституции конституционная юстиция имеет право только «толковать» ее положения, но не развивать или нормативно закреплять конституционные предписания. Между тем конституционная юстиция выполняет эту задачу, поскольку конституционные решения могут влиять на текст конституции, с которым они связаны.

Неотъемлемой частью нормотворческой функции, которую осуществляют конституционные суды, является определение норм, которые могут быть исключены из конституционных положений, а также норм, которые противоречат конституционным положениям. Подчинение конституции самой конституционной юстиции не противоречит осуществлению собственно нормотворческой функции. Эта функция носит третейский характер и позволяет установить не единственно возможное решение правовых проблем (поскольку, как указал Кельзен, попытка установить единственный правильный смысл в правовых нормах является лишь вымыслом, призванным поддерживать идеал определенности права [Kelsen, H., 1960, p. 353], а решение обоснованное и аргументированное, способное обеспечить консенсус его адресатов.

2. Разделение властей

Разделение властей в качестве ограничения нормотворческой функции решений конституционных судов является достаточно сложным вопросом, учитывая, что конституционная юстиция выполняет именно функцию контроля над другими государственными властями. С этой точки зрения трудно охарактеризовать разделение властей как самостоятельный ограничитель за рамками, обусловленными структурными осо-

бенностями юрисдикционной функции и соблюдением других конституционных принципов.

Следует также иметь в виду, что конституционная юстиция призвана устанавливать конкретные границы разделения властей, и с этой точки зрения конституционная юрисдикция находится на более высоком уровне, чем принцип разделения властей. Скорее конституционная юстиция обеспечивает внешнее или правовое разделение властей как орган, который не интегрирован ни в одну из трех традиционных ветвей государственной власти и который контролирует пределы компетенции каждой из них [Balaguer Callejón, F., 1991, p. 189].

В связи с этим возникает вопрос о конкретной сфере функции конституционной юстиции и ее границах, о которых мы уже говорили ранее: должно ли существовать также самоограничение конституционной юстиции для облегчения участия законодателя в процессах юридического согласования законов? С данной точки зрения существует вероятность того, что конституционная юстиция будет направлена на самого законодателя, чтобы последний имел возможность исправить признаки неконституционности [Jiménez Campo, J., 1998, p. 171]. Эта вероятность, несомненно, учитывает возможности юридической формы, которая соответствуют законодательству. Это не означает, что вариант, предложенный решением самого конституционного суда, не принимается во внимание законодателем, поскольку законодатель всегда может внести изменения в закон, чтобы в необходимой мере адаптировать его к решению суда или чтобы принять иное решение, если оно соответствует критериям, установленным конституционными судами. Однако в любом случае сотрудничество между конституционным судом и законодателем в целях совершенствования правовой системы [Jiménez Campo, J., 1998] представляется вполне целесообразным.

Обсуждение и заключение

Нормативная ценность конституционных решений

Когда решениями конституционного суда определяются пределы нормативных возможностей различных источников права, они осуществляют деятельность по обновлению системы права, которая, несомненно, выступает стержнем функции, выполняемой конституционной юстицией. Как мы уже отмечали, это проявляется двояко: решение подтверждает конституционность как самой конституции, так и вторичного материала, являющегося объектом оценки, действительность норм в рамках законодательства. В обоих случаях нормотворческая функция решений конституционного суда реализуется посредством правовых норм, основанных на положениях, содержащихся в текстах, которые должны использоваться в качестве параметра или объекта контроля. Однако сформулированные в

каждом конкретном решении нормы обладают разным нормативным потенциалом, что свидетельствует о сложности работы, выполняемой конституционной юстицией.

Толкование конституционными судами конституционного текста может породить изменение конфигурации параконституционных норм, конституционных норм, созданных судебной практикой. Эти нормы выступают критерием, на основании которого конституционная юстиция осуществляет контроль конституционности деятельности публичных властей.

Однако это не единственные нормы, которые конституционные суды могут сформулировать на основе положений, используемых ими для выполнения своей функции. Это позволяет сделать вывод о том, что этими материальными конституционными нормами не исчерпывается вопрос о нормативной значимости решений конституционной юстиции.

Одно и то же решение конституционного суда может иметь различный правовой режим в отношении нормативных актов, включенных в него: резолютивная часть решения, содержащая правовые новеллы, связывает правовой режим с нормой или рассматриваемым актом. Напротив, правовые основания меняются в зависимости от того, обусловлены ли установленные в них нормы толкованием первичного или вторичного материала. В первом случае позиция уже обозначена как по существу конституционная. Во втором случае нужно исходить из толкования самого вторичного материала.

Нормотворческая функция решений конституционного суда обеспечивает *бонус (plus)* правовым нормам, которые являются объектом юридической оценки: это всегда нормотворчество, связанное с конституцией; и всегда, по крайней мере формально, обязательная выработка норм с конституционной точки зрения. Это означает, что законодатель или обычные суды связаны этим правотворчеством, а не своими собственными предыдущими решениями и, следовательно, ценность решений конституционной юрисдикции в этом смысле выше, чем правовых положений, которые она обновляет.

Следует иметь в виду, что любой судебный процесс подразумевает правовой конфликт, который судебное решение должно урегулировать. Поскольку конфликт возникает в связи с высшим – конституционным – правом, решение проблемы должно также придерживаться этого высшего права, устанавливая тем самым особую связь государственных органов в отношении нормотворческой функции, развитой решениями конституционного суда.

Следовательно, хотя законодатель может свободно изменять свои собственные нормы, он не может, однако, изменять их так, чтобы это противоречило конституционной судебной практике. Таким образом, обычная нормотворческая функция обусловлена нормотворческой функцией, развитой решениями конституционного суда, поскольку они

определяют конституционные рамки деятельности законодательной власти.

В общих чертах доктрина ссылается на такую связь, используя выражение «решения о толковании», подразумевая решения, которые предусматривают обязательное толкование нормативного материала, оцениваемого конституционной юстицией, в частности закона.

Сохранение формалистической концепции однозначно связано с использованием формулировки, по-видимому, вновь сводящей функцию судьи к простому изложению существующего права. Хотя все решения конституционных судов являются решениями о толковании, поскольку все они обязательно толкуют первичный материал (конституцию) и вторичный материал (норму или рассматриваемый акт), некоторые из них являются также нормативными решениями, которые включают обязательные для исполнения правовые нормы [Silvestri, G., 1985].

Решения конституционного суда очевидно развивают нормативную функцию [Balaguer Callejón, F., 2000; Balaguer Callejón, F., 1991–1992; Balaguer Callejón, F., 2019], поскольку они инкорпорируют в правовую систему нечто большее, чем просто толкование положений закона или конституции. Эти решения выводят из правовых или конституционных положений нормы, дополняющие конституционный и законодательный уровни правовой системы. Таким образом, они вносят, хотя и с ограничениями, отмеченными в настоящей работе, свой вклад в развитие правовой системы, разрешают конфликты и устанавливают нормы, которые могут способствовать предотвращению новых споров. Тем самым они выполняют миротворческую функцию, которая свойственна любому правосудию.

Список использованной литературы

Balaguer Callejón F. (coord.), Cámara Villar G., López Aguilar J. F., Balaguer Callejón M. L., Montilla Martos J. A. Manual de Derecho Constitucional. 14ª ed., dos volúmenes. Madrid : Tecnos, 2019. 528 p.

Balaguer Callejón F. Fuentes del Derecho Madrid : Tecnos, 1991–1992. T. I–II.

Balaguer Callejón F. Il contenuto essenziale dei diritti costituzionali e il regime giuridico dell'immigrazione in Spagna // Rassegna di Diritto Pubblico Europeo. 2018. T. XVII, no. 1. P. 33–60.

Balaguer Callejón F. La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto // Studi in onore di Francesco Gabriele / a cura di A. M. Nico. Bari : Cacucci Editore, 2016. P. 1–22.

Balaguer Callejón F. Notas sobre la estructura constitucional del Estado Español // Revista de Derecho Político. 1991. No. 32. P. 189–220.

Balaguer Callejón F. Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola // I Controlimiti – Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali / a cura di A. Bernardi. Napoli : Jovene Editore, 2017. P. 113–133.

Balaguer Callejón F. Tribunal Constitucional y creación del Derecho // La justicia constitucional en el Estado democrático / coords. E. Espín Templado y F. J. Díaz Revorio. Valencia : Tirant lo Blanch, 2000. P. 381–395.

Crisafulli V. Disposizione (e norma) // EdD. 1964. T. XIII.

Cruz Villalón P. La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918–1939). Madrid : CEC, 1987.

Jiménez Campo J. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley // Las tensiones entre la jurisdicción constitucional y el legislador en la Europa actual / ed. E. Aja. Barcelona : Ed. Ariel, 1998.

Kelsen H. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) // Revue du Droit Public. 1928. T. XLV.

Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Viena : Verlag Franz Deuticke, 1960 (reimpresión de 1967).

Pizzorusso A. Delle Fonti del Diritto. Commentario del Codice Civile, Art. 1–9 / ed. N. Zanichelli. Bologna ; Roma : Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1977. XLV, 597 p.

Ruggeri A. Trasformazioni della Costituzione e trasformazioni della giustizia costituzionale // "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XXII. Studi dell'anno 2018. Torino : Giappichelli editore, 2019. 832 p.

Silvestri G. Le sentenze normative della Corte costituzionale // Scritti in Onore di Vezio Crisafulli. Vol. I. Scritti su la Giustizia costituzionale. Padova : Cedam, 1985. XXXI, 822 p.

Zagrebelsky G. Il diritto mite. Torino : Einaudi, 1992. IX, 218 p.

Zagrebelsky G. Manuale di Diritto costituzionale. Vol. I. Il sistema delle fonti del diritto. Torino : UTET, 1988. 324 p.

References

Balaguer Callejón, F., 1991. Notas sobre la estructura constitucional del Estado Español. *Revista de Derecho Político*, 32, pp. 189–220.

Balaguer Callejón, F., 1991–1992. *Fuentes del Derecho* Madrid: Tecnos. T. I–II.

Balaguer Callejón, F., 2000. Tribunal Constitucional y creación del Derecho. In: E. Espín Templado and F. J. Díaz Revorio, coords. *La justicia constitucional en el Estado democrático*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 381–395.

Balaguer Callejón, F., 2016. La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto. In: A. M. Nico, ed. *Studi in onore di Francesco Gabriele*. Bari: Cacucci Editore. Pp. 1–22.

Balaguer Callejón, F., 2017. Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola. In: A. Bernardi, ed. *I Controlimiti – Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*. Napoli: Jovene Editore. Pp. 113–133.

Balaguer Callejón, F., 2018. Il contenuto essenziale dei diritti costituzionali e il regime giuridico dell'immigrazione in Spagna. *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, XVII(1), pp. 33–60.

Balaguer Callejón, F., (coord.), Cámara Villar, G., López Aguilar, J. F, Balaguer Callejón, M. L. and Montilla Martos, J. A., 2019. *Manual de Derecho Constitucional*. 14ª edición, dos volúmenes. Madrid: Tecnos.

Crisafulli, V., 1964. Disposizione (e norma). *EdD*, XIII.

Cruz Villalón, P., 1987. La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918–1939). Madrid: CEC.

Jiménez Campo, J., 1998. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley. In: E. Aja, ed. *Las tensiones entre la jurisdicción constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ed. Ariel.

Kelsen, H., 1928. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle). *Revue du Droit Public*, XLV.

Kelsen, H., 1960. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Viena: Verlag Franz Deuticke (reimpresión de 1967).

Pizzorusso, A., 1977. *Delle Fonti del Diritto. Commentario del Codice Civile, Art. 1–9*. Ed. N. Zanichelli. Bologna; Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano.

Ruggeri, A., 2019. Trasformazioni della Costituzione e trasformazioni della giustizia costituzionale. *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XXII. Studi dell'anno 2018*. Torino: Giappichelli editore.

Silvestri, G., 1985. Le sentenze normative della Corte costituzionale. *Scritti in Onore di Vezio Crisafulli. Volume I. Scritti su la Giustizia costituzionale*. Padova: Cedam.

Zagrebelsky, G., 1992. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.

Zagrebelsky, G., 1988. *Manuale di Diritto costituzionale. Volume I. Il sistema delle fonti del diritto.* Torino: UTET.

Информация об авторе / Information about the author

Балагер Кальехон Франциско, доктор права, профессор, профессор кафедры конституционного права Университета Гранады (Испания, 18001, Гранада, Университетская пл., д. 1, юридический факультет)
Francisco Balaguer Callejón, Doctor of Law, Professor, Professor of the Constitutional Law Department, University of Granada (Faculty of Law, 1, Plaza de la Universidad, Granada, 18001, Spain).
Email: balaguer@ugr.es

Дата поступления рукописи на испанском языке в редакцию издания: 11.02.2020; дата одобрения после рецензирования: 25.01.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 02.02.2021.
Submitted 11.02.2020; reviewed 25.01.2021; revised 02.02.2021.

UDC 343.21
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.51-68

The Social Significance of the Regulation of Non-Criminal Acts in the Criminal Law

Denis A. Garbatovich

Ural Branch, Russian State University of Justice, Chelyabinsk, Russian Federation

For correspondence: garbatovich@mail.ru

Abstract

Introduction. In science, it is already proved that the effectiveness of criminal legislation in relation to crime prevention is very limited. The criminal law is objectively unable to eliminate the causes of crime due to their social nature. Nevertheless, the regulation of non-criminal acts is a socially significant area of criminal law policy that helps to resolve or reduce the painful difficulties that arise in the process of law-making and law enforcement activities in relation to the criminal law.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of the research is based on Russian doctrinal sources devoted to modern concepts of criminal policy, forms and means of its implementation, and the social consequences of mitigating or toughening criminal repression.

Results. The social importance of the regulation of non-criminal legal acts is determined by the ability to resolve three central problems. Firstly law-making activities when determining the boundaries of criminalisation. Secondly, maintaining human resources to implement repressive penal policy. Thirdly conservation of the economic resource, as the impact of penal policy and define ensuring the principle of inevitability of criminal responsibility and alternative ways to resolve a criminal law conflict. This includes the possibility of self-defense of individual rights by means of criminal law.

Discussion and Conclusion. Regulation of non-criminal acts is a kind of "safety mechanism" of criminal law policy. It is a means of protection against excessive criminalisation, a means of ensuring compliance of legislative formulas with the realities of life, and a means of ensuring a balance between lawmaking and law enforcement.

Keywords: criminal policy, non-criminal legal acts, criminal repression, law-making, criminal responsibility, compliance, criminalisation, penal policy, criminal law conflict

For citation: Garbatovich, D. A., 2021. The social significance of the regulation of non-criminal acts in the criminal law. *Pravosudie/Justice*, 3(1), pp. 51–68. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.51-68.

© Гарбатович Д. А., 2021

Социальная значимость регламентации непреступных уголовно-правовых деяний

Д. А. Гарбатович

Уральский филиал Российского государственного университета правосудия, г. Челябинск, Российская Федерация
garbatovich@mail.ru

Аннотация

Введение. В науке доказано, что эффективность средств уголовного законодательства относительно предупреждения преступности является весьма ограниченной. Уголовный закон объективно не способен ликвидировать причины преступности в силу их социальной природы. Тем не менее регламентация непреступных уголовно-правовых деяний является социально значимым направлением уголовно-правовой политики, способствующим разрешению или снижению болезненности проблем, возникающих в процессе правотворческой и правоприменительной деятельности относительно уголовного закона.

Теоретические основы. Методы. Теоретической основой исследования стали отечественные доктринальные источники, посвященные современным концепциям уголовной политики, формам и средствам ее реализации, социальным последствиям смягчения или ужесточения уголовной репрессии.

Результаты исследования. Социальная значимость регламентации непреступных уголовно-правовых деяний определяется способностью разрешить проблемы: 1) правотворческой деятельности при установлении границ криминализации; 2) сохранения человеческого ресурса при реализации репрессивной уголовно-правовой политики; 3) сохранения экономического ресурса как последствия уголовно-правовой политики; 4) обеспечения принципа неотвратимости уголовной ответственности и определить возможности разрешения уголовно-правового конфликта альтернативным способом и самозащиты прав личности средствами уголовного закона.

Обсуждение и заключение. Регламентация непреступных уголовно-правовых деяний представляет собой некий «страховочный механизм» уголовно-правовой политики, средство защиты от избыточной криминализации, средство обеспечения соответствия законодательных формул жизненным реалиям, средство обеспечения баланса между законотворчеством и правоприменением.

Ключевые слова: уголовная политика, непреступные уголовно-правовые деяния, уголовная репрессия, уголовная ответственность

Для цитирования: Гарбатович Д. А. Социальная значимость регламентации непреступных уголовно-правовых деяний // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 1. С. 51–68. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.51-68.

Introduction

In the process of fulfilling its social purpose of satisfying the relevant needs of society, the ability of the criminal law to achieve its goals through the criminal law means at its disposal is relatively effective. In the theory of criminal law, criminological research, as well as in the practice of applying the criminal law when imposing punishment, it has long been established that its restorative, general and private preventive, corrective functions are extremely small [Karpets, I. I., 1973; Gilinsky, Ya. I., 2015, p. 39; Babaev, M. M. and Pudovochkin, Yu. E., 2015], the reasons giving rise to crime as a social phenomenon have a social nature and cannot be eliminated by the criminal law

due to its objective limitation of the "natural" framework [Babaev, M. M. and Pudovochkin, Yu. E., 2016, p. 421]. Nevertheless, the criminal law is necessary, in the hands of the state, to act as the most repressive tool used in dealing with socially dangerous conflicts in cases where the use of means of other branches of law is considered inappropriate, ineffective, and/or inadequate. Criminal legislation is a means of criminal law policy, the priorities of which, according to A. I. Raroga, "must have sufficient social and legal grounds, and the criminal law means of ensuring these priorities must be, firstly, adequate to the protected social values, and secondly, practically realizable, that is, meet the needs of practice and serve as a convenient tool for influencing socially unacceptable criminal law phenomena" [Rarog, A. I., 2015, p. 13].

We believe that the regulation of non-criminal criminal offenses is a socially significant area of criminal law policy that helps to resolve or reduce the painful difficulties of problems that arise in the process of lawmaking and law enforcement.

Theoretical Basis. Methods

The object of the research is the criminal law policy and the reform of criminal law in terms of the regulation of non-criminal criminal acts. The theoretical basis of the work was domestic doctrinal sources involving three topics. Firstly, modern concepts of criminal policy. Secondly, social consequences of mitigation or toughening of criminal repression. Thirdly, forms and means of implementation of criminal law policy.

In carrying out a systemic, logical and legal analysis of the Russian criminal legislation, the following six grounds were considered. Firstly, the problems of law-making activities in establishing the boundaries of criminalisation. Secondly, the problem of preserving human resources during the implementation of a repressive criminal law policy. Thirdly, the problem of preserving the economic resource because of criminal law policy. Fourthly, problems of ensuring the principle of inevitability of criminal liability. Fifthly, the possibility of resolving a criminal offense conflict in an alternative way, and finally and sixthly, the possibility of self-defense of individual rights by means of criminal law.

Results

As a result of the study, it was concluded that the social significance of the regulation of non-criminal criminal acts is determined by the ability to solve the problems arising in the process of implementing criminal law policy.

The problem of lawmaking lies in the establishment of the boundaries of criminalisation. In modern Russia, the facts of excessive, unjustified criminalisation, miscalculations on the part of the legislator in recognising acts as socially dangerous (and accordingly criminal), are already recorded [Korobeyev, A. I., 2012, pp. 112–113; Burlakov, V. N., 2015, p. 35; Gilinsky, Ya. I., 2015, p. 40; Babaev, M. M. and Pudovochkin, Yu. E., 2016, pp. 425–426; Ivanov, N. G.,

2017, p. 78; Gladkikh, V. I., 2018]. In this case, the use of repression in the form of criminal punishment to unjustifiably criminalise acts can generate new legal and social conflicts [Tolpykin, V. E., 2009]. N. I. Pikurov explains: "Strengthening criminal law repression in itself is not only incapable of resolving the conflict, but can also cause greater tension, which often leads to negative consequences for the existing legal order... The criminal law remains only an auxiliary, and not the most successful, tool for resolving social -economic conflicts... The excessive use of criminal repression to prevent social conflicts in the absence of measures aimed at eliminating the socio-economic and political causes of such conflicts, can only provoke their further aggravation" [Pikurov, N. I., 2012]. M. M. Babaev and Yu. E. Pudovochkin also explain that "the absence or inability to find effective solutions to social problems, together with an attempt to solve them by means of criminal law not adapted for this, contributes to the growth of social discontent and tension, its accumulation" [Babaev, M. M. and Pudovochkin, Yu. E., 2020, p. 93].

In such a situation, the intensity of the conflict can be reduced at the level of law enforcement by the following means. Firstly, through the use of the normative construction of the act, formally containing signs of a certain *corpus delicti*, but due to its insignificance, it does not pose a public danger. The social conflict resulting from the erroneous establishment of the boundaries of criminalisation is resolved at the law enforcement level, when the law enforcement officer, having established in the assessed actions (i. e. inaction) of a person, signs of a certain *corpus delicti*, nevertheless comes to the conclusion that the act is insignificant and terminates the criminal case. Secondly, through the implementation of the constructions of positive post-criminal acts regulated in the criminal law, affecting the release of a person from criminal liability, punishment, and mitigation.

According to the opinion of A. M. Balafendiev, exemption from criminal liability is intended to eliminate internal contradictions inherent in criminal law [Balafendiev, A. M., 2010, p. 9]. The institution of exemption from criminal liability gives the method of criminalising socially dangerous acts the necessary flexibility. This translates the state's reaction in the presence of the conditions provided for in the law into a positive channel and thereby eliminates the negative social costs of punitive influence on persons who have committed minor crimes, persons who have shown active remorse and abstained from committing new crimes [Sverchkov, V. V., 2008; Korobeyev, A. I., 2019, pp. 40–41].

The inability of the state to adequately assess the real social danger of a criminalised act is the condition for the inevitable emergence of a social conflict. The regulation in the criminal law of an insignificant act or positive anti-criminal behavior helps to reduce the escalation of the negative consequences of the designated conflict through two main forms. Firstly, narrowing the boundaries of the criminal (for example, at the law enforcement level – when an illegal criminal act is recognised as insignificant). Secondly, a decrease in the fear of criminal law (for example, through the widespread

practice of exempting a person from criminal liability in the presence of appropriate positive post-criminal behavior).

The regulation of non-criminal acts in this case is a kind of "safety mechanism" of criminal law policy, a means of protection against excessive criminalisation. That is, it is a way to ensure compliance of legislative formulas with the realities of life and strike a balance between lawmaking and law enforcement.

The problem of preserving human resources. Repressive criminal policy deprives society of a social resource on a larger scale than it happens when the repressive beginning of criminal policy is expressed minimally [Babaev, M. M. and Pudovochkin, Yu. E., 2020, p. 72]. The most important value in a democratic rule-of-law state – human resources – suffers from the most pronounced repressive criminal policy.

A. G. Khlebushkin explains that when a criminal prohibition is introduced, there are always at least three types of social costs. Firstly, limiting the rights and freedoms of citizens by expanding the range of prohibited acts. Secondly, an increase in the number of the convicted population. Thirdly, the growth of economic costs associated with the implementation of criminal proceedings and the execution of punishment according to the introduced norms of the criminal law [Khlebushkin, A. G., 2014, p. 49].

A. I. Korobeyev refers to five side effects of the criminal law prohibition. Firstly, "stigmatisation" of a certain part of the population, the receipt by citizens of the stigma "criminal". Secondly, the weakening of socially useful ties of convicts up to their complete loss. Thirdly, a decrease in the professional qualifications of convicts obtained before the commission of a crime. Fourthly, exclusion of a certain number of citizens from various spheres of socially useful activity. Fifthly, additional costs for the resocialisation and reintegration of convicts in the post-penitentiary period [Korobeyev, A. I., 2019, pp. 81–82].

In our opinion, factors contributing to minimising these consequences and preserving human resources include the regulation of positive post-criminal behavior affecting the release of a person from criminal liability (Articles 75–76.2 of the Criminal Code of the Russian Federation). They also include the release of a person from criminal punishment (for example, voluntarily undergoing treatment for drug addiction, medical and social rehabilitation (Article 82.1 of the Criminal Code RF), and the appointment of a conditional sentence, as well as the use of parole from serving a sentence.

In the event that a person who has committed a crime will not be assigned long terms of imprisonment, the state will focus on punishments not related to imprisonment. It will apply other measures of a criminal-legal nature, other forms of implementation of criminal liability, which means the vector of criminal-law policy will focus on the preservation of human and human capital. Such a policy is capable of minimising the negative social consequences of serving long prison terms. These are namely:

Firstly, the likelihood of maintaining family, kinship, friendship, and relations will increase, which is not typical when serving long prison terms.

Secondly, the problem of employment would be partially solved. If, during conviction, when applying other forms of implementation of criminal liability, the workplace is retained for the person, then the likelihood of compensation for the damage caused by the crime will be more real. In Russia, where there is a high level of unemployment, it is much more difficult for persons who have served a sentence of imprisonment with a criminal record to compete with those who are not characterised by this "social stigma". The regulation of other measures of a criminal-legal nature, for example the practice of applying the grounds for exemption from criminal liability can reduce the level of convictions not only among persons who have committed criminal acts, but also reduce the proportion of persons who have committed crimes in relation to the entire society.

Thirdly, one of the reasons for the existence of crime is its self-reproduction. Unfortunately, prison colonies sometimes do not correct the convicted person, nor do they educate one into a law-abiding citizen, but rather in fact act as a kind of "criminal school". This contributes to maintaining a high level of "criminal infection" of the population [Babaev, M. M. and Pudovochkin, Yu. E., 2020, p. 73]. The use of punishments not related to imprisonment, the use of other forms of implementation of criminal liability can protect a person who has committed a criminal act from turning him into a recidivist or a professional criminal.

Fourthly, the indicated policy will help to reduce the overcrowding of places of detention. This is one of the conditions that is also a factor in the regulation of positive penitentiary behavior, which affects the widespread use of the institution of parole.

Raising the question of the negative social consequences of the use of long terms of imprisonment, the author does not call on the legislator and law enforcement officer to completely abandon them, which is impossible, given the level of grave and especially grave crimes against the person, property, public safety, and public morality. In this case, we are talking about the fact that the punishment and other measures of a criminal-legal nature, imposed on the person who committed the crime, should first of all comply with the principle of justice. The state, when resolving the criminal conflict that has arisen, does not focus on the most repressive instruments of the criminal law.

The solution to this problem is to ensure the principle of differentiation and individualisation of criminal responsibility and punishment, which is possible only with a proper assessment of the post-criminal positive. Examples include positive steps, such as active repentance, reconciliation with the victim, compliance with the sentence serving regime) and negative measures – for example, evading the investigation or trial, violation of pre-trial agreements on cooperation, evasion of the convict from serving the sentence) the behavior of the individual.

The problem of preserving the economic resource is essential. Repressive criminal law policies require huge economic investments. When assessing its economic efficiency, calculated through the ratio of the results achieved and the corresponding financial costs, it will never be considered effective. Howe-

ver, this fully applies to liberal criminal law policy. The main line concept of crime prevention in a legal and democratic social state should never depend on the solution of the issue, whether it is economically beneficial or not. However, the implementation of any preventive measure, the introduction of a new criminal prohibition, or the type of punishment will always depend on the availability of appropriate financial resources.

The regulation of the circumstances affecting the release of a person from criminal liability or punishment, (such as precluding the criminality of an act, an act of insignificance, or positive post-criminal acts) indicates that there are instruments in the criminal law policy implemented by the state which can be assessed as liberal and humane, intended to reduce criminal repression.

An inevitable consequence of the implementation of a designated criminal law policy should be a reduction in the number of people convicted to the actual terms of serving a sentence in the form of imprisonment. There should be a decrease in the number of employees working in places of detention, and, accordingly, a decrease in the economic costs of the penal system for the maintenance of convicts in places of deprivation of liberty.

Nevertheless, science has proven that a liberal criminal policy, in comparison with a repressive one, is not less costly, more economically profitable, and perhaps, on the contrary, requires more funding for its effectiveness (for example, for preventive and social-rehabilitation aspects) [Babaev, M. M. and Pudovochkin, Yu. E., 2020, pp. 122–123].

At the same time, the state, through the regulation of positive post-criminal acts affecting the release of persons from criminal liability, is trying to use the appropriate instruments of the criminal law not only to preserve, but also to replenish its economic resource. For example, exemption from criminal liability in connection with the imposition of a court fine is gaining widespread practice. During the period of validity of Articles 762, 1044, and 1055 of the Criminal Code of the Russian Federation, the application of a judicial fine has confirmed its relevance in law enforcement practice. In accordance with the statistical data of the Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation, a court fine in 2017 was assigned to 20 639 persons, in 2018 – 33 329 persons, and in 2019 – 52 461 persons[1].

Researchers of criminal policy have already established the fact that one of the goals of the ongoing reform of domestic criminal law is to replenish state revenues in order to financially support its activities [Tarasov, A. A., et al., 2017, pp. 59–90]. One of the means of this criminal law policy is the

[1] Review of judicial practice of exemption from criminal liability with the appointment of a court fine (Article 762 of the Criminal Code of the Russian Federation) (Approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on July 10, 2019). URL: https://www.vsrf.ru/documents/thematics/28088/; Judicial statistics of the Judicial Department under the Supreme Court of the Russian Federation. URL: http://cdep.ru/index.php?id=79&item=5259

regulation of positive post-criminal acts in the form of payment of a sum of money to the state (for example, compensation for damage, forfeit, transfer to the federal budget of monetary compensation in the amount of double the amount of damage caused or double the amount of income obtained as a result of the commission of a crime, etc.).

The problem of ensuring the principle of inevitability of criminal liability is crucial. It would be wrong to admit that the principle of inevitability of criminal liability is realised only when each person who committed a crime has experienced the most repressive means of criminal law, namely punishment. The implementation of the principle of the inevitability of criminal liability also occurs in those cases when in relation to each person who violated the criminal prohibition, there is a response and based on the law of the state reaction in the form of the use of variable criminal law mechanisms, characterised by varying degrees of criminal repression [Aryamov, A. A. and Kolyvantseva, M. A., 2017, pp. 39–43]. So, A. I. Korobeyev explains that "this principle includes the need to: identify all, without exception, crimes committed in reality; bringing to criminal responsibility all persons guilty of committing crimes; the application to each of them of measures of criminal punishment, or measures replacing it, or, finally, release from criminal liability and (or) from punishment in cases and on the grounds provided for by the criminal law; compensation for the harm caused by the crime there, of course, where possible" [Korobeyev, A. I., 2019, pp. 38–39].

The necessary conditions for the response of the state to the fact of committing a crime should be, at a minimum, its identification, registration, disclosure, bringing a person to criminal responsibility. Considering the statistics of annually registered crimes, their detection rate, the number of persons brought to criminal responsibility, we see:

Table 1 / Таблица 1

Year	Number of registered crimes (thousand) / Количество зарегистрированных преступлений (тыс.)	Number of identified persons who have committed crimes (thousand) / Количество выявленных лиц, совершивших преступления (тыс.)	Number of unsolved crimes (thousand) / Количество не раскрытых преступлений (тыс.)
2007	3582,5	1317,6	1863,9
2008	3209,9	1256,2	1479,5
2009	2994,8	1219,8	1309,1
2010	2628,8	1111,1	1193,3
2011	2404,8	1041,3	1980,1
2012	2302,2	1010,9	1014,7
2013	2206,2	1012,6	950,3
2014	2166,4	1000,1	948,6
2015	2351,2	1063,03	1026,2

Year	Number of registered crimes (thousand) / Количество зарегистрированных преступлений (тыс.)	Number of identified persons who have committed crimes (thousand) / Количество выявленных лиц, совершивших преступления (тыс.)	Number of unsolved crimes (thousand) / Количество не раскрытых преступлений (тыс.)
2016	2160,0	1015,8	983,3
2017	2058,5	967,1	886,7
2018	1991,5	931,1	860,4
2019	2024,3	884,7	915,2[2]

From the data presented, it is easy to conclude that every year there is a significant number of unsolved crimes, and we are talking only about acts that have been registered. Without reasoning about the problems of objectivity of Russian statistics, about the real reflection of existing crime in it, we will only note that according to various criminological studies, the level of latent crime is quite high, and the number of crimes actually committed annually can be expressed in a figure from 12 to 30 million [Luneev, V. V., 2015, p. 87].

In this situation, it is necessary to remember that the existing system of justice in the state with the means and staff at its disposal is incapable of "digesting" not only the entire volume of crime, but even its officially recorded (registered) part [Gilinsky, Ya. I. , 2009, p. 55].

In such an environment, the regulation of positive post-criminal acts aimed at facilitating and solving crimes (for example, active repentance, pre-trial cooperation agreement, etc.) will undoubtedly contribute, at least to a small extent, to the implementation of the principle of inevitability of criminal liability. Striving to ensure the principle of the inevitability of criminal liability is a prerequisite for public respect for the current criminal legislation.

The regulation of positive post-criminal acts is a tool for solving a criminal-legal conflict in an alternative way. The question of using alternative methods of resolving a criminal-legal conflict is relevant for Russian criminal law. A condition for resolving a criminal-legal conflict in an alternative way is a dialogue between a criminal and a victim, a search for a compromise between them, aimed at exhausting the arisen socio-legal conflict.

By regulating mediation methods of resolving criminal-legal conflicts such vectors of criminal law policy as the economy of criminal law repression, its reduction, restorative justice (restorative justice), humanisation, and liberalisation are implemented [Aryamov, A. A. and Kolyvantseva, M. A., 2017, p. 41; Matveeva, Ya. M., 2017, p. 140; Lapshin, V. F., 2012, p. 133]. The most notable examples are

– active repentance (Article 75 of the Criminal Code of the Russian Federation),

[2] Official website of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation // https://mvd.rf/reports/1/

– reconciliation with the victim (Article 76 of the Criminal Code of the Russian Federation),

– compensation for damage (Article 76.1 of the Criminal Code of the Russian Federation),

– payment of a court fine (Article 76.2 of the Criminal Code of the Russian Federation),

– voluntary release of a kidnapped person (Article 126 of the Criminal Code of the Russian Federation),

– release of a hostage (Article 206 of the Criminal Code of the Russian Federation),

– voluntary surrender of weapons, explosive devices, explosives (Articles 222–223.1 of the Criminal Code of the Russian Federation), and

– voluntary surrender of drugs (Article 228 of the Criminal Code of the Russian Federation).

Legislative consolidation of non-criminal criminal acts can dilute the one-sidedness of the criminal law in resolving the social and legal conflict resulting from criminal behavior. The doctrine of criminal law justifiably raises the problem of the impotence of the criminal law, when there is its inadequacy to the specific conditions of the place and time of its application, or inadequate use of the force of repression and (or) insufficient flexibility in the approach to the practice of applying measures of more humane content [Babaev, M. M. and Pudovochkin, Yu. E., 2016, p. 421].

The indicated flexibility in the practice of applying measures of a more humane content is precisely capable of providing other already regulated measures of a criminal-legal nature, other forms of implementation of criminal liability. The basis of this is the corresponding non-criminal criminal-legal acts (for example, exemption from criminal liability in connection with an active repentance, reconciliation with the victim; non-prosecution in case of voluntary release of the abducted person; release from criminal liability in case of voluntary surrender of narcotic drugs, psychotropic substances, weapons; parole from serving a sentence in the presence of appropriate positive penitentiary behavior, etc.).

The problem of protecting individual rights by means of criminal law is worth considering. One of the tasks of the criminal law is to protect human and civil rights and freedoms from criminal encroachments (part 1 of article 2 of the Criminal Code of the Russian Federation). In our opinion, it is more accurate and more correct to talk about protection from socially dangerous encroachments, both criminal and non-criminal [Lobanova, L. V., 2012, p. 146]. A. V. Denisova explains that “ensuring the safe existence of people in society is a continuously realised goal of criminal law as an industry performing the main burden of countering socially dangerous acts” [Denisova, A. V., 2018, p. 67]. Nevertheless, the presence of the principle of humanism in the criminal law did not become a guarantee of ensuring human security. Public order, public safety, the safety of a particular person, are often provided by measures that are far from being

based on the norms of criminal law. For example, preventive measures used by law enforcement agencies, something the legislator himself is well aware of.

Therefore, by regulating the circumstances precluding the criminality of an act, a person is given the opportunity:

1) in conditions of necessary defense to protect himself or other persons from socially dangerous encroachments;

2) to detain a person who has committed a crime for delivery to the authorities or in order to prevent him from committing other criminal acts;

3) cause harm to social relations protected by criminal law in conditions of extreme necessity, physical or mental coercion;

4) take risks to achieve a socially useful goal, and;

5) be an undisciplined subordinate when executing an order or instruction in cases of realizing their illegal nature. V. I. Mikhailov [2012, pp. 179–180] explains that situations, the resolution of which is associated with the infliction of legitimate harm, arise when solving socially significant problems in various areas of positive social activity.

The regulation of the circumstances precluding the crime of acts, which gives the individual the opportunity to be socially active, expands the boundaries of his rights and freedoms, promotes moral and physical development while self-protecting his rights by means of criminal law.

In the science of criminal law, the question is consistently raised that the positive development of society can be ensured by legislative consolidation of other circumstances that exclude the criminality of an act. Notable examples include euthanasia, causing harm while playing sports, organ transplantation, consent of a person, compliance with legislation, conducting operational-search measures, exercise of their rights, and performance of professional duties [Kozlov, A. P., 2012, p. 104; Nikulenko, A. V., 2012, pp. 187–189; Oreshkina, T. Yu., 2012, pp. 202–203].

Discussion and Conclusion

The regulation of non-criminal criminal offenses is a kind of “safety mechanism” of criminal law policy, a means of protection against excessive criminalisation, a way to ensure compliance of legislative formulas with life realities and a balance between lawmaking and law enforcement.

The consolidation of positive post-criminal behavior in the criminal law that affects the release of a person from criminal liability, the release of a person from criminal punishment, the appointment of a suspended sentence, the use of parole from serving a sentence, contribute to the preservation of human resources.

The establishment of positive post-criminal acts in the form of payment of a sum of money to the state is one of the means of replenishing the state’s income in order to financially support its activities.

Regulated other measures of a criminal-legal nature, other forms of implementation of criminal liability, the basis for the application of which

were the relevant non-criminal criminal-legal acts, provide the flexibility of law enforcement practice when resolving a criminal conflict in an alternative way.

Legislative consolidation of circumstances precluding criminality of acts, which gives the individual the opportunity to be socially active, expands the boundaries of his rights and freedoms, contributes to his moral, physical development with self-defense of his rights by means of criminal law.

References

Aryamov, A. A. and Kolyvantseva, M. A., 2017. *Alternativnyye formy resheniya ugolovno-pravovogo konflikta* = [Alternative forms of solving the criminal-legal conflict]. Monograph. Moscow: Jurlitinform. (In Russ.)

Babaev, M. M. and Pudovochkin, Yu. E., 2015. [Criminal punishment in a conflictological context]. *Vestnik yuridicheskogo fakulteta Yuzhnogo federalnogo universiteta* = Bulletin of the Faculty of Law of the Southern Federal University, 1(3), pp. 15–26. (In Russ.)

Babaev, M. M. and Pudovochkin, Yu. E., 2016. [Repressive solution of social problems: causes and consequences]. *Vserossiyskiy kriminologicheskiy zhurnal* = All-Russian Criminological Journal, 10(3), pp. 419–430. (In Russ.)

Babaev, M. M. and Pudovochkin, Yu. E., 2020. *Rossiyskaya ugolovnaya politika XXI veka* = [Russian criminal policy of the XXI century]. Monograph. Moscow: Jurlitinform. (In Russ.)

Balafendiev, A. M., 2010. *Osvobozhdenie ot ugolovnoj otvetstvennosti v svyazi s pozitivnym postkriminal'nym povedeniem: social'no-pravovye predposylki, sushchnost' i sistematizaciya vidov* = [Exemption from criminal liability in connection with positive post-criminal behavior: social and legal prerequisites, essence and systematization of types]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Kazan. (In Russ.)

Burlakov, V. N., 2015. [Modernization of the criminal law and its results]. *Ugolovnoye pravo: strategiya razvitiya v XXI veke* = [Criminal law: development strategy in the XXI century]. Materials of the XII International scientific and practical conference. Moscow, Russian Federation, 29–30 January 2015. Moscow: RG-Press. Pp. 34–37. (In Russ.)

Denisova, A. V., 2018. [Ensuring the safe coexistence of people in society as the main goal of Russian criminal law]. *Obespecheniye natsionalnoy bezopasnosti – prioritetnoye napravleniye ugolovno-pravovoy. kriminologicheskoy i ugolovno-ispolnitelnoy politiki* = [Ensuring national security-a priority direction of criminal law, criminology and

criminal enforcement policy]. Materials of the XI Russian Congress of criminal law dedicated to the memory of doctor of law, Professor Vladimir Sergeevich Komissarov. Moscow, Russian Federation, 31 May – 1 June 2018. Moscow: Yurlitinform. Pp. 65–68. (In Russ.)

Gilinsky, Ya. I., 2009. *Kriminologiya: teoriya, istoriya, empiricheskaya baza, sotsialnyy kontrol* = [Criminology: theory, history, empirical base, social control]. St. Petersburg: Publishing house of R. Aslanov "Yuridicheskij centr Press". (In Russ.)

Gilinsky, Ya. I., 2015. Criminal legislation in modern Russia: critical notes. *Ugolovnoye pravo: strategiya razvitiya v XXI veke* = [Criminal law: development strategy in the XXI century]. Materials of the XII International scientific and practical conference. Moscow, Russian Federation, 29–30 January 2015. Moscow: RG-Press. Pp. 38–41. (In Russ.)

Gladkikh, V. I., 2018. [System problems of the Russian criminal policy]. *Obespecheniye natsionalnoy bezopasnosti – prioritetnoye napravleniye ugolovno-pravovoy, kriminologicheskoy i ugolovno-ispolnitelnoy politiki* = [Ensuring national security-a priority direction of criminal law, criminology and criminal enforcement policy]. Materials of the XI Russian Congress of criminal law dedicated to the memory of doctor of law, Professor Vladimir Sergeevich Komissarov. Moscow, Russian Federation, 31 May – 1 June 2018. Moscow: Yurlitinform. Pp. 58–61. (In Russ.)

Ivanov, N. G., 2017. [Quality of the criminal law and social significant value that needs criminalization]. *Ugolovnoye pravo: strategiya razvitiya v XXI veke* = [Criminal law: development strategy in the XXI century: proceedings of the XIV]. International scientific and practical conference. Moscow, Russian Federation, 26–27 January 2017. Moscow: Original-Maket. Pp. 77–80. (In Russ.)

Karpets, I. I., 1973. *Nakazaniye: Sotsialnyye, pravovyye i kriminologicheskiye problemy* = [Punishment: Social, legal and criminological problems]. Moscow: Legal Literature. (In Russ.)

Khlebushkin, A. G., 2014. [The Social contract and the legitimacy of criminal and legal impact]. *Ugolovnoye pravo: strategiya razvitiya v XXI veke* = [Criminal law: development strategy in the XXI century]. Materials of the XI International scientific and practical conference. Moscow, Russian Federation, 30–31 January 2014. Moscow: Prospect. Pp. 47–51. (In Russ.)

Korobeev, A. I., 2012. [Criminal law policy of Russia: from dawn to stagnation]. *Sovremennaya ugolovnaya politika: poisk optimalnoy modeli* = [Modern criminal policy: search for the optimal model]. Materials of the VII Russian Congress of criminal law. Moscow, Russian Federation, 31 May – 1 June 2012. Moscow: Prospekt. Pp. 112–115. (In Russ.)

Korobeev, A. I., 2019. *Ugolovno-pravovaya politika Rossii: ot genezisa do krizisa* = [Criminal law policy of Russia: from the genesis of the crisis]. Monograph. Moscow: Jurlitinform. (In Russ.)

Kozlov, A. P., 2012. [Criminal policy: its some criminal miscalculations in relation to the current Criminal Code]. *Sovremennaya ugolovnaya politika: poisk optimalnoy modeli* = [Modern criminal policy: search for the optimal model]. Materials of the VII Russian Congress of criminal law. Moscow, Russian Federation, 31 May – 1 June 2012. Moscow: Prospekt. Pp. 99–108. (In Russ.)

Lapshin, V. F., 2012. [Legal analysis of exemption from criminal liability in cases of crimes in the sphere of economic activity]. *Sovremennaya ugolovnaya politika: poisk optimalnoy modeli* = [Modern criminal policy: search for the optimal model]. Materials of the VII Russian Congress of criminal law. Moscow, Russian Federation, 31 May – 1 June 2012. Moscow: Prospekt. Pp. 133–136. (In Russ.)

Lobanova, L. V., 2012. [On some novelties of criminal legislation and the balance of forms and methods of criminal law policy]. *Sovremennaya ugolovnaya politika: poisk optimalnoy modeli* = [Modern criminal policy: search for the optimal model]. Materials of the VII Russian Congress of criminal law. Moscow, Russian Federation, 31 May – 1 June 2012. Moscow: Prospekt. Pp. 145–150. (In Russ.)

Luneev, V. V., 2015. *Epokha globalizatsii i prestupnost* = [The era of globalization and crime]. Moscow: Infra-M. (In Russ.)

Matveeva, Ya. M., 2017. [Alternative ways of solving the criminal law conflict in the criminal law of Russia: modernity and prospects]. *Ugolovnoye pravo: strategiya razvitiya v XXI veke* = [Criminal law: development strategy in the XXI century: proceedings of the XIV]. Materials of the XIV International scientific and practical conference. Moscow, Russian Federation, 26–27 January 2017. Moscow: Original-Maket. Pp. 139–142. (In Russ.)

Mikhailov, V. I., 2012. Purpose of the criminal law and the theory of lawful harm. *Sovremennaya ugolovnaya politika: poisk optimalnoy modeli* = [Modern criminal policy: search for the optimal model]. Materials of the VII Russian Congress of criminal law. Moscow, Russian Federation, 31 May – 1 June 2012. Moscow: Prospekt. Pp. 177–185. (In Russ.)

Nikulenko, A. V., 2012. [Prospects of criminal policy in the sphere of legislative consolidation of new circumstances regulating lawful infliction of harm]. *Sovremennaya ugolovnaya politika: poisk optimalnoy modeli* = [Modern criminal policy: search for the optimal model]. Materials of the VII Russian Congress of criminal law. Moscow, Russian Federation, 31 May – 1 June 2012. Moscow: Prospekt. Pp. 186–191. (In Russ.)

Oreshkina, T. Yu., 2012. The system of notes to articles of the Special part of the criminal code of the Russian Federation needs to be

improved. *Sovremennaya ugolovnaya politika: poisk optimalnoy modeli* = [Modern criminal policy: search for the optimal model]. Materials of the VII Russian Congress of criminal law. Moscow, Russian Federation, 31 May – 1 June 2012. Moscow: Prospekt. Pp. 200–207. (In Russ.)

Pikurov, N. I., 2012. Limited opportunities of the criminal law in preventing social conflicts in the context of reforming socio-economic relations. *Sovremennaya ugolovnaya politika: poisk optimalnoy modeli* = [Modern criminal policy: search for the optimal model]. Materials of the VII Russian Congress of criminal law. Moscow, Russian Federation, 31 May – 1 June 2012. Moscow: Prospekt. Pp. 220–221. (In Russ.)

Rarog, A. I., 2015. Priorities of the Russian criminal law policy. *Ugolovnoye pravo: strategiya razvitiya v XXI veke* = [Criminal law: development strategy in the XXI century]. Materials of the XII International scientific and practical conference. Moscow, Russian Federation, 29–30 January 2015. Moscow: RG-Press. Pp. 13–17. (In Russ.)

Sverchkov, V. V., 2008. *Konceptual'nye osnovy resheniya problem osvobozhdeniya ot ugolovnoj otvetstvennosti* = [Conceptual foundations for solving the problems of exemption from criminal liability]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Nizhny Novgorod. (In Russ.)

Tarasov, A. A., Sharipov, A. R., Kostrova, M. B., et al., 2017. *Realizatsiya ugolovnoy politiki: sovremennyye problemy ugolovnogo i ugolovno-protsessualnogo pravotvorchestva, primeneniya i kadrovogo obespecheniya* = [Implementation of criminal policy: modern problems of criminal and criminal-procedural law-making, application and personnel support]. Ed. A. A. Tarasov. Moscow: Justice. (In Russ.)

Tolpykin, V. Ye., 2009. [Nasiliye i nenasiliye kak formy proyavleniya i razresheniya sotsial'nykh protivorechiy i konfliktov]. *Filosofiya prava* = [Philosophy of Law], 6, pp. 7–11. (In Russ.)

Список использованной литературы

Арямов А. А., Колыванцева М. А. Альтернативные формы решения уголовно-правового конфликта : моногр. М. : Юрлитинформ, 2017. 192 с.

Бабаев М. М., Пудовочкин Ю. Е. Репрессивное решение социальных проблем: причины и последствия // Всероссийский криминологический журнал. 2016. Т. 10, № 3. С. 419–430.

Бабаев М. М., Пудовочкин, Ю. Е. Российская уголовная политика XXI века : моногр. М. : Юрлитинформ, 2020. 208 с.

Бабаев М. М., Пудовочкин Ю. Е. Уголовное наказание в конфликтологическом контексте // Вестник юридического факультета Южного федерального университета. 2015. № 1 (3). С. 15–26.

Балафендиев А. М. Освобождение от уголовной ответственности в связи с позитивным посткриминальным поведением: социально-правовые предпосылки, сущность и систематизация видов : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Казань, 2010. 27 с.

Бурлаков В. Н. Модернизация уголовного закона и ее результаты // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XII Междунар. науч.-практ. конф. (29–30 янв. 2015 г.). М. : РГ-Пресс, 2015. С. 34–37.

Гилинский Я. И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2009. 504 с.

Гилинский Я. И. Уголовное законодательство в современной России: критические заметки // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XII Междунар. науч.-практ. конф. (29–30 янв. 2015 г.). М. : РГ-Пресс, 2015. С. 38–41.

Гладких В. И. Системные проблемы российской уголовной политики // Обеспечение национальной безопасности – приоритетное направление уголовно-правовой, криминологической и уголовно-исполнительной политики : материалы XI Рос. конгр. угол. права, посвящ. памяти д-ра юрид. наук, проф. Владимира Сергеевича Комиссарова, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2018 г. М. : Юрлитинформ, 2018. С. 58–61.

Денисова А. В. Обеспечение безопасного сосуществования людей в обществе как главная цель российского уголовного права // Обеспечение национальной безопасности – приоритетное направление уголовно-правовой, криминологической и уголовно-исполнительной политики : материалы XI Рос. конгр. угол. права, посвящ. памяти д-ра юрид. наук, проф. Владимира Сергеевича Комиссарова, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2018 г. М. : Юрлитинформ, 2018. С. 65–68.

Иванов Н. Г. Качество уголовного закона и социальная значимая ценность, нуждающаяся в криминализации // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XIV Междунар. науч.-практ. конф. (26–27 янв. 2017 г.). М. : Оригинал-Макет, 2017. С. 77–80.

Карпец И. И. Наказание: Социальные, правовые и криминологические проблемы. М. : Юрид. лит., 1973. 287 с.

Козлов А. П. Уголовная политика: ее некоторые уголовные просчеты применительно к действующему УК // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели : материалы VII Рос. конгр. угол. права (31 мая – 1 июня 2012 г.). М. : Проспект, 2012. С. 99–108.

Коробеев А. И. Уголовно-правовая политика России: от рассвета до застоя // Современная уголовная политика: поиск оптималь-

ной модели : материалы VII Рос. конгр. угол. права (31 мая – 1 июня 2012 г.). М. : Проспект, 2012. С. 112–115.

Коробеев А. И. Уголовно-правовая политика России: от генезиса от кризиса : моногр. М. : Юрлитинформ, 2019. 352 с.

Лапшин В. Ф. Правовой анализ освобождения от уголовной ответственности по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели : материалы VII Российского конгр. угол. права (31 мая – 1 июня 2012 г.). М. : Проспект, 2012. С. 133–136.

Лобанова Л. В. О некоторых новеллах уголовного законодательства и балансе форм и методов уголовно-правовой политики // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели : материалы VII Рос. конгр. угол. права (31 мая – 1 июня 2012 г.). М. : Проспект, 2012. С. 145–150.

Лунеев В. В. Эпоха глобализации и преступность. М. : Инфра-М, 2015. 272 с.

Матвеева Я. М. Альтернативные способы решения уголовно-правового конфликта в уголовном праве России: современность и перспективы // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XIV Междунар. науч.-практ. конф. (26–27 янв. 2017 г.). М. : Оригинал-Макет, 2017. С. 139–142.

Михайлов В. И. Предназначение уголовного закона и теория правомерного вреда // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели : материалы VII Рос. конгр. угол. права (31 мая – 1 июня 2012 г.). М. : Проспект, 2012. С. 177–185.

Никуленко А. В. Перспективы уголовной политики в сфере законодательного закрепления новых обстоятельств, регламентирующих правомерное причинение вреда // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели : материалы VII Рос. конгр. угол. права (31 мая – 1 июня 2012 г.). М. : Проспект, 2012. С. 186–191.

Орешкина Т. Ю. Система примечаний к статьям Особенной части УК РФ нуждается в совершенствовании // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели : материалы VII Рос. конгр. угол. права (31 мая – 1 июня 2012 г.). М. : Проспект, 2012. С. 200–207.

Пикуров Н. И. Ограниченность возможностей уголовного закона в предупреждении социальных конфликтов в условиях реформирования социально-экономических отношений // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели : материалы VII Рос. конгр. угол. права (31 мая – 1 июня 2012 г.). М. : Проспект, 2012. С. 220–221.

Рарог А. И. Приоритеты российской уголовно-правовой политики // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XII Междунар. науч.-практ. конф. (29–30 янв. 2015 г.). М. : РГ-Пресс, 2015. С. 13–17.

Реализация уголовной политики: современные проблемы уголовного и уголовно-процессуального правотворчества, применения и кадрового обеспечения / А. А. Тарасов, А. Р. Шарипов, М. Б. Кострова и др. ; под общ. ред. А. А. Тарасова. М., 2017. 246 с.

Сверчков В. В. Концептуальные основы решения проблем освобождения от уголовной ответственности : автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2008. 60 с.

Толпыкин В. Е. Насилие и ненасилие как формы проявления и разрешения социальных противоречий и конфликтов // Философия права. 2009. № 6. С. 7–11.

Хлебушкин А. Г. Социальный контракт и легитимность уголовно-правового воздействия // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XI Междунар. науч.-практ. конф. (30–31 янв. 2014 г.). М. : Проспект, 2014. С. 47–51.

Information about the author / Информация об авторе

Denis A. Garbatovich, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Deputy Director for Research, Ural Branch, Russian State University of Justice (160 Pobedy Av., Chelyabinsk, 454135, Russian Federation)

Гарбатович Денис Александрович, кандидат юридических наук, доцент, заместитель директора по научной работе Уральского филиала Российского государственного университета правосудия (Российская Федерация, 454135, г. Челябинск, пр. Победы, д. 160).

E-mail: garbatovich@mail.ru

Submitted 28.09.2020; reviewed 30.10.2020; revised 02.02.2021.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 28.09.2020; дата одобрения после рецензирования: 30.10.2020; дата принятия статьи к опубликованию: 02.02.2021.

УДК 347.9+347.12
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.69-85

Способы защиты публично-правовых интересов в цивилистическом процессе

С. А. Бурмистрова

Уральский филиал ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Челябинск, Российская Федерация
lelsi@yandex.ru

Аннотация
Введение. В российском законодательстве и правовой науке нет общего перечня способов защиты публично-правовых субъективных прав и интересов. В итоге одни способы защиты применяются широко, другие имеют значительно меньшее применение, что ведет к слабой защищенности прав и интересов, которые могли бы получить защиту такими способами.
Теоретические основы. Методы. При проведении исследования автор опирался на следующие идеи:
– социальные интересы, регулируемые правом (правовые интересы), подразделяются на интересы с максимальной (субъективные права), минимальной (законные интересы) и промежуточной (законные интересы, которые актом правоприменения могут быть преобразованы в субъективные права) вероятностью достижения социального блага, на которое они направлены;
– правовые интересы в процессе реализации проходят ряд стадий, в каждой из которых они могут быть особым образом нарушены. Зная, что представляет собой нарушение в каждой из стадий, можно безошибочно выбрать меру или совокупность мер защиты – способ защиты;
– значимость реализации правовых интересов для общества не одинакова. Общая (публичная) значимость ведет к тому, что интерес регулируется публичным правом. Частная значимость интереса влечет регулирование его частным правом.
Результаты исследования. Обосновано, что отношения, возникающие по поводу реализации публично-правовых интересов, могут базироваться на подчинении или равенстве, в связи с чем субъекты публично-правовых отношений могут обладать властным, подвластным и равным статусом.
Представлена система мер и мероприятий, которые следует применять при нарушениях публично-правовых интересов властных, подвластных и равных участников публично-правовых отношений на различных этапах реализации таких интересов.
Обсуждение и заключение. Полученные результаты способны послужить основой для совершенствования процессуальных средств защиты и производств по защите публично-правовых интересов.

Ключевые слова: обладатели публично-правовых интересов, реализация публично-правовых интересов, публично-правовая деятельность, действия по защите, меры и мероприятия по защите публично-правовых интересов, способы защиты

Для цитирования: Бурмистрова С. А. Способы защиты публично-правовых интересов в цивилистическом процессе // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 1. С. 69–85. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.69-85.

© Бурмистрова С. А., 2021

The measures to protect public legal interests in the civil process

Svetlana A. Burmistrova

Ural Branch, Russian State University of Justice, Chelyabinsk, Russian Federation
For correspondence: lelsi@yandex.ru

Abstract

Introduction. The civil legislation of Russia has a list of general ways to protect civil rights. There is comprehensive list of ways to protect public-law subjective rights and interests either in legislation or in legal science. As a result, some methods of protection that are explicitly named in the law are widely used in practice and have been sufficiently studied in science, while others that do not have direct legislative support are little or practically not used in practice, which leads to weak protection of rights and interests that could be protected by such methods.

Theoretical Basis. Methods. In order to make the most complete list of the methods of protecting public-law subjective rights and interests and, if possible, bring such methods into the system, the author of the article proceeded from the following ideas:

– social interests regulated by law (legal interests) have a different probability of achieving the object (the social good they are aimed at) and are divided into three categories, namely interests with a maximum (subjective rights), minimum (legitimate interests) and intermediate probability of achieving the object (legitimate interests that can be transformed into subjective rights by an act of law enforcement);

– legal interests in the implementation process go through a number of stages, each of which can be violated in a special way. Knowing what constitutes a violation in each of the stages, allows an accurate choice of a method of protection from the range of availale measures;

– the importance of implementing legal interests for the society is not the same. General (public) significance leads to the fact that the interest is regulated by public law. The private significance of an interest entails its regulation by private law.

Results. It is argued that public and private entities can be carriers of public legal interests.

It is proved that relations arising from the implementation of public-legal interests can be based on subordination or equality, and therefore the subjects of public-legal relations can have a powerful, subordinate and equal status.

The article presents a system of measures and measures that should be applied in cases of violations of public-legal interests of powerful, subordinate and equal participants in public-legal relations at various stages of the implementation of such interests.

Discussion and Conclusion. The results obtained can serve as a basis for improving the procedural means of protection and proceedings for the protection of public legal interests.

Keywords: holders of public-legal interests, implementation of public-legal interests, public-legal activities, actions to protect, measures to protect public-legal interests, methods of protection

For citation: Burmistrova, S. A., 2021. The measures to protect public legal interests in the civil process. *Pravosudie/Justice*, 3(1), pp. 69–85. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.69-85.

Введение

В российском праве нет такого суммарного перечня общих способов защиты публично-правовых прав и интересов, какой имеют гражданские права и который содержится в ст. 12 Гражданского кодекса Российской Федерации (части первой) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от

31.07.2020)[1]. В результате отдельные, поименованные в цивилистическом процессуальном законодательстве способы защиты публичных прав и интересов, такие как оспаривание нормативных правовых актов и актов, обладающих нормативными свойствами [Никитин, С. В., 2010], оспаривание актов, решений, действий (бездействия) представителей власти [Хахалева, Е. В., 2011; Гатин, А. А., 2011], глубоко доктринально проработаны и широко применяются в судебной практике. Другие же, непоименованные способы защиты публично-правовых субъективных прав и законных интересов остаются малоисследованными и, как следствие, мало применяются судами, что ведет к слабой защищенности этих прав и интересов, которые могли бы получить защиту такими способами.

Обозначенная научная проблема, по нашему мнению, является следствием другой, более глобальной – проблемы неопределенности критерия разграничения права на публичное и частное, которую в настоящее время нельзя считать окончательно решенной. Данная проблема не позволяет увидеть полную картину публично-правовых прав и интересов, понять, какими способами (путями) такие права и интересы могут оказаться нарушенными. Это, в свою очередь, не позволяет исследовать пути противодействия таким нарушениям, т. е. способы защиты и соответствующие таким способам защитные действия и их совокупность (меры и мероприятия).

В итоге часть публично-правовых прав и интересов получает защиту посредством производства, для этого не предназначенного (гражданского), несовершенными являются система процессуальных средств (инструментов) защиты таких прав и интересов, система основных производств, направленных на защиту публично-правовых прав и интересов в административном судопроизводстве и производстве по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, арбитражного процесса.

Теоретические основы. Методы

Объектом исследования являются общественные отношения, складывающиеся в процессе выбора меры или совокупности мер (иными словами – способа) защиты публично-правовых интересов.

Исследование основано на идее, впервые выдвинутой Р. Иерингом, о том, что право регулирует деятельность участников общественных отношений по реализации их интересов [Иеринг, Р., 1991, с. 3, 5 и др.; Иеринг, Р., 1881, с. 315 и др.]. В связи с тем, что поведение по реализации интересов является предметом правового регулирования, такие интересы в более ранних работах автора настоящей статьи предложено именовать правовыми [Бурмистрова, С. А., 2020, с. 20 и след.].

[1] Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

Все правовые интересы являются объектами правовой охраны и защиты, но они различаются таким качеством, как вероятность достижения объекта (социального блага), на который такие интересы направлены. У одних интересов вероятность достижения блага максимальная, поскольку они имеют урегулированный правом или вытекающий из естественного хода жизни определенный механизм реализации, ведущий их к благу, такие интересы считаются обеспеченными субъективными правами. У других интересов вероятность того, что деятельность заинтересованного лица приведет к желаемому результату, минимальна ввиду того, что механизм их реализации неопределенен, и такие интересы, не опосредованные субъективными правами, логично называть законными интересами. Существует и третий вид правовых интересов – интересы, вероятность достижения объекта у которых изначально минимальна, но силой правоприменительного акта может стать максимальной, обрести механизм реализации в виде субъективного права. Такие интересы автор предлагает именовать промежуточными.

Реализация правовых интересов имеет разную значимость для общества. Реализация (или нереализация) одних интересов важна только для участников конкретного правоотношения и потому регулируется частным правом, в то время как реализация других интересов имеет значимость для всего общества, его части или неопределенного круга лиц и регулируется публичным правом.

Таким образом, автор настоящего исследования полагает, что в основе деления права на частное и публичное находится степень общественной значимости (соответственно частная или общая) реализации регулируемого правом (правового) интереса.

Интересами, реализация которых может иметь общественное значение, способны обладать как публичные субъекты (общество, его часть, неопределенный круг лиц), так и частные (граждане и организации), при этом различие между первыми и вторыми состоит в том, что первые непосредственно не участвуют в реализации таких интересов, от их имени действуют уполномоченные субъекты; вторые же реализуют публично-правовые интересы самостоятельно. Данный тезис позволил показать полный состав обладателей публично-правовых интересов и их возможный статус в публично-правовых отношениях (властный, подвластный, равный).

В одной из более ранних публикаций автором была показана система способов защиты правовых интересов, опирающаяся на то, какие этапы проходит правовой интерес в процессе реализации и какие нарушения могут произойти на каждом из них [Бурмистрова, С. А., с. 92–93].

В настоящей статье автор отстаивает идею о том, что реализация публично-правового интереса предполагает прохождение тех же этапов, что проходят частноправовые интересы. Однако обладатели частноправовых

интересов всегда равны, обладатели же публично-правовых интересов могут занимать в правоотношении властное, подвластное и равное с другим участником положение. Это, в свою очередь, означает наличие трех (соответствующих властному, подвластному и равному статусу субъектов публично-правовых отношений) форм реализации публично-правовых интересов, они же – формы публично-правовой деятельности. Соответственно, трехкратно множится число путей, которыми могут быть нарушены публично-правовые интересы.

В настоящей работе показано, какие меры и мероприятия, направленные на защиту публично-правовых интересов, соответствуют формам публично-правовой деятельности властных, подвластных и равных участников публично-правовых отношений.

Результаты исследования

Для решения проблемы системности способов (в том числе мер и мероприятий) защиты публично-правовых интересов необходимо попытаться решить проблему критерия деления права на частное и публичное, поскольку без построения полной картины публично-правовых интересов невозможно понять весь спектр их возможных нарушений и вести работу по систематизации способов борьбы с такими нарушениями.

Интерес зарубежных исследователей к проблеме разграничения права на публичное и частное постоянен. Предметом изучения выступают как общетеоретические [Pound, R., 1989; Cebera, A., 2014; Sunstein, C., 1986; Marshaw, J., 1989], отраслевые [Sunstein, C., 1985], так и прикладные аспекты проблемы [Riekkinen, M., 2016; Armstrong, S., 2016; Backer, L., 2008; Perez, A., 2001].

Довольно много времени прошло с тех пор, как Р. Иеринг предложил для разграничения частного и публичного права использовать совокупность критериев (характер интереса, основание и способ защиты) [Иеринг, Р., 1875, с. 181–183].

В современном зарубежном праве существуют примеры использования для разграничения публичного и частного права как одиночных критериев, так и их совокупностей.

Например, Leslie Mulholland полагает, что в основе частного права находится свобода субъектов в выборе ими вариантов своего поведения, в то время как публичное право устанавливает строгие правила, регулирующие содержание и порядок осуществления поведения субъектов общественных отношений [Mulholland, L., 1993].

Точка зрения Randy Barnett является примером того, как задачу разграничения публичного права и частного предлагается решить с помощью набора критериев [Barnett, R., 1986]. Ученый полагает, что частное и публичное право имеют различное правовое регулирование следующих четырех аспектов:

1) значение, которое имеет правоотношение в обществе, – общее или частное;

2) лицо, имеющее право обращения за защитой, – уполномоченное или лицо, обращающееся за защитой собственных прав и интересов;

3) субъекты, устанавливающие правила поведения. В публичном праве правила, по которым возникает и развивается правоотношение, установлены нормативно, в частном же сценарий развития правоотношения создают лица, вступающие в такое правоотношение;

4) процедура принудительной реализации порядка, по которому должно было развиваться правоотношение. В публичном праве для указанной цели используются властные институты государства. Частное право допускает использование как публично-правовых, так и частноправовых институтов защиты.

В отечественной правовой науке на текущий момент имеется несколько подходов к выделению критерия деления права на публичное и частное.

1. Субъектный состав

Л. А. Шарнина отмечает, что публичные интересы принадлежат обществу, неопределенному количеству людей [Шарнина, Л. А., 2005, с. 4–6].

А. Ю. Ломаев в качестве характерного признака публичного интереса выдвигает неперсонифицированность его носителя, в силу чего в этой роли может выступать не только общество в целом или государство, но и группа граждан и гражданин [Ломаев, А. Ю., 2012, с. 5–7].

Согласно третьей вариации названного подхода частное право регулирует правоотношения граждан (подданных) между собой, т. е. правоотношения между лицами, подчиненными не один другому, а органам публичной власти и в этом смысле равными друг другу. Публичное же право регулирует правоотношения, где одной из сторон обязательно является государство или его часть в лице уполномоченных органов [Матузов, Н. И. и Малько, А. В., 2004, с. 320].

2. Метод построения правоотношений (теория субординации и координации)

По мнению сторонников этого подхода, правоотношения между юридически равными субъектами регулируются частным правом, а правоотношения между юридически властвующим и подчиненным (подвластным) – правом публичным [Борисова, Л. В., 2013, с. 15].

3. Способ защиты прав участников

Согласно данному подходу инициатива защиты частноправовых интересов принадлежит заинтересованному лицу, в то время как защита публично-правовых интересов осуществляется не в инициативном порядке, а по нормативному предписанию [Муромцев, С. А., 2004, с. 169].

4. Характер интереса

В соответствии с данной позицией частное право направлено на удовлетворение и охрану индивидуальных интересов, а публичное – общих интересов [Соколова, С. С., 2008, с. 324].

По мнению автора настоящей работы, все приведенные выше точки зрения опираются на второстепенные, не являющиеся сущностными признаки публичного и частного права. Думается, в основе разграничения права на частное и публичное лежит значение правового интереса, реализация которого регулируется тем или иным правом. Реализация правового интереса может иметь общее, важное для всего общества или его значительной части значение (и тогда такие отношения регулируются публичным правом) или частное, важное только для участников данного правоотношения значение (и тогда отношения регулируются частным правом).

А субъектный состав правоотношения, метод построения правоотношения, способ защиты прав участников и характер интереса в том значении, которое им придают процитированные авторы, являются уже вторичными признаками предмета регулирования публичного и частного права.

При внимательном рассмотрении оказывается, что как в публично-правовых, так и в частноправовых отношениях участвуют, по сути, одни и те же субъекты. Не случайно Пленум Верховного Суда Российской Федерации в п. 75 Постановления «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 23 июня 2015 г. № 25[2] разъяснил, что нарушение сделкой, не соответствующей закону, прав публично-правового образования не свидетельствует о том, что имеет место нарушение публичных интересов.

Метод построения правоотношения также не является определяющим признаком, поскольку публично-правовые отношения могут быть основаны как на подчинении, так и на равенстве субъектов. Примером последних могут служить правоотношения в сфере передачи отдельных публичных полномочий для осуществления другим властным субъектом или лицом, не входящим в структуру государственного или муниципального аппарата; правоотношения в сфере межбюджетного кредитования и др. Утверждать, что такие правоотношения, будучи основанными на равенстве участников, преследуют частноправовой интерес и регулируются частным правом, было бы в корне ошибочно.

Способ защиты прав участников правоотношения в том смысле, что вкладывают в это понятие авторы указанного критерия, также не может служить критерием разграничения права на частное и публичное, потому что он не учитывает того, что публично-правовые интересы (интересы, реализация которых имеет значение для всего общества) могут принадлежать индивидуальным субъектам (гражданам или юридическим лицам). Такие субъекты самостоятельно принимают решение об обращении за защитой интересов, без какого бы то ни было побуж-

[2] Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 8.

дения к этому со стороны законодательства. Примером может служить все то же обращение за оспариванием нормативных правовых актов или актов, обладающих нормативными свойствами, лиц, к которым был применен такой акт или которые являются участниками регулируемых актом правоотношений.

Четвертый из приведенных выше критериев – характер интереса – в своем наименовании возражений не вызывает. Не можем согласиться с тем смыслом, что вкладывается в упомянутое понятие. С. С. Соколова [2008, с. 324], на наш взгляд, повторила ошибку, допускаемую и другими исследователями: допустила смешение двух критериев – субъект (носитель) интереса и характер интереса. В частности, Е. В. Храмова в своем диссертационном исследовании пишет: «…по сфере правового регулирования выделяются частный, частно-публичный и публичный интересы», а публично-правовой интерес включает в себя две видовые категории: государственный и общественный интересы [Храмова, Е. В., 2011, с. 8].

В действительности же носителями, обладателями интересов являются:

• индивидуальные (они же – частные, т. е. граждане и организации) субъекты, выражающие и собственными действиями реализующие свой собственный, личный интерес;

• общие (они же – публичные, состоящие из трудно определимого множества единиц: общество, его значительная часть, неопределенный круг лиц) субъекты, интересы которых представляют и реализуют уполномоченные властные органы и лица, а непосредственные обладатели интереса являются лишь выгодоприобретателями результатов реализации принадлежащих им интересов уполномоченными субъектами.

И те и другие выделенные согласно субъекту-носителю интересы могут иметь значимость как для всего общества (и тогда они регулируются публичным правом), так и только для участников конкретного правоотношения (и в этом случае они регулируются частным правом).

Следовательно, по субъекту интересы делятся на частные и публичные, а по характеру – на частноправовые и публично-правовые.

В ходе работы над настоящей статьей автору не удалось отыскать трудов зарубежных авторов, которые бы решали задачу приведения в систему существующих способов защиты публично-правовых интересов. Были обнаружены труды, посвященные отдельным способам защиты публично-правовых интересов, например, таким, как неприменение судом закона, который представляется судье нарушающим конституцию, и разрешение спора с опорой непосредственно на нормы конституции государства [Marshaw, J., 1979].

В отечественной правовой науке ведется работа по обоснованию как отдельных, так и совокупности способов защиты публично-правовых интересов.

В частности, А. В. Аргуновым [2017; 2019] и В. В. Аргуновым [2017] последовательно отстаивается идея о том, что публично-правовые интересы должны получать защиту путем признания особых фактов и состояний.

А. Б. Зеленцов [2012, с. 127–128] в основу создания перечня административных исков поместил весьма обширный состав способов защиты субъективных публичных прав:

1) иски о законности или о признании недействительными административных актов (решений и действий) органов публичной власти;

2) иски о восстановлении права или о полном судебном разбирательстве, которые подразделяются на иски: а) об установлении, изменении или прекращении административного правоотношения; б) о возмещении ущерба, причиненного неправомерными действиями администрации; в) о подтверждении или признании какого-либо субъективного публичного права; г) об исполнении обязательства; д) об издании административного акта (совершении действия), в котором заинтересован истец;

3) административно-наказательные иски (о привлечении к административной ответственности и об оспаривании решений о привлечении к административной ответственности);

4) иски в связи со спорами о компетенции органов публичной администрации;

5) иски по спорам, вытекающим из административных договоров.

Усилия уважаемых ученых, несомненно, имеют важное значение для развития правовой науки. Тем не менее, как представляется, работа по систематизации способов защиты публично-правовых интересов еще не завершена и требует продолжения.

В предшествующих работах автора настоящей статьи было обосновано, что реализация правовых интересов представляет собой процесс, состоящий из последовательно сменяющих друг друга стадий (образно выражаясь, подобно жизненному циклу живого организма), в каждой из которых объект реализации по-своему уязвим и потому может пострадать определенным образом. Это такие стадии, как:

– появление оснований возникновения правоотношения;
– возникновение правоотношения;
– реализация интереса одной из сторон;
– реализация интереса обеими сторонами;
– прекращение правоотношения.

Исходя из того, какие повреждения могут быть причинены интересу в каждой из стадий его реализационного цикла, была предложена система общих (применимых к любым интересам) способов защиты правовых интересов, состоящая из таких способов, как:

– создание условий для реализации;
– признание;
– предотвращение нарушения;

– пресечение нарушения;

– ликвидация последствий нарушения [Бурмистрова, С. А., 2019].

Существо отдельных из способов защиты также было освещено в предшествующих публикациях автора [Бурмистрова, С. А., 2018a; Бурмистрова, С. А., 2018b].

Нет оснований полагать, что реализационный цикл публично-правовых интересов отличается от реализационного цикла интересов частноправовых. Вместе с тем реализация публично-правовых интересов имеет существенные особенности, состоящие в том, что участник публично-правового отношения может иметь в таком правоотношении один из трех возможных статусов: властный, подвластный и равный. Этим статусам соответствуют определенные формы публично-правовой деятельности:

1) властным субъектам:

– издание нормативных правовых актов и актов, обладающих нормативными свойствами;

– издание индивидуальных властных актов (ненормативных правовых актов, принятие решений, совершение действий (бездействия);

2) подвластным субъектам:

– обращение к властным субъектам за изданием индивидуальных властных актов;

– соблюдение, исполнение, использование положений, содержащихся в нормативных правовых актах, актах, обладающих нормативными свойствами, и индивидуальных властных актах;

3) равным субъектам:

– заключение, исполнение, изменение, расторжение публично-правовых соглашений.

Совместив общие способы защиты правовых интересов с тем, в каких формах протекает реализация публично-правовых интересов, получаем *полную картину способов и мер защиты публично-правовых интересов в цивилистическом процессе*:

1) создание условий для реализации публично-правовых интересов, осуществляется посредством признания фактов:

– являющихся основанием возникновения опасного для общества правоотношения (такого, как свободное распространение материалов, содержащих информацию, распространение которой запрещено; свободное перемещение по территории государства лица, склонного к повторному совершению общественно опасных деяний, и др.);

– издания нормативного правового акта, в том числе конкретного содержания;

– издания индивидуального властного акта, в том числе определенного содержания;

– обращения к властным субъектам за изданием индивидуальных властных актов;

– соблюдения, исполнения, использования положений, содержащихся в нормативных правовых и индивидуальных властных актах;

– заключения, исполнения, изменения, расторжения публично-правового соглашения;

2) признание публично-правового интереса, реализуется посредством признания:

– публичного правоотношения;

– права у административного истца (заявителя);

– обязанности у административного ответчика (противоположного заинтересованного лица);

– характеристик объекта правоотношения;

3) предотвращение нарушения публично-правового интереса, должно осуществляться путем:

– признания нормативного правового акта, не вступившего в силу, не подлежащим применению;

– признания ненормативного правового акта, не вступившего в силу, незаконным;

4) пресечение нарушения, реализуется посредством:

– признания действующего нормативного правового акта недействующим; обязание к принятию замещающего нормативного правового акта (если законодательно установлена такая обязанность) в определенный срок;

– признания вступившего в силу ненормативного правового акта недействительным, решения, действия (бездействия) незаконными; определение содержания акта, решения, действия, которые надлежит совершить для устранения нарушения, и обязания к такому поведению;

– признания действий (бездействия) участника публично-правового соглашения незаконными; определения содержания действия (бездействия), которое надлежит совершить участнику публично-правового соглашения для устранения нарушения; обязание к совершению такого действия (бездействия);

– пресечения действий (бездействия) подвластного участника публично-правового отношения; принуждения к исполнению публично-правовой обязанности;

5) ликвидация последствий нарушения, достигается применением таких мер, как:

– признание незаконным нормативного правового акта, отмененного до вступления в силу или во время действия;

– признание незаконными отмененного или измененного ненормативного правового акта, решения, действия (бездействия);

– применение к участникам публично-правовых соглашений мер публично-правовой ответственности;

– привлечение подвластных участников публично-правовых отношений к административной ответственности.

Обсуждение и заключение

Таким образом, в рамках настоящей работы автор попытался обосновать критерий, в соответствии с которым следует отграничивать публично-правовые интересы от частноправовых; показать полную картину таких интересов (включающую интересы властных, подвластных, равных участников публичных правоотношений); продемонстрировать, как выглядит реализационный цикл публично-правовых интересов и в чем состоят отличия реализации публично-правовых интересов от осуществления частноправовых; показать, из чего состоит полная система способов и соответствующих способам мер и мероприятий по защите публично-правовых интересов.

Полученные результаты могут послужить основой для упорядочивания процессуальных средств защиты публично-правовых интересов; совершенствования системы основных производств по защите публично-правовых интересов в административном судопроизводстве и производстве по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, арбитражного процесса.

Список использованной литературы

Аргунов А. В. Особое производство в административном судопроизводстве // Проблемы судопроизводства по делам, возникающим из гражданских и административных правоотношений : сб. ст. по материалам междунар. науч.-практ. конф., Санкт-Петербург, 26 окт. 2016 г. СПб. : Петрополис, 2017. С. 34–40.

Аргунов А. В. Производство по делам о признании информационных материалов экстремистскими // Проблемы судопроизводства в суде первой инстанции по гражданским, арбитражным и административным делам : сб. ст. по материалам Междунар. науч.-практ. конф., Санкт-Петербург, 12 окт. 2018 г. / под общ. ред. Л. В. Войтович, В. И. Кайнова. СПб. : Петрополис, 2019. С. 31–39.

Аргунов В. В. Каким быть особому производству по административным делам: к проекту изменений в КАС РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 3. С. 62–75.

Борисова Л. В. Об основаниях (критериях) деления права на частное и публичное // Вестник МГОУ. Сер.: Юриспруденция. 2013. № 1. С. 11–17.

Бурмистрова С. А. Защита правовых интересов в гражданском и административном судопроизводстве. М. : Юрлитинформ, 2020. 280 с.

Бурмистрова С. А. Система способов защиты правовых интересов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2019. № 2. С. 91–94.

Бурмистрова С. А. Создание условий для реализации правовых интересов как способ их защиты // Журнал российского права. 2018a. № 3 (255). С. 17–27.

Бурмистрова С. А. Устранение угрозы нарушения и пресечение нарушения как способы защиты правовых интересов // Арбитражный и гражданский процесс. 2018b. № 5. С. 25–29.

Гатин А. А. Производство по делам об оспаривании ненормативных правовых актов, решений, действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих в гражданском и арбитражном процессе : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Казань, 2011. 22 с.

Зеленцов А. Б. Субъективное публичное право : учеб. пособие. М. : РУДН, 2012. 146 с.

Иеринг Р. Борьба за право / пер. С. И. Ершова. М.: Феникс, 1991. 64 с.

Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. СПб.: Тип. В. Безобразова и комп., 1875. 321 с.

Иеринг Р. Цель в праве / пер. Н. Ф. Дерюжинского, Н. В. Муравьева. СПб.: Изд-во Н. В. Муравьева, 1881. 425 с.

Ломаев А. Ю. Публичный интерес как правовая категория : автореф. … дис. канд. юрид. наук. Казань, 2012. 22 с.

Матузов Н. И. Теория государства и права : учебник. М. : Юристъ, 2004. 512 с.

Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. СПб. : Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та : Изд-во юрид. фак-та СПбГУ, 2004. 224 с.

Никитин С. В. Судебный нормоконтроль в гражданском процессе и арбитражном процессе: вопросы теории и практики : автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 2010. 49 с.

Соколова С. С. Интерес как критерий разграничения частных и публично-правовых отношений // Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена. 2008. № 82-1. С. 323–325.

Хахалева Е. В. Контроль судов общей юрисдикции за деятельностью органов исполнительной власти и их должностных лиц : автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Ростов-н/Д, 2011. 39 с.

Храмова Е. В. Защита публично-правовых интересов в арбитражном процессе : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2011. 22 с.

Шарнина Л. А. Частные и публичные интересы в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 4. С. 4–6.

Armstrong S. Clothing the gap on moral relativity: comparing human rights regimes in the United States and the Russian Federation // Russian Law Journal. 2016. Vol. 4, no. 1. P. 98–128.

Backer L. The Private Law of Public Law: public authorities as shareholders, golden shares, sovereign wealth funds, and the Public Law element in Private choice of Law // Tulane Law Review. 2008. Vol. 82. P. 1–67.

Barnett R. Four senses of the Public Law-Private Law distinction // Harvard Journal of Law & Public Policy. 1986. Vol. 9. P. 267–276.

Cebera A. The paradigms for distinguishing between Private Law and Public Law // Nauki Społeczne. 2014. Vol. 1, no. 8. P. 53–59.

Marshaw J. Constitutional deregulation: notes toward a public, Public Law // Tulane Law Review. 1979. Vol. 54. P. 849–876.

Marshaw J. The economics of politics and the understanding of Public Law // The University of Chicago Law Review. 1989. Vol. 65. P. 123–160.

Mulholland L. The difference between Private and Public Law // Jahrbuch für Recht und Ethik. Annual Review of Law and Ethics. 1993. Vol. 1. P. 113–158.

Perez A. The international recognition of judgments: the debate between Private and Public Law solutions // Berkeley Journal of International Law. 2001. Vol. 19. P. 44–89.

Pound R. Public Law and Private Law // Cornell Law Quarterly. 1939. Vol. XXIV, no. 4. P. 469–482.

Riekkinen M. Public participation and the rights of the child: reflection on international law standard in the legal system of Russian Federation // Russian Law Journal. 2016. Vol. 4, no. 4. P. 7–26.

Sunstein C. Interest groups in American Public Law // Stanford Law Review. 1985. Vol. 38. P. 29–87.

Sunstein C. Legal interference with private preferences // The University of Chicago Law Review. 1986. Vol. 53, no. 4. P. 1129–1174.

References

Argunov, A. V., 2017. [Special proceedings in administrative proceedings]. In: *Problemy sudoproizvodstva po delam, voznikayushchim iz grazhdanskih i administrativnyh pravootnoshenij* = [Problems of Legal Proceedings in Cases Arising from Civil and Administrative Legal Relations]. Collection of articles based on the materials of the international scientific and practical conference, St. Petersburg, Russia, 26 October 2016]. St. Petersburg: Petropolis. (In Russ.)

Argunov, A. V., 2019 [Proceedings on recognition of information materials as extremist]. *Problemy sudoproizvodstva v sude pervoj instancii po*

grazhdanskim, arbitrazhnym i administrativnym delam. = [Problems of Legal Proceedings in the Court of First Instance in Civil, Arbitration and Administrative Cases]. Collection of articles based on the materials of the international scientific and practical conference. St. Petersburg, Russia, 12 October 2018. St. Petersburg: Petropolis. (In Russ.)

Argunov, V. V., 2017. [What should special proceedings on administrative cases be like: to the draft amendments to the Code of administrative procedure of the Russian Federation]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossijskoj Federacii* = [Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation], 3, pp. 62–75. (In Russ.)

Armstrong, S., 2016. Clothing the gap on moral relativity: comparing human rights regimes in the United States and the Russian Federation. *Russian Law Journal*, 4(1), pp. 98–128.

Backer, L., 2008. The Private Law of Public Law: public authorities as shareholders, golden shares, sovereign wealth funds, and the Public Law element in Private choice of Law. *Tulane Law Review*, 82, pp. 1–67.

Barnett, R., 1986. Four senses of the Public Law-Private Law distinction. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 9, pp. 267–276.

Borisova, L. V., 2013. [On the grounds (criteria) of dividing the law into Private and Public]. *Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo oblastnogo universiteta. Ser.: Yurisprudenciya* = [Bulletin of the Moscow State University. Series "Jurisprudence"], 1, pp. 11–17. (In Russ.)

Burmistrova, S. A., 2018a. [Creating conditions for the implementation of legal interests as a way to protect them]. *Zhurnal rossijskogo prava* = [Journal of Russian Law], 3 (255), pp. 17–27. (In Russ.) DOI: 10.12737/art_2018_3_2

Burmistrova, S. A., 2018b. [Elimination of the threat of violation and suppression of violations as ways to protect legal interests]. *Arbitrazhnyj i grazhdanskij process* = [Arbitration and Civil Process], 5, pp. 25–29. (In Russ.)

Burmistrova, S. A., 2019. [System of ways to protect legal interests]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika* = [Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice], 2, pp. 91–94. (In Russ.)

Burmistrova, S. A., 2020. *Zashchita pravovyh interesov v grazhdanskom i administrativnom sudoproizvodstve* = [Protection of legal interests in civil and administrative proceedings]. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)

Cebera, A., 2014. The paradigms for distinguishing between Private Law and Public Law. *Nauki Społeczne*, 1 (8), pp. 53–59.

Gatin, A. A., 2011. *Proizvodstvo po delam ob osparivanii nenormativnykh aktov, resheniy, deystviy (bezdeystviya) gosudarstvennykh organov, organov mestnogo samoupravleniya, organov mestnogo samoupravleniya,*

ofitsial'nykh lits, gosudarstvennykh i munitsipal'nykh sluzhashchikh v grazhdanskom i arbitrazhnom protsesse = [Proceedings in cases on challenging non-normative legal acts, decisions, actions (inaction) of state bodies, bodies of local self-government, other bodies, officials, state and municipal employees in the civil and arbitration process]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Kazan. (In Russ.)

Jhering, R., 1875. *The spirit of Roman law at various stages of its development.* St. Petersburg: V. Bezobrazov Printing house and company. (In Russ.)

Jhering, R., 1881. *The goal is right.* St. Petersburg: N. V. Muravyov Publishing House. (In Russ.)

Jhering, R., 1991. *The struggle for the right.* Moscow: Phoenix. (In Russ.)

Khakhaleva, E. V., 2011. *Control of courts of General jurisdiction over the activities of Executive authorities and their officials.* Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Rostov-on-Don. (In Russ.)

Khramova, E. V., 2011. *Protection of public-legal interests in the arbitration process.* Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Saratov. (In Russ.)

Lomaev, A. Yu., 2012. *Publichnyy interes kak pravovaya kategoriya* = [Public interest as a legal category]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Kazan. (In Russ.)

Marshaw, J., 1979. Constitutional deregulation: notes toward a Public, Public Law. *Tulane Law Review*, 54, pp. 849–876.

Marshaw, J., 1989. The economics of politics and the understanding of Public Law. *The University of Chicago Law Review*, 65, pp. 123–160.

Matuzov, N. I. and Malko, A. V., 2004. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Textbook. Moscow: Yurist. (In Russ.)

Mulholland, L., 1993. The difference between Private and Public Law. *Jahrbuch für Recht und Ethik. Annual Review of Law and Ethics*, 1, pp. 113–158.

Muromtsev, S. A., 2004. *Opredelenie i osnovnoe razdelenie prava* = [Definition and main division of law]. St. Petersburg: St. Petersburg State University Publishing House; Publishing House of the Faculty of Law of St. Petersburg State University. (In Russ.)

Nikitin, S. V., 2010. *Sudebnyy normokontrol' v grazhdanskom protsesse i arbitrazhnom protsesse: voprosy teorii i praktiki* = [Judicial norm control in civil proceedings and arbitration proceedings: issues of theory and practice]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Perez, A., 2001. The international recognition of judgments: The debate between Private and Public Law solutions. *Berkeley Journal of International Law*, 19, pp. 44–89.

Pound, R., 1939. Public Law and Private Law. *Cornell Law Quarterly*, XXIV(4), pp. 469–482.

Riekkinen, M., 2016. Public participation and the rights of the child: reflection on international law standard in the legal system of Russian Federation. *Russian Law Journal*, 4(4), pp. 7–26.

Sharnina, L. A., 2005. [Private and public interests in constitutional law]. *Konstitucionnoe i municipal'noe pravo* = [Constitutional and Municipal Law], 4, pp. 4–6. (In Russ.)

Sokolova, S. S., 2008. [Interest as a criterion for distinguishing private and public relations]. *Izvestiya Rossijskogo gosudarstvennogo pedagogicheskogo universiteta im. A. I. Gercena* = [Bulletin of the Herzen Russian State Pedagogical University], 82-1, pp. 323–325. (In Russ.)

Sunstein, C., 1985. Interest groups in American Public Law. *Stanford Law Review*, 38, pp. 29–87.

Sunstein, C., 1986. Legal Interference with Private Preferences. *The University of Chicago Law Review*, 53(4), pp. 1129–1174.

Zelentsov, A. B., 2012. *Sub'ektivnoe publichnoe pravo* = [Subjective public right]. Textbook. Moscow: RUDN. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Бурмистрова Светлана Александровна, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского процессуального права Уральского филиала Российского государственного университета правосудия (Российская Федерация, 454135, г. Челябинск, ул. Энергетиков, д. 63а)

Svetlana A. Burmistrova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Head of the Civil Proceedings Law Department, Ural Branch, Russian State University of Justice (63a Energetikov St., Chelyabinsk, 454135, Russian Federation).

E-mail: lelsi@yandex.ru

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 23.10.2020; дата одобрения после рецензирования: 08.11.2020; дата принятия статьи к опубликованию: 02.02.2021.

Submitted 23.10.2020; reviewed 08.11.2021; revised 02.02.2021.

УДК 347.921.1
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.86-112

Институт отвода судьи в гражданском процессе: исторический аспект

М. Е. Поскребнев

ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Российская Федерация
forceline@mail.ru

Аннотация

Введение. Статья посвящена исторической ретроспективе института отвода судьи в гражданском процессе. За основу исследования была взята древнеримская модель устранения (отвода) судей в республиканском и императорском периодах развития римского частного права. На базе древнеримской модели были сформированы основные элементы отвода, которые использовались автором при анализе отвода в русской и российской истории развития гражданского процесса.

Теоретические основы. Методы. Исследованы следующие исторические периоды развития института: 1) период с Соборного уложения 1649 г. на Руси до Свода законов гражданских 1832 г. в России; 2) период действия Устава гражданского судопроизводства 1864 г.; 3) советский период; 4) современный период. Российский дореволюционный и советский периоды развития института отвода судьи в гражданском процессе были рассмотрены особо. Такой подход обусловлен тем, что в эти периоды развития института правила отвода наиболее детализированы, сходны с современными правилами отвода.
В исследовании использованы исторический метод, метод анализа и сравнения.

Результаты исследования. Результатами исследования являются: 1) ознакомление читателя с историей развития отвода судьи в гражданском процессе; 2) проведение сравнительного анализа развития института в разные периоды истории, формирование на этой основе выводов о генезисе отвода; 3) выявление тенденции развития института отвода, а также выдвижение предложений о перспективах его реформирования.
Современный отвод является преемником советского отвода, поэтому ему присущи все указанные в настоящей статье основные отличительные черты советского отвода. Состоявшиеся изменения отвода в новейшее время можно сгруппировать следующим образом. Во-первых, это изменения, связанные с судебной реформой: с введением в качестве основного единоличного состава рассмотрения дела; с усилением независимости судей и с расширением примирительных процедур. Эти изменения подробно изложены в статье. Во-вторых, изменение отвода, которое является следствием допущения признания судьи подозрительным в любое время судебного разбирательства, а также отсутствия ответственности для недобросовестных заявителей отвода. Это новое правило, запрещающее дважды заявлять отвод тем же лицом, по тем же основаниям. Второе изменение является попыткой современного законодателя скорректировать ошибку в правилах советского отвода, в которых был допущен отвод подозрительного судьи без ограничения во времени.

Обсуждение и заключение. Дальнейшее существенное изменение правил отвода на современном этапе возможно путем перехода к коллегиальному рассмотрению гражданских дел. В таком случае отвод может быть пересмотрен кардинально, в нем может быть усилено состязательное начало с учетом исторического опыта. Однако рассмотрение

© Поскребнев М. Е., 2021

гражданских дел коллегиальным составом потребует увеличения времени на судебное разбирательство. Высокая судебная нагрузка по гражданским делам пока не позволяет этого сделать, поэтому существенные изменения возможны в отдаленной перспективе или по ограниченным категориям наиболее важных дел, например по делам о лишении родительских прав. Представляется, что в ближайшей перспективе сохранится тенденция изменения отвода косвенным образом, т. е. под влиянием отвлеченных факторов судебной реформы. В качестве борьбы с недобросовестными отводами уже в ближайшее время можно предложить следующие изменения: во-первых, ограничить во времени отводы подозрительных судей; во-вторых, ввести штраф за неподтвержденный отвод.

Ключевые слова: отвод судьи в гражданском процессе, устранение судьи, recusatio, мотивы отвода, форма отвода, относительно неспособный судья, самоотвод, недобросовестный заявитель отвода

Для цитирования: Поскребнев М. Е. Институт отвода судьи в гражданском процессе: исторический аспект // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 1. С. 86–112. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.86-112.

The Institution of Recusal of Judges in Civil Proceedings: Historical Aspect

Maxim E. Poskrebnev

Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation
For correspondence: forceline@mail.ru

Abstract

Introduction. This article is devoted to the study of the history of the development of the institution of recusal in civil proceedings. A number of separate norms of the Civil Procedure Code of the Russian Federation are devoted to the institution of recusal of a judge in civil proceedings. A correct understanding of these norms is possible with the help of their historical analysis. The study of the historical aspect of the institution of recusal of a judge in civil proceedings can be useful in developing new legislative initiatives on this issue, and can also contribute to the removal of controversial issues in this area.

Theoretical Basis. Methods. A number of historical periods in the development of judicial recusal were studied: the period from the Council Code of 1649 in Russia to the Code of Civil Laws of 1832 in Russia, the period of the Charter of Civil Proceedings of 1864, the Soviet period, and the modern period. Special attention is paid to the Russian pre-revolutionary and Soviet periods of development of the institution of judicial recusal in civil proceedings. This approach is due to the fact that in these periods of development of the Institute, the rules of withdrawal are most similar to the modern rules of withdrawal. The study uses the historical method, as well as the method of analysis and comparison.

Results. The results of the study are: familiarise the reader with the history of recusal in civil proceedings; a comparative analysis of the development of the Institute in different periods of history, the formation on this basis conclusions about the Genesis of the withdrawal; identify trends in the development of the institution of disqualification and the proposals on the prospects of its reforming.

Discussion and Conclusion. The modern recusal is a receiver of the Soviet recusal, so it has all the main distinctive features of the Soviet recusal indicated in this article. Recent changes of the recusal can be grouped as follows. First, these are changes related to the judicial reform. These changes are detailed in the article. Secondly, the change of the recusal, which is a consequence of allowing the recognition of the judge as suspicious at any time of the trial, as well as the lack of responsibility for unscrupulous applicants of the recusal. The first group of changes is the result of judicial reform in general. The second change is an attempt by the modern legislator to correct

an error in the rules of Soviet recusal, in which the recusal of a suspicious judge was allowed without a time limit.

Keywords: recusation of a judge in civil proceedings, removal of a judge, *recusatio*, reasons for recusation, form of recusation, relatively incapable judge, recusation, unfair recusant

For citation: Poskrebnev, M. E., 2021. The Institution of Recusal of Judges in Civil Proceedings: Historical Aspect. Pravosudie/Justice, 3(1), pp. 86–112. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.86-112.

Введение

В гражданском процессе судья призван защищать нарушенные или оспариваемые частноправовые интересы (ст. 2 ГПК РФ). Он должен выполнить обязанность государственного характера (осуществить правосудие), но в частноправовых, чужих интересах. Если же судья будет преследовать частноправовые интересы, то окажется действующим не в качестве органа судебной власти государства, а в качестве частного лица. Таким образом, судья не может исполнять свои государственные обязанности в таком деле, в котором предмет спора входит в круг его частноправовых интересов, так как этот судья может проявить необъективность. Однако судья может оказаться пристрастным не только относительно предмета спора, но и в пользу других лиц, той или иной стороны по делу. Причины, побуждающие к этому судью, могут быть весьма разнообразными [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 6]. В обоих случаях пристрастный судья должен быть устранен от разрешения такого дела, т. е. этот судья подлежит отводу.

Институту отвода судьи в гражданском процессе посвящен ряд обособленных норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (ГПК РФ). Правильное представление об этих нормах возможно при помощи их исторического анализа. Исследование исторического аспекта института отвода судьи в гражданском процессе может быть полезным при разработке новых законодательных инициатив в этом вопросе, а также может способствовать снятию спорных вопросов в этой области.

Теоретические основы. Методы

Объектом исследования в настоящей статье выступает институт отвода судьи в гражданском процессе. Исследование объекта осуществлялось в исторической ретроспективе. За основу исследования взята древнеримская модель устранения (отвода) судей в республиканский и императорский периоды развития римского частного права. Эти два периода биполярны: одному периоду свойственно максимально частное начало (jus privatum), другому – максимально публичное начало (jus publicum), поэтому рассмотрение одного и того же явления в этих полярно различных условиях весьма продуктивно. Исследовать измене-

ния отвода судьи, произошедшие в связи со сменой исторических эпох в римском праве, не было необходимости, так как эти изменения уже были исследованы видным ученым Е. А. Нефедьевым [Нефедьев, Е. А., 1885]. В связи с этим мы воспользовались результатами исследований Е. А. Нефедьева для сравнивания частного и публичного начала в отводе судьи и вычленили основные конструктивные элементы устранения судьи, которые использовались для ориентиров в исследовании отвода судьи в истории развития русского и российского гражданского процесса.

При рассмотрении дореволюционного периода развития института (вторая половина XIX в.) для лучшего уяснения функционирования отвода в это время были исследованы французские правила отвода XIX в. Сравнительный подход обусловлен тем, что французская доктрина гражданского процесса повлияла на формирование взглядов российских ученых, работавших во времена Судебной реформы 1864 г. Французский Гражданский процессуальный кодекс 1806 г. ко времени принятия Судебных уставов 1864 г. признавался лучшим в Европе [Аргунов, А. В., 2013, с. 73]. Кроме того, французская модель отвода судьи в гражданском процессе более состязательна, чем российская модель. Исследуя французскую модель, мы также придерживались метода сравнения более частного (французского) и более публичного (российского) начала в развитии отвода судьи в гражданском процессе. Это сравнение позволило сформулировать продуктивные, интересные выводы исследования.

Российский дореволюционный и советский периоды развития института отвода судьи в гражданском процессе рассмотрены особо. Такой подход обусловлен тем, что в эти периоды развития института правила отвода наиболее детализированы, сходны с современными правилами отвода. Исследование исторического аспекта развития института дало возможность увидеть перспективы развития отвода в дальнейшем.

Таким образом, в статье использовались в основном исторический метод, метод анализа и сравнения.

Результаты исследования

Римский период

Устранение пристрастного судьи было известно уже римскому праву в период Республики. В ординарном процессе (ordo judiciorum privatorum), на этапе перехода из стадии in jure в стадию in judicio, магистрат (претор) выдавал норму (формулу), по которой затем следовало судиться в in judicio. В формуле определялись не только норма, но и судья (народный представитель) для стадии in judicio. Судью выбирали стороны из определенного списка лиц, составленного претором (Album judicum selectorum).

Истец предлагал одно из этих лиц ответчику в судьи, а ответчик мог принять его или отвергнуть. Такой отказ ответчика признать судьей то лицо, на которое указал истец, был устранением или *отводом судьи (recusatio)* [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 9–10]. Ответчик здесь не обязан был указывать причины, по которым он отводил кандидатуру судьи; он отводил лицо в судьи лишь потому, что не ждал от него справедливого решения. Предложения лиц в судьи от истца поступали ответчику до тех пор, пока тот не одобрял соответствующую кандидатуру. Принятие ответчиком в судьи лица, предложенного истцом, означало, что обе стороны согласны судиться у этого лица. В таком случае претор назначал им это лицо в судьи в стадии in judicio для дальнейшего разрешения дела, т. е. заключалось litis contestatio относительно выбранного судьи [Хвостов, В. М., 1919, с. 227]. Поскольку судья был добровольно выбран обеими сторонами, после litis contestatio стороны не только не могли заявлять ему отводы, но и должны были его решение принять добровольно.

Если ответчик злоупотреблял своим правом отводить судей, предлагаемых истцом, и претор убеждался в том, что ответчик делает это сознательно с целью уклониться от процесса, то претор признавал такого ответчика indefensus (незащищающимся), вследствие чего истец вводился во владение имуществом ответчика [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 10].

Таким образом, отвод здесь выполнял роль некой формы избрания судьи для разбора дела. Как видно, эта форма была во многом диспозитивного свойства, соответствующей римскому частному праву (jus privatum) [Муромцев, С. А., 2004, с. 694].

К магистрату не мог быть применим отвод (recusatio), поскольку, во-первых, этот отвод выступал диспозитивной формой избрания судьи, а магистрат не избирался сторонами; во-вторых, в отводе магистрата не было для сторон и практической надобности, так как он не разбирал дело по существу, следовательно, не мог проявлять личного усмотрения в оценке фактической стороны его, так что пристрастные отношения его к той или другой стороне не могли оказывать влияния на исход процесса. Что же касается взгляда магистрата на юридическую сторону процесса, который он формулировал в первой стадии in jure, то здесь стороны должны были подчиниться ему, даже если он и был неправильным [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 16]. Однако магистрат должен был уклониться от исполнения своих обязанностей в деле, где он сам являлся стороной, а также в деле своей жены, детей, отпущенников и других лиц, состоящих под его отеческой властью.

В императорский период римского права в экстраординарном процессе (extra ordinem) разделение процесса на две части (in jure и in judicium) было устранено, поэтому в стадии judicium стороны больше не избирали судью [Покровский, И. А., 1998, с. 219–220; Боголепов, Н. П., 2004, с. 495]. В этот период магистрат сам рассматривал дело целиком. Следовательно, отвод как форма избрания судьи был отменен. Однако отвод

стал применяться в другой форме: им можно было отстранить подозрительного магистрата.

В период Республики в римском праве стороны добровольно выбирали судью и добровольно подчинялись ему. Этот процесс был в большей степени частным (jus privatum). В императорский период стороны уже никого не выбирали, магистрат им был навязан, и сторонам приходилось мириться с его властью (компетенцией), признавать ее императивно (публично), поэтому этот процесс был в большей степени процессом публичного права (jus publicum) [Муромцев, С. А., 2004, с. 695; Покровский, И. А., 1998, с. 221]. Отвод, однако, не был отменен и в этом смысле оставался jus privatum первого периода, поскольку хотя и не позволял выбрать магистрата, но все же позволял высказать нежелание принять власть магистрата в процессе. В силу публичности процесса здесь не может уже идти речь и о немотивированном отводе, как это было в частном процессе периода Республики. Сторона, заявившая отвод, обязана была указать, по каким конкретно причинам она не желала власти магистрата в процессе, а именно – в чем подозревался магистрат относительно компетенции по делу. Эти причины были для сторон заранее определены. Весьма публичным было и то, что, если даже магистрат признавался подозрительным к делу, он не устранялся от рассмотрения дела вовсе. Для рассеивания подозрений к нему добавляли еще одного судью (conjudex), и дело рассматривалось ими совместно [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 20]. Учитывая то, что прежний частный порядок избрания судьи был нарушен, отвод дозволялось заявить уже не только ответчику, но и истцу. Кроме того, несмотря на то что стороны отводом больше не выбирали судью, они все равно после litis contestatio не могли заявлять отвод магистрату.

В этот период имело место и исключение: если магистрат в силу сильной занятости не мог рассмотреть дело сам, он мог передать его на рассмотрение другого чиновника (помощника). В таком случае к этому чиновнику могли быть применены некоторые элементы порядка предыдущего периода. Например, как и раньше, стороны могли отводить этого чиновника без объяснения причин. Если отвод удовлетворялся, то чиновник заменялся арбитрами, которых обязаны были избрать стороны [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 20].

Из этого краткого обзора можно усмотреть отдельные конструктивные элементы, которые составляли устранение судьи в Древнем Риме:

1) форма отвода:

– отвод как форма избрания судьи заявлялся частному судье ответчиком;

– отвод как форма отстранения от рассмотрения дела заявлялся магистрату сторонами;

– самоотвод заявлялся и частным судьей, и магистратом;

2) мотивация отвода:

– немотивированный отвод заявлялся частному судье;

– мотивированный отвод заявлялся магистрату;

3) ограничение отвода во времени:

– отвод возможно было заявить только до litis contestatio в обоих периодах, хотя относительно магистрата сторонам должно было быть разрешено заявить отвод и после litis contestatio;

4) положительный результат отвода:

– замена частного судьи;

– присоединение к подозрительному магистрату еще одного магистрата, не вызывающего подозрений.

Для наглядности рассмотрим эти элементы в таблице:

Таблица 1 / Table 1

<table>
<tr><th>Конструктивные элементы устранения судьи / Structural elements of the judge's recusal</th><th>Период Республики, с преобладанием в процессе jus privatum / Period of the Republic, with jus privatum dominating the process</th><th>Императорский период, с преобладанием в процессе jus publicum / Imperial period, with the jus publicum dominating the process</th></tr>
<tr><td rowspan="2">1. Форма отвода / Form of recusal</td><td>отвод как форма избрания судьи заявлялся частному судье ответчиком / recusal as a form of election of a judge was made to a private judge by the defendant</td><td>отвод как форма отстранения от рассмотрения дела заявлялся магистрату сторонами / recusal as a form of disqualification was made to the magistrate by the parties</td></tr>
<tr><td colspan="2">Самоотвод / Self-recusal</td></tr>
<tr><td>2. Мотивация отвода / Ground for recusal</td><td>немотивированный отвод заявлялся частному судье / an unmotivated recusal was made to a private judge</td><td>мотивированный отвод заявлялся магистрату / a reasoned recusal was made to a magistrate</td></tr>
<tr><td>3. Ограничение отвода во времени / Time restriction of recusal</td><td colspan="2">отвод возможно было заявить только до litis contestatio в обоих периодах, хотя относительно магистрата в императорский период сторонам должно было быть разрешено заявить отвод и после litis contestatio / recusal could only be made before litis contestatio in both periods, although in relation to a magistrate in the imperial period the parties had be allowed to make a recusal even after litis contestatio</td></tr>
<tr><td>4. Положительный результат отвода / A positive outcome of recusal</td><td>замена частного судьи / replacement of a private judge</td><td>присоединение к подозрительному магистрату еще одного магистрата, не вызывающего подозрений / joining a suspicious magistrate with another magistrate who is beyond suspicion</td></tr>
</table>

Как видно, конструктивные элементы устранения судьи в римском праве изменились в связи с изменением самого римского права: в нем усилилось публичное начало (jus publicum) и, соответственно, ослабло частное начало (jus privatum).

Период с Соборного уложения 1649 г. на Руси до Свода законов гражданских 1832 г. в России

При царе Алексее Михайловиче судьями выступали воеводы, которые назначались на эту должность милостью государя и отстранялись им без объяснения причин [Дмитриев, Т., 1859, с. 303]. Таким образом, воевода был лицом административного ведомства, поэтому его вполне можно сравнить с римским магистратом периода Империи. Как и в Риме, отвод воевод был явлением скорее публичного свойства (jus publicum), т. е. его конструктивные элементы были во многом сходны с элементами, характерными для отвода в римском праве времен императора, с которыми мы ознакомились в таблице.

Как и в Риме в императорский период, на Руси по форме отвод был устранением государственного чиновника от рассмотрения дела; отстранить можно было конкретного судью либо перенести дело в другой город [Дмитриев, Т., 1859, с. 395]. Отвод на Руси должен был быть мотивированным. Мотивы тяжущегося были следующие: личная его вражда с судьей, дружба или родство судьи с противником [Дмитриев, Т., 1859, с. 395]. Эти мотивы, по мнению Е. А. Нефедьева, были достаточно неопределенными, поэтому при рассмотрении отвода их можно было широко толковать. Кроме того, на высших судей, заседавших в приказах, отводы рассматривал сам царь, который, как полагал Е. А. Нефедьев, руководствовался указанными мотивами в меньшей степени. Царь предпочитал отводом решать вопрос о том, можно ли вообще челобитчику искать или отвечать перед тем судьей, против которого было заявлено подозрение. Челобитные приказы, куда подавались отводы на областных судей, перенимая практику царя, также действовали больше на свое усмотрение, чем руководствовались мотивами для отвода, изложенными в законе [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 89].

Как и в Риме, во времена Уложения на Руси было установлено ограничение отвода во времени. Однако на Руси отвод во времени ограничивался не litis contestatio, а решением суда [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 89]. Соответственно, если тяжущийся до вынесения решения не заявлял отвод, то он не мог требовать пересмотра этого решения только на основании того, что считал судью подозрительным, а именно: тяжущийся должен был заявить о подозрении в суде до постановления решения, а значит, если он в суде промолчал, то признал судью неподозрительным. В свою очередь, отвод после решения в форме жалобы в высокой степени вызывал подозрение в добросовестности такого жалобщика, который тем самым мог волокитить это дело.

Следует отметить, что после решения все же возможен был еще один специфический отвод. Скорее это был даже не отвод, а обвинение в уголовном порядке. Тяжущийся мог заявить на судью, если тот судил пристрастно по посулам. В таком случае жалобщику давали с судьей очную ставку, потом проводили допрос свидетелей, которых каждый приводил

в свою пользу. Уличенного в пристрастии судью подвергали взысканию в пользу тяжущегося тройной цены иска и уголовному наказанию. Если же жалоба оставалось неудовлетворенной, жалобщика подвергали взысканию бесчестия в пользу судьи в тройном размере иска, а также наказывали кнутом [Дмитриев, Т., 1859, с. 438].

Самоотвод единоличного судьи на Руси времен Уложения был недопустим. Однако самоотвод члена коллегиального суда – Боярской Думы – был возможен. Отводимые члены должны были выйти из присутствия, не дожидаясь заявления отвода, когда разбирались дела их самих или близких им людей [Кавелин, К., 1844, с. 81].

Положительным результатом отвода единоличного судьи становилась замена судьи. Дело передавалось другому судье из ближайшего города в пределах 150 верст [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 86].

Отвод по Краткому изображению процессов 1716 г. Петра I также оставался отводом весьма публичного свойства. Это было обусловлено тем, что военное устройство государства при Петре I предусматривало суд из 13 офицеров высшего состава во главе с генералом войска. Соответственно, отвод должен был быть мотивированным. Заявленный одному из офицеров отвод рассматривался в отсутствие тяжущегося и отводимого офицера. При положительном рассмотрении отвода офицер подлежал замене другим офицером, при отказе в удовлетворении отвода тяжущегося наказывали [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 94–95]. В эпоху Воинского устава самоотводы не применялись. Однако позднее, с введением повсеместно коллегиального состава для гражданских дел, самоотвод был восстановлен (по реформе о судопроизводстве 1723 г.) [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 96–97]. Однако уже в 1724 г. было велено, чтобы судья сам не устранялся даже при наличии оснований для отвода, но ждал отвода истца или ответчика. В то же время, поскольку Указ от 1723 г. не был отменен, принято было, что судья сам не устранялся, но, если знал о причинах отвода, должен был сообщить об этом в присутствие [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 99]. Указанные правила позднее вошли в состав Свода законов гражданских 1832 г. [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 100].

Любопытно что в Своде законов отвод был сокращен во времени. Обращение с отводом стало возможным только до начала производства по делу [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 100–101]. Это сокращение во времени было вполне логичным, поскольку заявление отвода в момент, предшествующий моменту вынесения решения суда, как было раньше, аннулировало всю судебную деятельность суда, проделанную к этому моменту, т. е. аннулировалось все произведенное судебное разбирательство. Здесь мы не можем не отметить сходство ограничения отвода во времени по Своду законов с ограничением отвода во времени в Риме (до litis contestatio).

Самоотвод по Своду законов был допустим при обращении отводимого к остальным членам суда со ссылкой на неспособность рассматривать дело, последние в свою очередь решали, удовлетворять такой отвод или нет.

Период действия Устава гражданского судопроизводства 1864 г.

По Уставу гражданского судопроизводства (УГС) 1864 г. ограничение отвода во времени было сохранено. Устранение судьи тяжущимися в окружном суде допускалось не позднее первого заседания, «разве бы причина к устранению возникла впоследствии, в течение производства» (ст. 669 УГС[1]). Просьба об устранении мирового судьи истцом должна была быть заявлена вместе с иском, а ответчиком – не позднее первой явки на суд (ст. 196 УГС[2]).

Допускались самоотвод и мирового и окружного судьи, а также их отвод по заявлению тяжущихся (ст. 195 и 668 УГС[3]). Обе формы отвода должны были быть мотивированными. Мотивы для обоих форм отвода были определены в законе: наличие тяжбы между судьей и одним из тяжущихся, родственная связь или имущественная зависимость их друг от друга (ст. 195, 667 УГС[4]).

Как и другие институты процессуального права в России второй половины XIX в., институт устранения (отвода) судьи был подробно и основательно урегулирован. Процедура отвода окружного судьи была следующей: отвод заявлялся тяжущимся отводимому судье, который не позднее следующего заседания обязан был тяжущемуся дать отзыв на этот отвод; замедление с отзывом было допустимо при условии согласия судьи с отводом, в противном случае отзыв судьи, возражавшего против отвода, рассматривался судом без участия отводимого судьи, по выслушивании заключения прокурора, в закрытом заседании; определение суда об устранении судьи обжалованию не подлежало, напротив, отказ в устранении судьи мог быть обжалован в трехдневный срок в суд, постановивший определение; эта жалоба должна была быть немедленно отсылаема в высший суд; до рассмотрения высшим судом жалобы отводимый судья не мог принимать участия в рассмотрении дела; если отвод заявлялся нескольким судьям и оставшихся судей не хватало для постановления определения об отводе, то производство по делу останавливалось и заявление об отводе вместе с отзывами отводимых судей передавались на рассмотрение высшего суда; положительный результат отвода судьи приводил к тому, что высший суд для пополнения числа судей назначал судебных следователей или почетных мировых

---

1 Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Издание Государственной канцелярии. Часть первая. СПб. : Тип. Второго Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1866. С. 313.

2 Там же. С. 101.

3 Там же. С. 100–101, 313.

4 Там же.

судей или же передавал дело в другой суд равной степени (ст. 671–678 УГС[5]).

Процедура отвода мирового судьи была следующей: отвод заявлялся истцом или ответчиком до первого судебного заседания; признав отвод основательным, мировой судья отстранялся от рассмотрения иска и передавал его со всеми материалами другому запасному мировому судье; если мировой судья не соглашался с отводом, то он не позднее двух дней с момента подачи требования об отводе передавал требование вместе со своими объяснениями на рассмотрение в мировой съезд (ст. 196–198 УГС[6]); отвод об устранении членов мирового съезда предъявлялся председателю съезда до открытия заседания по делу и разрешался мировым съездом без участия отводимого судьи после выслушивания прокурора (ст. 199 УГС[7]).

Для сравнения приведем пример алгоритма устранения судьи по французскому праву XIX в. Отвод подавался секретарю, который передавал его председателю в течение 24 часов. Далее отвод слушался в судебном заседании при участии прокурора, который давал заключение. Предметом этого заседания был не сам отвод, но проверка допустимости или недопустимости отвода по закону; соответственно, обстоятельства, на которые указывал тяжущийся как на причину отвода, оставались пока незатронутыми. Заседание это проходило в отсутствие тяжущихся и отводимого судьи, более того, пока не было получено положительного определения о допустимости отвода по закону, отводимый судья не должен был знать об отводе. Однако после признания отвода допустимым отводимого судью информировали об отводе, и он должен был дать отзыв относительно отвода. В таком случае движение по делу приостанавливалось. Если судья давал положительный отзыв на отвод, признавал его обоснованным, только на этом основании выносилось определение об отводе судьи. Если же судья отрицал факты, на которых основывал отвод тяжущийся, то последний должен был доказать их основательность в суде.

Если обоснованность отвода не была доказана, то отводимый судья продолжал рассматривать дело, а тяжущийся подвергался штрафу. Штрафу тяжущийся подвергался и в случае, если отвод был признан недопустимым, а также в случае пропуска срока, установленного для отвода. Более того, если основания отвода касались чести отводимого судьи, то он мог взыскать с тяжущегося убытки. Однако в последнем случае судья терял право продолжать ведение дела, по которому был заявлен от-

---

[5] Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. С. 313–314.

[6] Там же. С. 101.

[7] Там же. С. 101.

вод, поскольку, заявляя иск об убытках, судья становился противником тяжущемуся[8].

Следует отметить одну особенность, на которую указал Е. А. Нефедьев. Французское производство по устранению судьи разрешалось без состязания сторон, поскольку спор здесь был не между сторонами, а между тяжущимся, предъявившим отвод, и отводимым судьей[9]. Эта особенность являлась веской причиной, по которой второй тяжущийся, противник заявителя отвода, не получал состязательных бумаг по заседанию об устранении судьи и даже не извещался о самом заседании по отводу судьи.

В этой особенности обращает на себя внимание то, что спор об отводе – это спор между заявителем отвода и отводимым судьей. Следовательно, возникает резонный вопрос: в случае отказа в удовлетворении заявления об отводе возможно ли дальнейшее рассмотрение дела отводимым судьей? Если дело рассматривалось между тяжущимся, заявившим отвод, и отводимым судьей, то этот судья становился как бы противником тяжущегося, заявившего отвод, при рассмотрении заявления об отводе. Можно ли предполагать, что отводимый судья впоследствии будет объективен к делу с участием этого тяжущегося – противника?

Конечно, эта ситуация разительно отличается от ситуации, когда отводимый судья предъявляет иск о взыскании убытков, связанных с честью отводимого судьи. Здесь отводимый судья не перестает быть противником тяжущемуся в период возобновления рассмотрения дела по существу. Однако тот факт, что в период рассмотрения основного дела судья, рассматривающий его, становится одному из тяжущихся противником по делу об отводе, может поколебать беспристрастность при участии такого судьи в рассмотрении основного дела. Подозрение такого судьи в пристрастии (вражде) к тяжущемуся, заявившему ранее отвод, т. е. к бывшему противнику, не исключается. Следовательно, эта вражда может вылиться в отрицательное решение для тяжущегося, заявившего ранее отвод. Устранение такого судьи от дела вряд ли было бы здесь целесообразным и справедливым, ведь в отводе судьи тяжущемуся было отказано. В то же время если признать, что объективность в таком случае все же может быть поколеблена, то, пожалуй, выходом могло бы быть добавление еще одного судьи (conjudex), как в римском праве, и продолжение рассмотрения в дальнейшем дела ими совместно. Так или иначе, французское производство по рассмотрению вопроса об устранении судьи дает образец отвода судьи. Видно, что французское законодательство регулировало отвод судьи более подробно, чем российский Устав гражданского судопроизводства.

---

[8] Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. С. 54–56.

[9] Там же. С. 56.

Советский период

В Положении о Народном Суде РСФСР 1920 г. вопросам отвода были посвящены ст. 50–52, 58[10]. Эти нормы дают представление об устранении судьи в ранний советский период. Отвод можно было заявить любому члену коллегии суда, т. е. и народному судье, и народному заседателю (ст. 50). Рассмотрение происходило в отсутствие члена суда, которому был заявлен отвод (абз. 2 ст. 51), на место которого привлекался запасной заседатель (абз. 1 ст. 51). Время подачи отвода было ограничено, отвод должен был быть заявлен при открытии судебного заседания (абз. 1 ст. 51). Здесь же председательствующий должен был специально разъяснить сторонам их право заявить отвод членам суда (ст. 58). Член суда подлежал самоотводу, если был «прямо или косвенно заинтересован в исходе дела или находился в родстве, или особых отношениях к сторонам» (ст. 52). По этим же основаниям отводился судья сторонами.

В этом Положении ничего не говорится о положительном результате отвода. Можно предположить, что в таком случае дело подлежало рассмотрению с участием запасного заседателя или судьи. Также не обнаруживается указаний на ответственность заявителя отвода в случае признания отвода неосновательным.

В Гражданском процессуальном кодексе РСФСР (ГПК РСФСР) 1923 г.[11] статей, посвященных отводу, было предусмотрено еще меньше, чем в Положении о Народном Суде РСФСР. Алгоритм отвода по первому советскому ГПК РСФСР 1923 г. был следующим: как и по Положению, отвод можно было заявить и судье, и народному заседателю (ст. 104); время подачи отвода было ограничено, отвод должен был быть заявлен «до начала разбора дела по существу» (ст. 102); мотивацией для отвода были: заинтересованность члена суда в исходе дела и особые отношения с тяжущимся (ст. 104); по этим основаниям член суда мог быть отведен сторонами либо должен был устраниться сам; в отличие от Положения о Народном Суде, в ГПК РСФСР 1923 г. нет указаний на необходимость устранения отводимого члена суда при рассмотрении отвода; указание на то, что председательствующий должен разъяснить право об отводе при открытии заседания, в ГПК РСФСР 1923 г. также отсутствует. С другой стороны, в отличие от Положения о Народном Суде, в ГПК РСФСР 1923 г. указано на последствия положительного рассмотрения отвода; при удовлетворении отвода отводимый член суда заменялся другим; если по устранении народного

---

[10] Декрет ВЦИК от 21 октября 1920 г. «Положение о Народном Суде Российской Социалистической Федеративной Советской Республики». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[11] Постановление ВЦИК от 10 июля 1923 г. «О введении в действие Гражданского Процессуального Кодекса Р.С.Ф.С.Р.» (вместе с «Гражданским Процессуальным Кодексом Р.С.Ф.С.Р.»). Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

судьи замена его в этом суде была затруднительной, то дело подлежало передаче в другой суд (ст. 103); как и в Положении, в ГПК РСФСР 1923 г. отсутствуют указания на ответственность заявителя отвода в случае признания отвода неосновательным.

Значительно более подробная регламентация устранения судьи в советском гражданском процессе была сформулирована в ГПК РСФСР 1964 г.[12]

Как и ранее, отводу подлежали и судья, и народный заседатель. Отвод был так же ограничен во времени: он должен был заявляться до начала рассмотрения дела по существу. Председательствующий должен был разъяснить лицам, участвующим в деле, их право заявлять отводы при открытии судебного заседания (ст. 154). Однако впервые ограничение на подачу отвода во времени подверглось оговорке – законодатель допустил заявление отвода позднее в случаях, когда основание для него сделалось известным суду или лицу, заявившему отвод, после начала рассмотрения дела (абз. 2 ст. 22). Как и ранее, законодатель сформулировал общие основания для признания судьи пристрастным. Судья и народный заседатель подлежали отводу, если они лично прямо или косвенно были заинтересованы в исходе дела или имелись иные обстоятельства, вызывающие сомнение в их беспристрастности (ст. 17, п. 3 ст. 18). В то же время, в отличие от ГПК РСФСР 1923 г., в новом ГПК РСФСР 1964 г. законодатель указал, что обыкновенного подозрения в беспристрастности судьи уже недостаточно, отвод должен быть мотивированным (абз. 2 ст. 22). К уже указанным общим основаниям подозрения судьи (ст. 17) были добавлены еще три конкретных мотива для отвода: во-первых, член суда подлежал отводу, если он при предыдущем рассмотрении дела участвовал в нем в качестве свидетеля, эксперта, переводчика, представителя, прокурора, секретаря судебного заседания (п. 1 ст. 18); во-вторых, он подлежал отводу, если являлся родственником сторон, других лиц, участвующих в деле, или представителей, а также родственником другому члену суда (п. 2 абз. 1 и абз. 2 ст. 18); в-третьих, член суда подлежал отводу, если он уже принимал участие в рассмотрении этого дела в качестве судьи в иной инстанции (ст. 19). По этим основаниям член суда подлежал отводу со стороны лиц, участвующих в деле, а также должен был заявить самоотвод (абз. 1 ст. 22). Субъектный состав заявителей отвода в новом ГПК РСФСР 1964 г. был расширен: ранее отвод могли заявлять только стороны, теперь законодатель установил, что подавать заявление об отводе может любое лицо, участвующее в деле.

Впервые был подробно изложен порядок разрешения заявленного отвода. В случае заявления отвода суд должен был выслушать мнение лиц, участвующих в деле, а также заслушать отводимого судью, если последний желал дать объяснения. Вопрос об отводе судьи разрешался осталь-

[12] ГПК РСФСР (утв. Верховным Советом РСФСР 11 июня 1964 г.). Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

ными судьями в отсутствие отводимого судьи. При равном количестве голосов, поданных за отвод и против отвода, судья считался отведенным. Вопрос об отводе разрешался в совещательной комнате. Отвод, заявленный нескольким судьям или всему составу суда, разрешался этим же судом в полном составе простым большинством голосов (ст. 23).

Впервые были подробно сформулированы последствия положительного рассмотрения отвода.

1. В случае отвода члена суда или всего состава суда при рассмотрении дела в районном (городском) народном суде дело рассматривалось в том же суде, но в ином составе судей. Дело подлежало передаче на рассмотрение в другой районный (городской) народный суд, если в районном (городском) народном суде, где рассматривалось дело, замена судьи оказалась невозможной.

2. В случае отвода члена суда или всего состава суда при рассмотрении дела в Верховном Суде РСФСР, Верховном суде автономной республики, краевом, областном, городском суде, суде автономной области и суде национального округа дело рассматривалось в том же суде, но в другом составе судей.

3. Дело должно было быть передано в Верховный Суд РСФСР, если в Верховном суде автономной республики, краевом, областном, городском суде, суде автономной области и суде национального округа после удовлетворения отводов было невозможно образовать новый состав судей для рассмотрения данного дела (ст. 24).

Как видно, в ГПК РСФСР 1964 г. советский институт отвода судьи был сформулирован наиболее полно. Данное обстоятельство позволяет сравнить дореволюционный отвод с советским отводом и указать **основные отличительные черты** последнего.

Во-первых, как и до революции, в советском ГПК РСФСР 1964 г. были сформулированы конкретные мотивы для отвода. Однако эти мотивы отличались от тех, которые были изложены в УГС 1864 г. Основаниями для отвода по УГС были: 1) наличие тяжбы между судьей и одним из тяжущихся, 2) их родственная связь, 3) их имущественная зависимость друг от друга. Основанием для отвода по ГПК РСФСР 1964 г. были: 1) участие судьи ранее в деле в том или ином качестве (прокурор, эксперт, свидетель либо судья в другой инстанции по этому же делу и др.); 2) родственная связь с лицом, участвующим в деле, или с другим членом суда; 3) заинтересованность в исходе дела или иные обстоятельства, вызывающие сомнения в беспристрастности судьи.

Таким образом, в советское время в качестве мотива для отвода не называлась имущественная взаимозависимость судьи и лица, участвующего в деле, однако этот мотив косвенно вытекал из формулировки «заинтересованность в исходе дела» (ст. 17 ГПК РСФСР 1964 г.). В советский период для отвода также не называлось такое основание – наличие тяжбы между судьей и лицом, участвующим в деле. Однако и этот мотив

можно было вывести из формулировки ГПК РСФСР 1964 г. – «иные обстоятельства, вызывающие сомнения в беспристрастности судьи» (ст. 17 ГПК РСФСР 1964 г.). Наличие родственных связей между судьей и тяжущимся, пожалуй, является тем мотивом, в котором УГС 1864 г. и ГПК РСФСР 1964 г. принципиально не расходятся.

Несмотря на различные формулировки мотивов в ГПК РСФСР 1964 г. и в УГС, мы можем видеть, что все те основания для отвода, которые конкретно названы в УГС, в более расширительных формулировках излагаются в ГПК РСФСР 1964 г. Отсутствие широких формулировок в УГС комментаторы объясняли тем, что такие общие формулировки мотивов могли повлечь злоупотребления и волокиту дел со стороны тяжущихся[13]. В этой связи дореволюционному законодателю пришлось достаточно конкретно формулировать мотивы для отвода в УГС. Как видно, советский законодатель пошел другим путем и предусмотрел в ГПК РСФСР 1964 г. широкое толкование мотивов к отводу, по-видимому, не опасаясь злоупотреблений и волокиты со стороны лиц, участвующих в деле.

Во-вторых, отличительной чертой правил отвода, изложенных в ГПК РСФСР 1964 г., была возможность заявить отвод после открытия судебного заседания в случаях, когда основание для отвода сделалось известным суду или лицу, участвующему в деле, после начала рассмотрения дела. Правила УГС в подобном случае разрешали отвод не позднее первого заседания, даже если бы причина отвода возникла впоследствии, в ходе производства по делу.

Относительно ограничения времени для отвода, изложенного в УГС, Е. А. Нефедьев высказывался весьма критично. Укажем его замечания по этому поводу.

> *В зависимости от оснований отвода Е. А. Нефедьев подразделил судей на: 1)* ***абсолютно неспособных****, т. е. таких судьей, которые вообще не могли претендовать на должность судьи или членство в коллегиальном составе, например недееспособные судьи или судьи – родственники членов коллегии; 2)* ***относительно неспособных****, т. е. таких судьей, неспособность участия которых в деле определена в законе: наличие тяжбы между судьей и тяжущимся; родственная связь или имущественная зависимость их друг от друга (ст. 667 УГС); 3)* ***подозрительных судей****, т. е. судей, подозрения на участие которых в деле прямо не предусмотрены в законе, однако эти подозрения вытекают из тех или иных соображений тяжущихся. Абсолютная способность судьи проверялась при вступлении в должность, требования к ней были определены в судоустроительных нормах (Учреждение судебных установлений), либо эта способность проверялась председателем коллегиального состава при его формировании, дабы исключить родственников в составе. Относительная способность судьи была строго опре-*

[13] Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. С. 313.

делена в процессуальном акте (ст. 667 УГС). Следовательно, рассмотрение дела абсолютно неспособным или относительно неспособным судьей приводило к ничтожности решения. Абсолютная и относительная способности судьи составляли одно из предположений процесса. Устранение абсолютно неспособного и относительно неспособного судей совершалось в интересах государства, в публичном интересе. Иначе дело обстояло с подозрительным судьей: основания для подозрения не указывались конкретно в законе, но содержались в общих формулировках: «заинтересован в исходе дела», «иные обстоятельства, вызывающие сомнение в беспристрастности судьи» и т. п. Соответственно, эти подозрения могли возникнуть у тяжущихся, и они были заинтересованы в том, чтобы их заявить и отвести подозрительного судью. Тем самым устранение подозрительного судьи совершалось по просьбе и в интересах тяжущихся [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 7–8, 14, 30]. В отличие от французского процессуального законодательства и законодательства древней Руси, УГС 1864 г. не предусматривал основания для отвода подозрительного судьи.

Указанные замечания Е. А. Нефедьева имеют существенное значение для определения момента ограничения отвода. Относительно неспособный судья подлежал отводу независимо от времени рассмотрения дела: ведь его неспособность строго определена законом. Способность такого судьи являлась публичным предположением процесса, следовательно, отсутствие таковой ликвидировало процесс. Такой судья должен был отвестись сам, но если он этого своевременно не делал, на это ему должен был указать тяжущийся, без ограничения во времени. Напротив, подозрительность судьи к делу должна была быть сформулирована стороной до рассмотрения дела по существу, в противном случае тяжущийся лишался права заявлять об этом в дальнейшем и решение, состоявшееся под подозрением, хотя и не выявленным своевременно тяжущимся, не подлежало кассации.

Руководствуясь этими соображениями, Е. А. Нефедьев критически относился к ограничению времени для отвода, установленному в УГС для относительно неспособного судьи, т. е. по мотивам, строго определенным в законе (ст. 667 УГС). Право отвода такого относительно неспособного судьи должно было быть предоставлено во всяком положении дела, участие такого судьи в разрешении дела составляло повод к кассации, считал Е. А. Нефедьев [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 128, 130, 132]. Несмотря на ограничения УГС в этом вопросе, Сенат допускал в своей практике право заявить отвод в любое время процесса: решения, постановленные без учета мотивов, изложенных в законе (ст. 667 УГС), кассацией отменялись [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 124–128].

Таким образом, дореволюционный законодатель не допускал позднейшее устранение относительно неспособного судьи, хотя должен был допускать это.

Исходя из указанных доводов, сформулированных по этому вопросу Е. А. Нефедьевым и поддержанных Сенатом, следует отметить, что со-

ветский законодатель мог бы не допускать позднейшее устранение тех судей, которые «лично, прямо или косвенно были заинтересованы в исходе дела или имелись иные обстоятельства, вызывающие сомнение в их беспристрастности» (ст. 17), т. е. не допускать отвода подозрительных судей, если этот отвод не был своевременно заявлен лицом, участвующим в деле. Напротив, абсолютно неспособные и относительно неспособные судьи должны были подлежать отводу и в позднейшее время. Без ограничения во времени подлежали отводу судьи, которые: при предыдущем рассмотрении дела участвовали в нем в качестве свидетеля, эксперта, переводчика, представителя, прокурора, секретаря судебного заседания (п. 1 ст. 18); являлись родственниками сторон, других лиц, участвующих в деле, или представителей, а также родственниками других членов суда (п. 2 и абз. 2 ст. 18); принимали участие в рассмотрении этого дела в качестве судьи в иной инстанции (ст. 19).

Таким образом, УГС не хватало оснований для признания судьи подозрительным. Дореволюционный законодатель здесь ограничился публичными основаниями для отвода относительно неспособного судьи во избежание волокиты. Напротив, советский законодатель предусмотрел отвод и для подозрительного, и для абсолютно неспособного, и для относительно неспособного судьи, однако не отграничил во времени отвод подозрительных судей от отвода абсолютно и относительно неспособных судей. Подозрительный судья должен был быть отведен лицом, участвующим в деле, до судебного заседания, не позже.

В-третьих, претерпел изменение порядок отвода одного судьи. До революции по заявленному отводу судья давал отзыв и далее отстранялся. Отвод рассматривался без участия отводимого судьи и тяжущихся, но с участием прокурора в закрытом заседании.

Во французском дореволюционном порядке отвода также было закреплено участие прокурора, но второй тяжущийся, не заявитель отвода, не привлекался в заседание, посвященное отводу. Причиной тому было признание того, что заседание об отводе – это спор тяжущегося, заявителя отвода, и отводимого судьи. Более того, непризнание отводимым судьей заявленного отвода влекло обязанность доказывания тяжущимся основательности заявленного им отвода в заседании об отводе.

По правилам советского ГПК РСФСР 1964 г. судебное заседание об отводе проходило без участия прокурора, но с участием всех лиц, участвующих в деле, которых должен был выслушать суд; заслушивался также отводимый член суда, если он желал дать по отводу свои объяснения.

Таким образом, в дореволюционном отводе одного судьи тяжущиеся и отводимый судья не участвовали, но участвовал прокурор. Во французском отводе одного судьи тяжущийся, не заявлявший отвода, не участвовал, но участвовали отводимый судья и тяжущийся, заявивший отвод, а также прокурор. Наконец, в советской модели отвода одного судьи не участвовал прокурор, но участвовали все лица, участвующие в деле,

а также отводимый судья. Из изложенного следует, что в отличие от советского отвода в отводе российском и французском участвовал прокурор. Представляется, что участие прокурора в рассмотрении отвода способствовало объективности этого процесса. Однако трудно вменить советскому отводу это в упрек, учитывая, что, в отличие от российского и французского отвода, в советском процессе, в том числе и в вопросах отвода, всегда участвовали два народных заседателя с правами профессиональных судей в полном объеме.

В-четвертых, претерпел изменение и порядок отвода нескольких судей. По правилам УГС 1864 г. если отвод заявлялся нескольким судьям и оставшихся судей не хватало для постановления определения об отводе, то производство по делу останавливалось и заявление об отводе вместе с отзывами отводимых судей передавались на рассмотрение высшего суда (ст. 677 УГС). Напротив, по правилам ГПК РСФСР 1964 г. отвод, заявленный нескольким судьям или всему составу суда, разрешался этим же судом в полном составе простым большинством голосов (абз. 3 ст. 23 ГПК РСФСР 1964 г.).

Рассмотрение отвода тем же судом, которому заявлен отвод, соответствует правилам отвода времен Рима императорского периода. Магистрат сам рассматривал отводы на себя. Российское правило здесь выглядит более частным, состязательным. Особенно в сравнении: во французской модели отвод был состязанием тяжущегося, заявившего отвод, и отводимого судьи. Принимая во внимание французскую модель, правило, позволяющее рассматривать отвод одним из тяжущихся, представляется сомнительным.

В-пятых, французскими правилами отвода был предусмотрен штраф за отвод. Российскими правилами отвода штраф не был предусмотрен, но в проекте УГС статья о штрафе все же была. В УГС эту статью не включили потому, что отказ от всякого рода судебных штрафов был признан основным положением судебного преобразования[14]. В советской модели устранения судьи для заявителя отвода, которому было отказано в отводе, штраф также не был предусмотрен.

Современный период

В 1992 году законодателем было принято решение о расширении полномочий судей по единоличному рассмотрению гражданских дел[15]. Статья 15 ГПК РСФСР 1964 г., предписывавшая рассмотрение всех гражданских дел

---

[14] Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. С. 314.

[15] См.: Закон Российской Федерации от 29 мая 1992 г. № 2869-1 «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР “О судоустройстве РСФСР”, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы РСФСР» (преамбула). Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

с участием народных заседателей, была исключена[16]. Как следствие этого в правилах об отводе появилось новое положение об отводе единоличного судьи: отвод, заявленный судье, рассматривавшему дело единолично, разрешался тем же судьей (абз. 4 ст. 23 ГПК РСФСР 1964 г. в ред. Закона Российской Федерации от 29 мая 1992 г. № 2869-1). Это новое положение (абз. 4 ст. 23 ГПК РСФСР 1964 г.) практически повторяло старое положение абз. 3 ст. 23 ГПК РСФСР 1964 г., которое сходным образом решало вопрос об отводе всего состава коллегиального суда. Как и в случае с единоличным судьей, отвод, заявленный всему составу коллегиального суда, подлежал рассмотрению этим же судом. Поэтому следует здесь отметить определенную последовательность в логике законодателя, принявшего новое положение об отводе единоличного судьи. Необходимо опять упомянуть о сходном положении УГС 1864 г. об отводе единоличного мирового судьи. По правилам УГС отвод, предъявленный единоличному мировому судье, подлежал рассмотрению высшим судом, т. е. мировым съездом (ст. 198 УГС).

С принятием Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации 2002 г. (ГПК РФ)[17] народные заседатели были отменены. Рассмотрение дел в судах первой инстанции судьями единолично стало общим правилом, что немногим изменило институт отвода судей в новом ГПК РФ. Повсеместно в нормах об отводе были скорректированы наименования судей, подлежащих отводу. Если в советский период это были судьи и народные заседатели, то теперь это стали единоличные мировой и федеральный судья. В остальном же в первый период действия ГПК РФ 2002 г., отвод оставался прежним, сформированным еще в ГПК РСФСР 1964 г. Поэтому мы не будем раскрывать алгоритм отвода судей по правилам ГПК РФ 2002 г., а сразу приступим к описанию тех немногих изменений, которые последовали в ГПК РФ 2002 г. после его принятия и действуют вплоть до настоящего времени.

Во-первых, пополнился перечень оснований для признания судьи относительно неспособным: с 2019 г. отводу подлежит мировой судья или судья, который являлся судебным примирителем по данному делу (п. 1.1 ч. 1 ст. 16 ГПК РФ 2002 г.). Кроме того, уточнено, что автоматическому признанию подозрительным не подлежит судья, который получил внепроцессуальное обращение по гражданскому делу, находящемуся в его производстве (ч. 3 ст. 16 ГПК РФ 2002 г.).

Следует отметить, что оба эти изменения являются скорее отражением судебной реформы в целом, нежели изменениями, конкретно ориентиро-

---

[16] См.: Закон Российской Федерации от 29 мая 1992 г. № 2869-1 «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР “О судоустройстве РСФСР”, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы РСФСР» (п. 3). Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[17] Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

ванными на институт отвода судьи. Первое изменение является результатом развития института примирения в гражданском процессе, второе изменение связано с укреплением принципа независимости судьей.

Во-вторых, в отличие от УГС, в ГПК РФ 2002 г. сохранилось положение ГПК РСФСР 1964 г., согласно которому подозрительный судья подлежит отводу наравне с абсолютно и относительно неспособным судьей (ст. 17 ГПК РСФСР 1964 г. и п. 1 ч. 3 ст. 16 ГПК РФ 2002 г.). Также сохранилось правило о времени отвода. И подозрительный, и абсолютно и относительно неспособные судьи подлежали отводу в одно и то же время, т. е. вплоть до вынесения решения. Выше мы указывали, что подозрительный судья должен был быть отведен лицом, участвующим в деле, до начала судебного разбирательства, не позже. Однако вслед за ГПК РСФСР 1964 г. это правило сохранилось без корректив и в новом ГПК РФ 2002 г. Отсутствие права на отвод подозрительного судьи в дореволюционном процессе объяснялось тем, что наличие основания для признания подозрительным судьи могло привести к «…заявлению бесконечных и самых неосновательных притязаний, служащих к напрасному обременению судебных мест, а иногда и к самому замедлению дела» [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 133]. Поэтому в ст. 667 УГС был установлен конкретный список оснований для отвода, не подлежащий расширительному толкованию, т. е. список, указывающий на относительно неспособных судей, но не на подозрительных.

В советский период в условиях незначительной нагрузки судей по гражданским делам, а также при участии в отправлении правосудия народных заседателей законодатель не посчитал необходимым предусмотреть указанные дореволюционные ограничения и позволял лицам, участвующим в деле, выходить за пределы списка оснований для отвода, служащих указанием на абсолютно и относительно неспособного судью. В этой связи возможность для признания судьи подозрительным, предусмотренную в ст. 17 ГПК РСФСР 1964 г., можно отнести к преимуществу ГПК перед УГС. Е. А. Нефедьев справедливо считал, что отсутствие в УГС этой возможности «…противоречило истории развития института устранения судей» [Нефедьев, Е. А., 1885, с. 133]. Однако на современном этапе развития этого института указанная возможность признания судьи подозрительным не могла долго сохраняться без каких-либо ограничений. С развитием частной собственности нагрузка на гражданское судопроизводство кратно возросла. Возросло и количество злоупотреблений со стороны лиц, участвующих в деле, относительно института отвода.

Поэтому в новое время институт отвода стал пополняться дополнительными ограничениями, хотя право на отвод подозрительного судьи не было исключено вовсе. Так, ст. 19 ГПК РФ 2002 г. пополнилась частью четвертой, запрещающей дважды заявлять отвод тем же лицом по тем же основаниям. Ограничению возможных злоупотреблений при заявлении отвода недобросовестными лицами, участвующими в деле, способствует и правило об отводе, позволяющее рассмотрение отвода самим отво-

димым судом (ч. 4 ст. 23 ГПК РСФСР 1964 г. и ч. 2 ст. 20 ГПК РФ 2002 г. (в ред. от 1 февраля 2003 г.). Подобных норм не было в дореволюционном институте устранения судей. Отвод не рассматривался отводимым судом. Это наследие советского ГПК РСФСР 1964 г. Современный ГПК РФ 2002 г. (в ред. от 28 ноября 2018 г. № 451-ФЗ пополнился правилом, способствующим еще более быстрой реакции единоличного судьи на недобросовестных лиц, участвующих в деле, а также быстрому удовлетворению обоснованного заявления об отводе единоличного судьи. По новому правилу судье больше не надо удаляться в совещательную комнату для вынесения определения по заявлению об отводе: теперь он может это сделать не удаляясь в совещательную комнату, прямо на месте вынести протокольное определение об отводе (ч. 1 и 2 ст. 20 ГПК РФ). Это новое правило указывает на то, что законодатель не признает состязательным алгоритмом рассмотрение отвода единоличным судьей. Рассмотрение отвода высшим судом, как это было до революции, выглядит более состязательным. В защиту рассмотрения отвода отводимым единоличным судом следует отметить, что, во-первых, заявитель отвода, которому было отказано в отводе, может впоследствии обжаловать этот отказ в проверочную инстанцию; во-вторых, это правило имело исторический опыт в Древнем Риме императорской эпохи и не выглядит здесь абсолютно новым.

Обсуждение и заключение

Устранение судьи появилось в римском праве как проявление частного начала (jus privatum): в период Республики устранением (recusatio) истец и ответчик выбирали себе частного судью для разбора дела. С изменением политической обстановки в Риме изменилась и роль устранения судьи. В императорский период стали отстранять от разбора дела пристрастного государственного судью (магистрата). Тем самым выборная роль отвода была утрачена, устранение судьи стало выполнять роль публичного (jus publicum) механизма по отстранению государственного магистрата от разбора дела. Соответственно, изменению были подвергнуты конструктивные элементы, которые составляли механизм устранения судей в Древнем Риме (форма; мотивация; время; результат). Из формы избрания частного судьи устранение трансформировалось в форму отвода пристрастного государственного магистрата. Из немотивированного устранения частного судьи устранение превратилось в мотивированный отвод магистрата. В качестве результата отвода замена частного судьи сменилась присоединением к подозрительному магистрату еще одного неподозрительного магистрата. Один только конструктивный элемент римского устранения судьи остался без изменений, хотя он также должен был, по справедливому замечанию Е. А. Нефедьева, претерпеть изменение: заявление отвода только до litis contestatio в обоих римских периодах, однако в относительно поздний период сторонам было позволено заявить отвод и после litis contestatio.

Развитие отвода на Руси и в России в период с Соборного уложения 1649 г. до Свода законов гражданских 1832 г. было весьма похоже на действие этого института в императорский период в Риме. Как и в Риме, на Руси отвод был явлением публичного свойства (jus publicum), о чем свидетельствуют его конструктивные элементы. Отвод был в форме отстранения пристрастного государственного чиновника, также был мотивированным, ограниченным во времени, однако в отличие от римского отвода, срок подачи русского отвода был сдвинут – вплоть до вынесения решения. Самоотвод был допустим на Руси только для коллегиального состава – для Боярской Думы, единоличный самоотвод не допускался.

Отступлению от римских правил отвода в России и их усложнению способствовало распространение в России коллегиального состава судопроизводства. Уже при Петре I были расширены правила об отводе ввиду рассмотрения гражданских дел в коллегиальном составе. Так, отводимый судья (офицер) отстранялся от рассмотрения отвода, и отвод рассматривался в его отсутствие остальными членами суда (офицерами). Положительный результат отвода приводил к замене отводимого судьи другим судьей в составе коллегии. В то же время некоторые элементы российского отвода демонстрировали возврат к правилам римской эпохи. Так, в Своде законов гражданских 1832 г. время заявления отвода было сокращено до времени открытия судебного заседания, т. е. практически до римского litis contestatio.

Указанная тенденция в развитии российского института отвода сохранилась и после принятия Судебных уставов 1864 г. С одной стороны, имеет место усложнение отвода в УГС, с другой стороны, виден и возврат к римским правилам отвода времен Империи. В отличие от римского отвода магистрата единоличный мировой судья в России не рассматривал отвод на себя самого. Вопрос о его отводе передавался на рассмотрение мирового съезда. В случае положительного результата отвода единоличный мировой судья не был дополнен в процессе другим беспристрастным судьей, как это было в Риме. Напротив, пристрастного мирового судью просто заменяли другим. В то же время, как и в правилах римского отвода, УГС допустил самоотвод единоличного мирового судьи.

Правила отстранения окружного судьи в УГС были сформулированы как в ситуации французского отвода. В случае несогласия с отводом отводимый судья давал отзыв на отвод и устранялся от рассмотрения дела. Далее отвод рассматривался остальными членами суда или высшим судом с участием прокурора. Однако французский отвод был еще более детализирован, чем российский отвод. Весь алгоритм французского отвода был разделен на две части: 1) рассмотрение вопроса о допустимости отвода; 2) рассмотрение непосредственно отвода, при условии признания его допустимым в первой части. Российский УГС впитал только вторую часть процедуры французского отвода.

Правила отстранения советского судьи начали формироваться уже в Положении о Народном Суде РСФСР 1920 г., а затем в ГПК РСФСР 1923 г. Однако наиболее полные и подробные правила об отводе были сформулированы в ГПК РСФСР 1964 г. Сравнение этих правил с правилами УГС позволило сформулировать основные отличительные черты советского отвода.

Во-первых, в отличие от УГС в ГПК РСФСР 1964 г. были предусмотрены такие мотивы для отвода, которые позволяли лицам, участвующим в деле, признавать судью и абсолютно, и относительно неспособным и подозрительным. В логической связи с этим нововведением было положение, позволившее заинтересованным лицам заявить отвод и после начала рассмотрения дела по существу. Однако можно признать некорректным правило советского периода, согласно которому подозрительный судья наравне с абсолютно и относительно неспособным судьей подлежал отводу без ограничения во времени. История развития отвода в России и за рубежом показала, что отвод подозрительного судьи должен быть ограничен во времени, т. е. может быть заявлен лицом, участвующим в деле, только до начала судебного разбирательства.

Во-вторых, в процедуре дореволюционного отвода одного судьи не участвовали тяжущийся и отводимый судья, но участвовал прокурор. Во французском отводе одного судьи не принимал участия тяжущийся, не заявлявший отвода, но участвовали отводимый судья и тяжущийся, заявивший отвод, а также прокурор. Наконец, советская модель отвода одного судьи не предусматривала участия прокурора, но предполагала участие всех лиц, участвующих в деле, а также отводимого судьи. Как видно, в отличие от советского отвода в отводе российском и французском участвовал прокурор, причастность которого к рассмотрению отвода способствовала объективности этого процесса. Однако трудно вменить советскому отводу это в упрек, учитывая, что в отличие от российского и французского отвода в советском процессе, в том числе и в вопросах отвода, всегда участвовали два народных заседателя с правами профессиональных судьей в полном объеме.

В-третьих, в дореволюционном отводе нескольких судей при нехватке оставшихся судей для постановления определения об отводе заявление об отводе с отзывами отводимых судей передавалось на рассмотрение высшего суда. Напротив, отвод, заявленный нескольким судьям или всему составу советского суда, разрешался этим же судом в полном составе простым большинством голосов. Первый отвод в большей степени соответствовал частной французской состязательной модели, второй отвод – публичной модели римского императорского отвода.

В-четвертых, в отличие от французской модели отвода российская и советская модели отвода не предусматривали штраф для заявителя отвода, которому в отводе было отказано.

Современный институт отвода судьи является преемником советского, и ему присущи все указанные основные отличительные черты советского

отвода. Состоявшиеся изменения отвода в новейшее время можно сгруппировать следующим образом. Во-первых, это изменения, связанные с судебной реформой: с введением в качестве основного единоличного состава рассмотрения дела; с усилением независимости судей и с расширением примирительных процедур. К новеллам относятся: 1) правило о рассмотрении единоличным судьей отвода на себя самого, а также механизм протокольной фиксации им результата этого отвода; 2) признание относительно неспособным судьи, который ранее участвовал в рассматриваемом деле в качестве судебного примирителя; 3) непризнание автоматически подозрительным судьи, который получил внепроцессуальное обращение по гражданскому делу, находящемуся в его производстве. Во-вторых, изменение отвода, которое является следствием допущения признания судьи подозрительным в любое время судебного разбирательства, а также отсутствия ответственности для недобросовестных заявителей отвода. Это новое правило, запрещающее дважды заявлять отвод одним и тем же лицом по тем же основаниям.

Как видно, первая группа изменений в целом является результатом судебной реформы. Второе изменение представляется попыткой современного законодателя скорректировать ошибку в правилах советского отвода, в которых был допущен отвод подозрительного судьи без ограничения во времени.

Дальнейшее существенное изменение правил отвода на современном этапе возможно путем перехода к коллегиальному рассмотрению гражданских дел. В таком случае отвод может быть пересмотрен кардинально, в нем может быть усилено состязательное начало с учетом исторического опыта. Однако рассмотрение гражданских дел коллегиальным составом потребует увеличения продолжительности времени на судебное разбирательство. Высокая судебная нагрузка по гражданским делам пока не позволяет этого сделать, поэтому существенные изменения возможны в отдаленной перспективе или по ограниченным категориям наиболее важных дел, например по делам о лишении родительских прав. Представляется, что в ближайшей перспективе сохранится тенденция изменения отвода косвенным образом, т. е. под влиянием факторов судебной реформы. В качестве предупреждения заявления недобросовестных отводов уже в ближайшее время можно предложить следующие изменения: во-первых, ограничить во времени отводы подозрительных судей; во-вторых, ввести штраф за неподтвержденный отвод.

Список использованной литературы

Аргунов А. В. Особое производство в гражданском процессуальном праве России и Франции. М. : Проспект, 2013. 232 с.

Боголепов Н. П. Учебник истории римского права. М. : Зерцало, 2004. 568 с.

Дмитриев Т. История судебных инстанций и гражданского апелляционного судопроизводства от судебника до учреждения о губерниях. М. : Университетская тип., 1859. 580 с.

Кавелин К. Основные начала русского судоустройства и гражданского судопроизводства, в период времени от Уложения до Учреждения о губерниях. М. : Тип. Августа Семена, 1844. 186 с.

Муромцев С. А. Определение и основное разделение права // Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М. : Центр ЮрИнфоР, 2004. 765 с. (Репринт издания 1879 г.)

Нефедьев Е. А. Устранение судей в гражданском процессе. Казань : Тип. Императорского Казан. ун-та, 1885. 170 с.

Покровский И. А. История римского права. СПб. : Изд.-торговый дом «Летний сад», 1998. 560 с.

Хвостов В. М. История римского права. М. : Моск. науч. изд-во, 1919. 468 с.

References

Argunov, A. V., 2013. *Osoboye proizvodstvo v grazhdanskom protsessual'nom prave Rossii i Frantsii* = [Special proceedings in the civil procedure law of Russia and France]. Moscow: Prospect. (In Russ.)

Bogolepov, N. P., 2004. *Uchebnik istorii rimskogo prava* = [Textbook of the history of Roman law]. Moscow: Zertsalo. (In Russ.)

Dmitriev, T., 1859. *Istoriya sudebnykh instantsiy i grazhdanskogo apellyatsionnogo sudoproizvodstva ot sudebnika do uchrezhdeniya o guberniyakh* = [The history of judicial instances and civil appellate proceedings from the sudebnik to the institution of the provinces]. Moscow: University's Publishing House. (In Russ.)

Kavelin, K., 1844. *Osnovnyye nachala russkogo sudoustroystva i grazhdanskogo sudoproizvodstva, v period vremeni ot Ulozheniya do Uchrezhdeniya o guberniyakh* = [The main principles of the Russian judicial system and civil proceedings, in the period of time from the Code to the Institution of the provinces]. Moscow: Printing house of August Semyon. (In Russ.)

Muromtsev, S. A., 2004. [Definition and basic division of law]. *Izbrannyye trudy po rimskomu i grazhdanskomu pravu* = [Selected works on Roman and civil law]. Moscow: Center YurInfoR. (Reprint edition of 1879). (In Russ.)

Nefedyev, E. A., 1885. *Ustraneniye sudey v grazhdanskom protsesse* = [Elimination of judges in civil proceedings]. Kazan: Printing House of the Imperial Kazan University. (In Russ.)

Pokrovsky, I. A., 1998. *Istoriya rimskogo prava* = [History of Roman law]. St. Petersburg: Publishing and Trading House "Letniy sad". (In Russ.)

Khvostov, V. M., 1919. *Istoriya rimskogo prava* = [History of Roman law]. Moscow: Moscow Scientific Publishing House. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Поскребнев Максим Евгеньевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и административного судопроизводства ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 117418, г. Москва, Новочеремушкинская ул., д. 69)
Maxim E. Poskrebnev, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Civil and Administrative Procedure Department, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).
E-mail: forceline@mail.ru

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 28.12.2020; дата одобрения после рецензирования: 25.01.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 02.02.2021.
Submitted 28.12.2020; reviewed 25.01.2021; revised 02.02.2021.

УДК 343.5
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.113-127

Признаки субъекта преступления, предусмотренного статьей 243.2 Уголовного кодекса Российской Федерации

И. А. Халиков

Казанский юридический институт (филиал) ФГКОУ ВО «Университет прокуратуры Российской Федерации», г. Казань, Российская Федерация
iskanderh@mail.ru

Аннотация
Введение. Изучение отечественной истории, в особенности ее периода, характеризующегося отсутствием письменных источников информации, невозможно без обращения к результатам работы археологов. Вместе с тем научную ценность представляют только те археологические исследования, которые проведены на основании официального разрешения (открытого листа), обязывающего ученых предоставлять отчет о характере и объеме проведенных полевых работ, а также сведения о найденных артефактах. Это отличает профессиональных археологов от любителей, которые «раскапывают» объекты археологического наследия, как правило, для удовлетворения собственного исследовательского интереса, пополнения частных коллекций древностей, а также извлечения прибыли от их реализации на теневом антикварном рынке. Своими действиями они совершают преступления в отношении культурного наследия, что порождает необходимость изучения признаков субъекта преступления, предусмотренного ст. 243.2 УК РФ, для наделения сотрудников правоохранительных органов эффективным уголовно-правовым средством противодействия незаконной археологической деятельности.
Теоретические основы. Методы. Проведенное исследование основывается на общенаучных и специальных методах. В его теоретическую основу легли труды отечественных и зарубежных ученых в области уголовного права, криминологии, археологии, а также опыт работы государственных органов Российской Федерации и стран Европы по сохранению историко-культурного наследия.
Результаты исследования. Изучение правоприменительной практики и научной литературы показывает, что существуют проблемы отнесения к субъектам преступления, предусмотренного ст. 243.2 УК РФ, лиц, осуществляющих псевдоархеологические работы без официального разрешения. На основании результатов отечественных и зарубежных научных исследований делается вывод об обоснованности отнесения приборного поиска к отягчающим ответственность обстоятельствам.
Обсуждение и заключение. С учетом международного опыта противодействия незаконной археологической деятельности, анализа отечественной правоприменительной практики делается вывод о необходимости уточнения признаков субъекта преступления путем внесения изменений в диспозицию ч. 1 ст. 243.2 УК РФ.

© Халиков И. А., 2021

Ключевые слова: субъект преступления, объект археологического наследия, археологический предмет, объекты культурного наследия, памятники истории и культуры

Для цитирования: Халиков И. А. Признаки субъекта преступления, предусмотренного статьей 243.2 Уголовного кодекса Российской Федерации // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 1. С. 113–127. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.113-127.

The Signs of the Subject of a Crime under Article 243.2 of the Criminal Code of the Russian Federation

Iskander A. Khalikov

Kazan Law Institute (Branch) of the University of Prosecutor's Office of the Russian Federation, Kazan, Russian ederation
For correspondence: iskanderh@mail.ru

Abstract

Introduction. When studying history, the results of the work of archaeologists play a significant role. At the same time, for science, only those studies that are conducted by scientists on the basis of a state-issued permit (the so called open sheet) are of value. In accordance with the permit, scientists are required to provide reports on the excavations carried out and information about the objects found. This is what distinguishes professional archaeologists from non-professional history enthusiasts. Such enthusiasts dig atr archaeological sites because of their interest, to create private collections and to sell items of historical value in antique markets. By their actions, they commit crimes against cultural heritage. This makes it necessary to study the characteristics of the subject of the crime provided for in art. 243.2 of the Criminal code of the Russian Federation in order for criminal officers to properly deal with crimes in the field of archeology.

Theoretical Basis. Methods. The research is based on general scientific and special research methods. The theoretical base consists of the works of domestic and foreign scientists in the field of law, history, archaeology, as well as the experience of competent authorities in the field of cultural heritage preservation.

Results. The analysis of the work of the competent authorities and the study of legal literature led to the conclusion about the problems associated with the attribution to the subject of crime of persons searching for archaeological objects without obtaining a state permit.

Discussion and Conclusion. Taking into account the accumulated international experience of countering illegal archaeology, studying domestic law enforcement practice, it is concluded that it is necessary to clarify the characteristics of the subject of the crime by making changes to the disposition of part 1 of art. 243.2 of the Criminal code of the Russian Federation.

Keywords: subject of crime, object of archaeological heritage, archaeological object, objects of cultural heritage, historical and cultural monuments

For citation: Khalikov, I. A., 2021. The signs of the subject of a crime under article 243.2 of the Criminal code of the Russian Federation. *Pravosudie/Justice*, 3(2), pp. 113–127. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.113-127.

Введение

Сохранение археологического наследия, его защита от грабительских раскопок признаны Правительством Российской Федерации одной из задач, требующих от органов исполнительной власти государства принятия должных мер правового характера. Это нашло отражение в Стратегии

государственной культурной политики Российской Федерации на период до 2030 года[1].

Одним из основных источников угрозы для элементов археологического наследия в последнее десятилетие стало проведение незаконных раскопок с целью пополнения частных коллекций, а также извлечения прибыли от сбыта археологических предметов. Объектами разграбления стали сарматские курганы юга России, средневековые поселения центрально-европейской ее части, античные города черноморского побережья. Апологеты незаконного поиска археологических предметов создали в сети «Интернет» большое количество «кладоискательских» сайтов, расширяющих их возможности при обмене информацией, кооперации при проведении нелегальных раскопок, а также сбыте артефактов, полученных противоправным путем. Так кто же они, лишающие современников и потомков возможности расширить общедоступные знания о развитии истории человечества? Романтики, сравнивающие себя с Индианой Джонсом, или прагматики, создающие частные коллекции «древностей», получающие доход от продажи археологических предметов? В проводимом исследовании мы обратимся к наиболее характерным признакам субъекта преступления, предусмотренного ст. 243.2 УК РФ «Незаконные поиск и (или) изъятие археологических предметов из мест залегания». Они имеют определяющее значение при отграничении преступления от административного правонарушения, отнесении содеянного к квалифицированному составу преступления, предусмотренному частью третьей этой же статьи уголовного закона.

Большинство исследований, посвященных проблеме раскрытия признаков субъекта преступления, отдельно не изучают лиц, совершивших противоправные деяния в отношении археологического наследия. Общие аспекты научной проблемы освещены в работах Л. Р. Клебанова [Клебанов, Л. Р., 2012], А. А. Ковалева [Ковалев, А. А., 2015], Р. Б. Осокина [Осокин, Р. Б., 2014], А. Н. Панфилова [Панфилов, А. Н., 2017], Т. Р. Сабитова [Сабитов, Т. Р., 2016]. Существует целый ряд зарубежных уголовно-правовых и криминологических исследований, посвященных указанной проблематике [Brent, M., 1994; Brun, Y. and Triboulot, B., 2017; Karl, R., 2011; Thomas, S., 2013 и др.].

С учетом изложенного целью проводимого исследования является рассмотрение существующих проблем, связанных с определением субъекта преступления, предусмотренного ст. 243.2 УК РФ. Для ее реализации предполагается решение следующих задач: провести анализ признаков субъекта преступления, а также сформулировать предложения по недопущению двойственности их толкования при квалификации совершенных преступлений.

---

[1] Распоряжение Правительства Российской Федерации от 29 февраля 2016 г. № 326-р «Об утверждении Стратегии государственной культурной политики на период до 2030 года» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 11. Ст. 1552.

Теоретические основы. Методы

Исходя из характера и особенностей совершаемых в отношении археологического наследия правонарушений в работе использованы системный метод изучения субъекта преступления, а также общенаучные (статистические, прогностические и др.) и специальные методы исследования (формально-логический анализ, сравнительно-правовое исследование и др.). Теоретическую основу составили труды отечественных и зарубежных ученых в области уголовного права, криминологии, археологии, а также опыт работы государственных органов Российской Федерации и стран Европы по сохранению историко-культурного наследия.

Результаты исследования

В соответствии с общими правилами, предусмотренными ч. 1 ст. 20 УК РФ, уголовной ответственности за преступление, предусмотренное ст. 243.2 УК РФ, подлежит лицо, достигшее 16-летнего возраста. Приведенное положение распространяется на субъекта преступления, предусмотренного ч. 1, 2, а также п. «в» ч. 3 нормы уголовного закона.

Осуществляющие незаконный поиск считают, что субъект преступления в рассматриваемой норме уголовного закона – специальный: это археолог либо сотрудник государственного органа охраны объектов культурного наследия, проводящий археологические полевые работы (археологическую разведку, археологические раскопки, археологическое наблюдение) с нарушением установленных законом требований[2]. Приведенная позиция обусловлена желанием «черных археологов» уйти от уголовной ответственности за преступления в отношении археологического наследия. Она требует обсуждения с целью недопущения правоприменительных ошибок.

Статья уголовного закона сформулирована таким образом, чтобы исключить возможность конкуренции состава преступления с составом административного правонарушения, предусмотренного ст. 7.15 КоАП РФ «Проведение археологических полевых работ без разрешения». В соответствии со статьей КоАП РФ возможно привлечение к административной ответственности археологов, проводящих археологические полевые работы без полученного в установленном порядке разрешения либо с нарушением условий, предусмотренных разрешением (открытым листом). В проекте федерального закона о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части пресечения незаконной деятельности в области археологии (был принят[3]), внесенном на рассмотрение Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации,

---

[2] О «черной археологии», копателях и разрушении археологических памятников. Черные археологи. URL: https:/gameriskprofit.ru/prichyostki/o-ch-rnoi-arheologii-kopatelyah-i-razrushenii-arheologicheskih/ (дата обращения: 02.11.2020).

[3] Федеральный закон от 23 июля 2013 г. № 245-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части пресечения неза-

была предусмотрена уголовная ответственность за «ведение археологических полевых работ, включая поднятие со дна водного объекта археологических предметов, без полученного в установленном порядке разрешения (открытого листа) либо с нарушением условий, предусмотренных разрешением (открытым листом), повлекшее повреждение или уничтожение культурного слоя»[4]. Проект нормы уголовного закона и ст. 7.15 КоАП РФ были идентичны по своему содержанию. Это не способствовало достижению целей криминализации преступного поведения, поскольку вызывало затруднения разграничения норм, предусматривающих ответственность за правонарушения и преступления в отношении памятников археологии. Исходя из содержания проекта закона субъектом неквалифицированного вида преступления выступал профессиональный археолог: только он проводит полевые археологические работы (археологическую разведку, археологические раскопки, археологическое наблюдение). Работы по проведению незаконного поиска археологических предметов, т. е. преступление, предусмотренное ч. 1, 2 ст. 243.2 УК РФ, нельзя отнести к числу полевых археологических, поскольку они изначально являются *незаконными*.

Полевые археологические работы, проводимые на основании выданного специального разрешения (открытого листа), – это единственный легальный источник обнаружения и изъятия представляющих археологическую ценность предметов. Извлечение из культурного слоя археологических предметов без соответствующего разрешения (открытого листа) средствами и способами, не указанными в ст. 45.1 Федерального закона от 25 июня 2002 г. № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации»[5] (далее – Федеральный закон № 73-ФЗ), является незаконным.

Действующая редакция ст. 243.2 УК РФ предусматривает уголовную ответственность за «поиск и (или) изъятие археологических предметов из мест залегания на поверхности земли, в земле или под водой, *проводимые без разрешения (открытого листа)* (курсив наш. – *И. Х.*), повлекшие повреждение или уничтожение культурного слоя». Для исключения двойственности толкования содержания ч. 1 ст. 243.2 УК РФ следует иметь в виду, что действия, составляющие объективную сторону состава преступления, изначально отнесены законодателем к числу незаконных. Таким образом, является излишним указание в диспозиции части первой

конной деятельности в области археологии» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 30 (ч. I). Ст. 4078.

[4] Законопроект № 217902-6 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части пресечения незаконной деятельности в области археологии». URL: http:/asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka New%29?OpenAgent&RN=217902-6&02 (дата обращения: 01.12.2020).

[5] Федеральный закон от 25 июня 2002 г. № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 26. Ст. 2519.

ст. 243.2 УК РФ на отсутствие у лица, совершающего преступление, *разрешения на ведение археологических полевых работ (открытого листа)*. Зависимость противоправных действий от наличия разрешения на проведение полевых археологических работ выступает одним из препятствий привлечения виновного к уголовной ответственности [Яковлев, А. В. и Белякова, И. М., 2016]. Оно вносит путаницу в раскрытие признаков субъекта неквалифицированного состава преступления, предоставляя сторонникам «свободного поиска артефактов» возможность расширительного толкования их содержания[6].

Признавая, что субъект преступления, предусмотренного ст. 243.2 УК РФ, за исключением п. «а», «б» ч. 3 указанной нормы, общий, необходимо обратиться к отдельным признакам, наиболее полно его характеризующим. Так, Э. М. Гильманов и Ю. А. Григорьев считают, что к совершению преступлений в отношении элементов археологического наследия причастны лица, имеющее специальные познания в области археологии [Гильманов, Э. М. и Григорьев, Ю. А., 2016]. Такой же позиции придерживается и Х. А. Аккаева [Аккаева, Х. А., 2018]. Н. В. Рязанова отмечает, что субъект преступления, предусмотренного ст. 243.2 УК РФ, – это «мужчина в возрасте от 30 до 50 лет, ранее не судим, трудоустроен, положительно характеризуется по месту жительства и по месту работы. Как правило, это люди, интересующиеся историей и культурой своей страны, родного края, однако не имеющие специального образования, воспринимающие поиск старинных предметов как хобби, увлечение. Среди рассматриваемой категории лиц особой кастой выделяются так называемые “торговцы древностями”, которые участвуют в нелегальных раскопках именно с целью последующей реализации преступно добытого» [Рязанова, Н. В., 2018, с. 153].

Сходные признаки субъекта преступления в отношении элементов археологического наследия приведены и в зарубежных публикациях. Так, согласно исследованию, проведенному во Франции, 90% лиц, занятых любительской археологией, – мужчины в возрасте 30–40 лет. В результате разделения по социальным категориям было установлено, что 60% из них – рабочие и ремесленники, ранее не совершавшие запрещенные законом противоправные деяния, увлекающиеся историей «отцы семейств», стремящиеся найти спрятанный клад. Правоприменительный опыт Французской Республики показывает, что после вынесения предупреждения бóльшая часть представителей любительской археологии прекращают свою деятельность. При этом особую опасность продолжают представлять лица, ищущие археологические ценности ради извлечения прибыли от их реализации, а также пополнения собственных нелегальных коллекций древностей [Xavier, D., 2019].

---

[6] Закон о копателях, копе, кладоискательстве и приборном поиске в России. URL: http:/hobby-detecting.ru/zakon-o-kopatelyah-kope-kladoiskatelstve-i-pribornom-poiske-v-rossii-s-poyasneniyami-kommentariyami-i-sobstvennym-ponimaniem/ (дата обращения: 10.11.2020).

Соглашаясь с суждениями отечественных и зарубежных авторов, следует отметить, что субъект преступления, предусмотренного ст. 243.2 УК РФ, должен быть осведомлен о ценности извлекаемых из мест залегания предметов, а также должен обладать достаточным объемом знаний для оценки найденных артефактов. При этом не обязательно наличие специального образования: необходимые навыки он может получить в процессе самообразования, общения с лицами, имеющими опыт незаконного поиска и (или) изъятия археологических предметов. Определяющим является то, что субъект совершаемого преступления не стремится через проводимые поисковые работы расширить научные знания об истории развития государства, народа, отдельной социальной либо этнической группы, а также сделать их общедоступными [Халиков, И. А., 2020, с. 132].

Так, в соответствии с приговором Балаклавского районного суда г. Севастополя от 10 декабря 2019 г. № 1-194/2019 М. Н. и О. Ю. были признаны виновными в совершении преступления, предусмотренного п. «а», «в» ч. 3 ст. 243.2 УК РФ. В ходе проведенного расследования и судебного разбирательства осужденные не отрицали того, что искали археологические предметы для пополнения собственных частных коллекций. Они сообщили о своей осведомленности о ценностных характеристиках искомых предметов, безошибочно датировав обнаруженные на месте раскопа монеты различного периода истории Крымского полуострова[7].

На квалификацию содеянного по п. «а» ч. 3 ст. 243.2 УК РФ влияет наличие у лица, совершившего преступление, навыка, а также опыта работы со специальными техническими средствами поиска. По мнению В. С. Сердюковой и С. С. Медведева, «поиск археологических предметов протекает с помощью специального оборудования, но посредством навыков и знаний специалиста, способного как раз-таки определить их нахождение» [Сердюкова, В. С. и Медведев, С. С., 2016]. Благодаря этому формируется качественно новая характеристика субъекта преступления, применимая к большинству лиц, осужденных по рассматриваемой норме уголовного закона.

Законодателем использование специальных технических средств поиска отнесено к отягчающим вину обстоятельствам. Обосновано это тем, что в результате подобных противоправных действий злоумышленники могут причинить несравнимо больший вред элементам археологического наследия. Вскрывая культурный слой на значительной по площади территории землеройной техникой либо занимаясь раскопками в местах, исследованных с помощью металлодетектора, лица, совершающие преступление, могут за непродолжительное время лишить памятник археологии его культурной и научной ценности.

Лицо, не осведомленное относительно возможностей поискового оборудования, не владеющее навыками его эксплуатации, не может быть

---

[7] Приговор Балаклавского районного суда г. Севастополя от 10 декабря 2019 г. № 1-194/2019. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

субъектом преступления, предусмотренного п. «а» ч. 3 ст. 243.2 УК РФ. Наличие у правонарушителя навыков работы с указанными техническими средствами должно устанавливаться сотрудниками правоохранительных органов на стадиях проведения доследственной проверки сообщения о совершенном преступлении, расследования уголовного дела. По мнению зарубежных авторов, использование металлодетекторов как наиболее распространенного вида специальных технических средств поиска является официально запрещенным действием для лиц, не занятых процессом научного изучения археологического наследия. Только законное их применение может расширить возможности изучения полностью погребенных под слоем почвы исторических ценностей [Romeo, F., 2018].

Следует отметить, что в европейских странах различное отношение к возможности использования частными лицами специальных технических средств поиска при изучении материальной истории государства [Cleere, H., 1993]. Так, в Великобритании существует «либеральная модель», регулирующая деятельность частных любителей металлопоиска. В ее основу положен приоритет права собственности над общественным интересом. В соответствии с ней создана добровольная система сотрудничества граждан и государственных учреждений по предоставлению всем желающим возможности изучения истории государства посредством оказания содействия профессиональным археологам, обследования памятника археологии с использованием специальных технических приборов поиска. Условием признания подобных действий соответствующими требованиям закона является обязательное включение обнаруживаемых предметов в общедоступные реестры (базы данных) [Bland, R., 2004]. При этом нарушители приведенных условий, как правило, не несут какой-либо ответственности [Gill, D. W. J., 2010]. В целях реализации предоставленного права поиска археологических предметов с соблюдением предъявляемых государством условий любители археологии Англии и Уэльса регистрируют обнаруженные ими предметы на сайте Portable Antiquities Scheme (PAS)[8].

Распространенная в континентальной части Европы (Испания, Франция, Италия) модель взаимодействия государства и археологов-любителей основана на безусловном приоритете общественного интереса в процессе сохранения объектов археологического наследия. В соответствии с ней использование металлодетектора допустимо только при условии получения его владельцем специального разрешения (лицензии) и только на специально отведенной территории. К таким территориям отнесены пляжи, горы, т. е. места, содержащие археологические предметы в ограниченном количестве [Rodríguez, T., 2016]. Отношение большинства стран, входящих в Совет Европы, к процессу использования любителями археологии специальных технических приборов поиска (металлодетекторов) нашло отражение

[8] Portable Antiquities Scheme URL: https://finds.org.uk/ (дата обращения: 18.04.2020).

в Европейской конвенции об охране археологического наследия (пересмотренной) (ETS № 143) от 16 января 1992 г.[9] Пункт «iii» ст. 3 этого международного договора обязывает страны-участницы вести выдачу специального предварительного разрешения на использование металлодетекторов, иного поискового оборудования, методов их использования, но только исключительно для проведения археологических изысканий. «Как только что-то регистрируется металлодетектором, возникает соблазн откопать это. И не важно, имеет находка большое археологическое значение или является отбросом двадцатого века»[10]. Ратификация Российской Федерацией Европейской конвенции определила правовую основу для уголовно-правовой охраны археологического наследия государства. Во многом благодаря ей совершение субъектом противоправных действий с использованием специальных технических средств поиска было отнесено к квалифицированному составу преступления, предусмотренному п. «а» ч. 3 ст. 243.2 УК РФ, поскольку было признано, что процесс обнаружения представляющих археологическую ценность предметов с использованием специальных приборов поиска не носит случайный характер. Используя технические средства, злоумышленники целенаправленно заняты незаконным поиском представляющих ценность предметов, что придает признакам субъекта преступления особое смысловое наполнение.

С подобной позицией согласилась апелляционная инстанция Костромского областного суда.

> *Материалами уголовного дела было установлено, что осужденные с использованием специальных технических средств поиска – металлоискателей и землеройных машин целенаправленно осуществляли поиск археологических предметов на территории ранее не состоявшего под государственной охраной памятника археологии, расположенного в 500 метрах к западу от архитектурного комплекса Казанской и Троицкой церквей села Бушнево Антроповского района Костромской области*[11].

В соответствии с п. «б» ч. 3 ст. 243.2 УК РФ преступление может быть совершено лицом с использованием своего служебного положения. В данном случае таковым может быть представитель органа государственной охраны объектов культурного наследия либо профессиональный археолог. Он является специальным субъектом преступления. При подобной ква-

---

[9] Европейская конвенция об охране археологического наследия (пересмотренная) (принята 16 января 1992 г. в г. Валлетта, Мальта) (ETS № 143) [рус., англ.] // Бюллетень международных договоров. 2013. № 3. С. 41–54.

[10] Explanatory Report to the European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage (Revised). URL: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb5e0 (дата обращения: 18.04.2020).

[11] Апелляционное определение Костромского областного суда от 19 ноября 2015 г. по делу № 22-1181/2015. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

лификации содеянного вариативно возможно совершение преступником следующих противоправных действий.

Организация либо общее покровительство незаконным поисковым работам на территории находящегося под государственной охраной памятника археологии. Так, к полномочиям федеральных органов государственной власти в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 9 Федерального закона № 73-ФЗ отнесены сохранение, использование и популяризация объектов культурного наследия, установлен порядок осуществления государственного надзора в данной сфере. Сходными по объему полномочиями наделены органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления, за исключением функции осуществления соответствующего надзора. Законодатель в ст. 61 Федерального закона № 73-ФЗ установил возможность привлечения к уголовной ответственности должностных лиц за несоблюдение требований закона, в том числе в части сохранения объектов археологического наследия. При этом действия виновного должны быть квалифицированы в соответствии с требованиями главы 7 «Соучастие в преступлении» УК РФ, а также п. «б», «в» ч. 3 ст. 243.2 УК РФ.

Незаконное проведение государственной историко-культурной экспертизы с целью выведения земель, на которых расположены объекты археологического наследия, из-под государственной охраны для предстоящего либо уже проведенного незаконного поиска и (или) изъятия археологических предметов из мест залегания (ст. 28 Федерального закона № 73-ФЗ). Наличие либо отсутствие культурного слоя памятника археологии может быть установлено исключительно в ходе проведения государственного экспертного исследования. Наравне с возможностью использования по своему усмотрению земель, на которых расположен памятник археологии, выгодоприобретатель подобных незаконных действий может инициировать их для последующего поиска на лишенной обременения территории представляющих определенную ценность предметов.

Незаконный поиск и (или) изъятие археологических предметов лицом, обладающим специальными профессиональными познаниями в области археологии, членом профессионального сообщества археологов. О необходимости привлечения к уголовной ответственности указанной категории лиц, отнесенных к специальным субъектам преступления, высказались Э. М. Гильманов и Ю. А. Григорьев [Гильманов, Э. М. и Григорьев, Ю. А., 2016]. Подобные противоправные действия могут быть совершены специальным субъектом преступления – профессиональным археологом, когда он действует вопреки интересам научного сообщества. Обнаруженные при совершении подобных противоправных действий археологические предметы не вводятся в доступный к изучению научный оборот, а реализуются на теневом антикварном рынке, включаются в частные археологические коллекции. При этом специальный субъект преступления – профессиональный археолог, представитель органа государственной охраны объектов культурного наследия – должен действовать с нарушением выданного официального разрешения (открытого листа) либо без его оформления. Это

важный критерий, разграничивающий состав преступления и состав административного правонарушения, предусмотренный ст. 7.15 КоАП РФ.

Так, во Франции была предпринята попытка привлечения к уголовной ответственности издателя журнала как лица, имеющего отношение к уничтожению памятника археологии. Вместе с тем преследование в отношении него было прекращено, так как отсутствовала связь между журнальной публикацией и обнаруженными археологами разрушениями [Saujot-Besnier, C., 1999], что является обоснованным, поскольку отсутствует причинно-следственная связь между действиями журналистов и разрушением объекта археологического наследия.

Обсуждение и заключение

Таким образом, субъектом преступления, предусмотренного ч. 1, 2 п. «в» ч. 3 ст. 243.2 УК РФ, могут быть лица, отвечающие критериям, приведенным в ч. 1 ст. 20 УК РФ. Возможность совершения преступления специальным субъектом предусмотрена в п. «а», «б» ч. 3 ст. 243.2 УК РФ: это лица, обладающие навыками работы со специальными техническими средствами, позволяющими определить наличие представляющих ценность предметов в культурном слое памятника археологии, а также лица, совершающие преступление с использованием своего служебного положения вопреки интересам научного сообщества и (или) интересам службы в государственном органе охраны объектов культурного наследия. В целях исключения возможности двойственности толкования признаков субъекта преступления необходимо внести изменения в диспозицию ч. 1 ст. 243.2 УК РФ, исключив указание на необходимость привлечения к уголовной ответственности за проведение археологических полевых работ без официального разрешения (открытого листа). Как было отмечено в проведенном исследовании, действия, за которые наступает уголовная ответственность, изначально являются незаконными.

Список использованной литературы

Аккаева Х. А. Предупреждение и борьба с незаконным поиском и (или) изъятием археологических предметов из мест залегания (ст. 243.2 УК РФ) // Пробелы в российском законодательстве. 2018. № 3. С. 338–340.

Гильманов Э. М., Григорьев Ю. А. О субъекте состава незаконного поиска и (или) изъятия археологических предметов из мест залегания // Правовые и нравственные аспекты обеспечения безопасности личности и государства на современном этапе политических и экономических санкций : сб. материалов Всерос. науч.-практ. конф. : в 2 ч. / отв. ред. Н. В. Хураськина. Чебоксары, 2016. С. 372–374.

Клебанов Л. Р. Уголовно-правовая охрана культурных ценностей : дис. … д-ра юрид. наук. М., 2012. 512 с.

Ковалев А. А. Применение понятий «археологический предмет» и «культурный слой» в правоохранительной деятельности // Сохранение археологического наследия: проблемы и перспективы : материалы науч.-практ. конф. «Противодействие незаконной деятельности в области археологии», Москва, 9–10 дек. 2013 г. М.: ИА РАН, 2015. С. 8–32.

Осокин Р. Б. Теоретико-правовые основы уголовной ответственности за преступления против общественной нравственности : дис. … д-ра юрид. наук. М., 2014. 581 с.

Панфилов А. Н. Ключевые правовые понятия в области археологии в российском законодательстве и проблемы их правовой определенности // Вестник Тюменского государственного университета. Социально-экономические и правовые исследования. 2017. Т. 3, № 3. С. 113–136.

Рязанова Н. В. Ответственность за уничтожение или повреждение объектов культурного наследия и проблемы в ее реализации // Охрана объектов культурного наследия: национальный и международный опыт : материалы науч.-практ. конф., В. Новгород, 25–26 окт. 2018 г. В. Новгород : Новгород. гос. ун-т им. Я. Мудрого, 2018. С. 147–155.

Сабитов Т. Р. Охрана культурных ценностей: уголовно-правовые и криминологические аспекты : автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2016. 26 с.

Сердюкова В. С., Медведев С. С. Предмет и субъект преступления, связанного с незаконным проведением поисковых работ и археологических исследований // Science Time. 2016. № 5. С. 612–614.

Халиков И. А. Незаконная археология. Уголовно-правовые средства противодействия / под науч. ред. М. А. Ефремовой. Казань : ИПФ «Бриг», 2020. 206 с.

Яковлев А. В., Белякова И. М. Любительский металлопоиск в Российской Федерации: законодательные запреты, проблемы правового регулирования и пути их устранения // Черные дыры в Российском законодательстве. 2016. № 3. С. 122–126.

Bland R. The Treasure Act and the Portable Antiquities scheme: a case study in developing public archaeology // Public archaeology / ed. N. Merriman. Routledge, 2004. P. 272–291.

Brent M. Le pillage des sites archéologiques // Revue Internationale de Police Criminelle. 1994. Vol. 448/449. P. 25–36.

Brun Y., Triboulot B. La lutte contre les atteintes au patrimoine archéologique et le trafic illicite des biens culturels // Les Nouvelles de l'archéologie. 2017. Vol. 149. P. 43–45.

Cleere H. Managing the archaeological heritage // Antiquity. 1993. № 67. P. 400–402.

Gill D. W. J. The Portable Antiquities Scheme and the Treasure Act: Protecting the Archeology of England and Wales? // Papers from the Institute of Archaeology. 2010. Vol. 20. P. 1–11.

Karl R. On the Highway to Hell: Thoughts on Unintended Consequences for Portable Antiquities Austrian Denkmalschutzgesetz // The Historic Environment: Policy & Practice. 2011. Vol. 2, issue 2. P. 111–133.

Rodríguez T. Rational Grounds for Dialogue Between Archaeologists and Metal Detectorists in Spain // Open Archaeology. 2016. Vol. 2, issue 1. P. 150–159.

Romeo F. La regulacion del uso detectores de metales en la Comunidad Autonoma de Aragon // Uso de detectores de metals y arqueologia: sanciones administrativas y penales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. 263-279.

Saujot-Besnier C. Chronique juridique. La protection pénale des vestiges terrestres // Rev. archéol. Ouest. 1999. Vol. 16. P. 227–234.

Thomas S. Editorial: Portable antiquities: archaeology, collecting, metal detecting // Internet Archaeology. 2013. Vol. 33. URL: https://doi.org/10.11141/ia.33.12

Xavier D. Le détectorisme en France: quelle situation et quelle politique publique? // Canadian Journal of Bioethics. 2019. Vol. 2. P. 158–165.

References

Akkaeva, H. A., 2018. [Prevention and control of illegal search and (or) removal of archaeological items from their places of occurrence (art. 243.2 of the Criminal code)]. *Probely v rossijskom zakonodatel'stve* = [The Gaps in the Russian Legislation], 3, pp. 338–340. (In Russ.)

Bland, R., 2004. The Treasure Act and the Portable Antiquities scheme: a case study in developing public archaeology. In: N. Merriman, ed. *Public archaeology*. Pp. 272–291.

Brent, M., 1994. Le pillage des sites archéologiques. *Revue Internationale de Police Criminelle*, 448/449, pp. 25–36.

Brun, Y. and Triboulot, B., 2017. La lutte contre les atteintes au patrimoine archéologique et le trafic illicite des biens culturels. *Les Nouvelles de l'archéologie*, 149, pp. 43–45 (In Esp.).

Cleere, H., 1993. Managing the archaeological heritage. *Antiquity*, 67, pp. 400–402.

Gill, D. W. J., 2010. The Portable Antiquities Scheme and the Treasure Act: Protecting the Archeology of England and Wales? *Papers from the Institute of Archaeology*, 20, pp. 1–11.

Gil'manov, E. M. and Grigor'ev, Yu. A., 2016. [About the subject of the composition of the illegal movement, and (or) the seizure of archaeo-

logical objects around the places of occurrence]. In: N. V Khuras'kina, ed. *Pravovyye i nravstvennyye aspekty obespecheniya bezopasnosti lichnosti i gosudarstva na sovremennom etape politicheskikh i ekonomicheskikh sanktsiy* = [Legal and moral aspects of ensuring the security of the individual and the state at the present stage of political and economic sanctions]. Collection of materials of the All-Russian scientific and practical conference. In 2 vols. P. 372–374. (In Russ.)

Karl, R., 2011. On the Highway to Hell: Thoughts on Unintended Consequences for Portable Antiquities. Austrian Denkmalschutzgesetz. *The Historic Environment: Policy & Practice*, 2(2), pp. 111–133.

Khalikov, I. A., 2020. *Nezakonnaya arheologiya. Ugolovno-pravovye sredstva protivodejstviya* = [Illegal archaeology. Criminal legal means of counteraction]. Monograph. Ed. M. A. Efremova. Kazan: IPF "Brig". (In Russ.)

Klebanov, L. R., 2012. *Ugolovno-pravovaya ohrana kul'turnyh cennostej* = [Criminal legal protection of cultural property]. Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Kovalev, A. A., 2015. [Application of the concepts of "archaeological object" and "cultural layer" in law enforcement]. *Sokhraneniye arkheologicheskogo naslediya: problemy i perspektivy* = [Preservation of the archaeological heritage: problems and prospects]. Materials of scientific-practical conference "Countering illegal activities in the field of archeology". Moscow, December 9–10, 2013. Moscow. Pp. 8–32. (In Russ.)

Osokin, R. B., 2014. *Teoretiko-pravovye osnovy ugolovnoj otvetstvennosti za prestupleniya protiv obshchestvennoj nravstvennosti* = [Theoretical and legal foundations of criminal liability for crimes against public morality]. Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Panfilov, A. N., 2017. [Key legal concepts in the field of archeology in Russian legislation and problems of their legal certainty]. *Vestnik Tyumenskogo gosudarstvennogo universiteta. Social'no-ekonomicheskie i pravovye issledovaniya* = [Bulletin of the Tyumen State University. Socio-Economic and Legal Research], 3, pp. 113–136. (In Russ.)

Rodríguez, T., 2016. Rational Grounds for Dialogue Between Archaeologists and Metal Detectorists in Spain. *Open Archaeology*, 2(1), pp. 150–159.

Romeo, F., 2018. La regulacion del uso detectores de metales en la Comunidad Autonoma de Aragon. In: *Uso de detectores de metals y arqueologia: sanciones administrativas y penales*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 263-279.

Ryazanova, N. V., 2018. [Responsibility for the destruction or damage of cultural heritage objects and problems in its implementation]. *Okhrana ob'yektov kul'turnogo naslediya: natsional'nyy i mezhdunarodnyy opyt*

= [Protection of cultural heritage sites: national and international experience]. Materials of scientific-practical conferens, V. Novgorod, October 25–26, 2018. V. Novgorod: Ya. Mudryy Novgorod State University. Pp. 147–155. (In Russ.)

Sabitov, T. R., 2016. *Ohrana kul'turnyh cennostej: ugolovno-pravovye i kriminologicheskie aspekty* = [Protection of cultural property: criminal law and criminological aspects]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Saujot-Besnier, C., 1999. Chronique juridique. La protection pénale des vestiges terrestres. *Rev. archéol. Ouest*, 16, pp. 227–234.

Serdyukova, V. S. and Medvedev, S. S., 2016. [Object and subject of a crime related to the illegal conduct of search operations and archaeological research]. *Science Time*, 5(29), pp. 612–614. (In Russ.)

Thomas, S., 2013. Editorial: Portable antiquities: archaeology, collecting, metal detecting. *Internet Archaeology*, 33. Available at: <https://doi.org/10.11141/ia.33.12>.

Xavier, D., 2019. Le détectorisme en France: quelle situation et quelle politique publique? *Canadian Journal of Bioethics*, 2, pp. 158–165.

Yakovlev, A. V. and Belyakova, I. M., 2016. [Amateur metal search in the Russian Federation: legal prohibitions, problems of legal regulation and ways to eliminate them]. *Chernye dyry v Rossijskom zakonodatel'stve* = [Black Holes in Russian Legislation], 3, pp. 122–126. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Халиков Искандер Альфредович, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры прокурорского надзора за исполнением законов в оперативно-розыскной деятельности и участия прокурора в уголовном судопроизводстве Казанского юридического института (филиала) ФГКОУ ВО «Университет прокуратуры Российской Федерации» (Российская Федерация, 420111, г. Казань, ул. Московская, д. 41)
Iskander A. Khalikov, Cand. Sci. (Law), Senior Lecturer of the Prosecutorial Supervision over the Execution of Laws in Operational-Investigative Activities and Participation of the Prosecutor in Criminal Proceedings Department, Kazan Law Institute (Branch), University of Prosecutor's office of the Russian Federation (41 Moskovskaya St., Kazan, 420111, Russian Federation).
E-mail: iskanderh@mail.ru

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 15.12.2020; дата одобрения после рецензирования: 22.01.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 02.02.2021.
Submitted 15.12.2020; reviewed 22.01.2021; revised 02.02.2021.

УДК 347.721
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.128-147

Обязанности участников корпорации

Н. Д. Грибов
ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Российская Федерация
ng.law@yandex.ru

Аннотация
Введение. В статье анализируются обязанности участников корпорации. В российской и зарубежной доктрине внимание уделяется главным образом обязанностям лиц, входящих в органы управления корпорацией. Поэтому вопрос об обязанностях участников корпорации имеет высокий научный интерес.
Теоретические основы. Методы. Проанализированы доктрины корпоративного права в российской и зарубежной науке. В процессе изучения обязанностей участников автор опирался на системный, сравнительный методы, проблемно-теоретический прием исследования.
Результаты исследования. Рассмотрены конкретные обязанности участников корпорации. Обозначены проблемы, возникающие в сфере правового содержания и имплементации ряда обязанностей участников корпорации. Отграничена обязанность действовать добросовестно от обязанности не допускать действий, направленных на злоупотребление правом. На основе анализа зарубежной литературы раскрывается фидуциарная обязанность участников корпорации. Выделяются меры корпоративной ответственности участников за неисполнение обязанностей.
Обсуждение и заключение. В результате исследования автор пришел к выводам, что обязанности участников следует подразделять на основные и дополнительные. К основным обязанностям участников корпорации следует относить следующие: не допускать злоупотребления корпоративными правами, действовать добросовестно, участвовать в образовании имущества корпорации, не разглашать конфиденциальную информацию о деятельности корпорации, заблаговременно уведомлять корпорацию и ее участников о намерении обратиться с косвенным иском, раскрывать определенную информацию. Обязанность действовать добросовестно и обязанность не допускать действий, направленных на злоупотребление правом, по своему содержанию различаются. Фидуциарная обязанность участников корпорации фактически приравнивается к обязанности действовать добросовестно. Невыполнение участником корпоративных обязанностей может повлечь следующие меры корпоративной ответственности: исключение участника из корпорации, приостановление права голоса, финансовые санкции.

Ключевые слова: обязанности участников корпорации, добросовестность, злоупотребление правом, фидуциарная обязанность, корпоративная ответственность

Для цитирования: Грибов Н. Д. Обязанности участников корпорации // Правосудие/ Justice. 2021. Т. 3, № 1. С. 128–147. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.128-147.

© Грибов Н. Д., 2021

Obligations of Corporation Members

Nick D. Gribov

Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation
For correspondence: ng.law@yandex.ru

Abstract

Introduction. The article is devoted to the analysis of the obligations of corporation members in Russian and foreign law. In the Russian and foreign doctrines, attention is paid to the duties of directors or controlling persons. Therefore, the legal question of the obligation of the corporation members is of high scientific interest.

Theoretical Basis. Methods. The author analyzed the doctrines of corporate law in Russian and foreign science. In the process of studying the obligations of the corporation members, the author relied on systemic, comparative methods, and a problem-theoretical method of research.

Results. Specific obligations of the corporation members are considered. The issues arising in the field of legal content and implementation of several obligations of the corporation members are outlined. The obligation to act in good faith has been differentiated from the obligation to prevent actions aimed at an abuse of rights. Based on the analysis of foreign literature, the fiduciary duty of the corporation members is demonstrated. The responsibilities of the corporation members for non-performance of obligations are also highlighted.

Discussion and Conclusion. As a result of the research, the author concludes that the responsibilities of the corporation members should be divided into two categories, namely basic and additional. The basic obligations of the corporation members should include the following: to prevent abuse of corporate rights, to act in good faith, to participate in the formation of the corporation's property, not to disclose confidential information about the corporation's activities, to notify the corporation and its members in advance of their intention to file a directive claim, and to disclose information. The obligation to act in good faith and the obligation to prevent actions aimed at abusing the right differ in their content. The fiduciary duty of the members of the corporation is, in fact, the same as the obligation to act in good faith. Failure by a member to comply with corporate obligations may entail the following measures of corporate responsibility: exclusion of the participant from the corporation, suspension of voting rights, financial sanctions.

Keywords: duties of the corporation members, good faith, abuse of the law, fiduciary duty, corporate responsibility

For citation: Gribov, N. D., 2021. Obligations of corporation members. *Pravosudie/Justice*, 3(1), pp. 128–147. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.128-147.

Введение

С момента возникновения корпоративных отношений их участники приобретают права и обязанности. Права участников корпорации – это совокупность прав, которыми обладают участники корпорации благодаря владению акциями [Idowu, S. O., et al., eds., 2013]. В юридической литературе отмечается, что участники корпорации, в отличие от директора, пользуются правами в своем интересе [De Jongh, M., 2012, p. 185]. Однако современное состояние корпоративного права и тенденции его развития показывают, что участники при реализации их прав должны руководствоваться определенными пределами. С 1970-х годов в доктрине отмечается, что без подотчетности управляющие и мажоритарные акционеры будут использовать свое влияние для лоббирования личных интересов за счет миноритарных участников [Armour, J., 2020, p. 316]. Поэтому

обязанностям членов корпорации уделяется все больше внимания в научной литературе. Ведь именно обязанности являются пределами реализации прав участников корпоративных отношений. Так, Кодекс корпоративного управления Нидерландов закрепляет важное положение: чем больше интерес акционера к компании, тем больше его ответственность перед компанией, миноритарными акционерами и другими заинтересованными сторонами[1].

Обязанности участников корпорации различаются в зависимости от национальной юрисдикции. Обязанности участников корпорации могут устанавливаться законом, следовать из общих принципов, закрепленных в нормативных актах, быть установлены в локальных актах юридического лица, корпоративном договоре и других документах, а также быть выработаны национальными судами [Søndergaard, B. and Möslein, F., 2017, p. 2]. В зависимости от источника, где они зафиксированы, обязанности участников корпорации можно подразделить на два вида: основные и дополнительные. Первые устанавливаются в законе, например обязанность участвовать в образовании имущества корпорации, закрепленная в российском законодательстве. Дополнительные обязанности могут быть предусмотрены учредительными документами корпорации, соглашением об управлении партнерством. Установление дополнительных обязанностей зависит от волеизъявления других участников корпоративных правоотношений.

При этом в российской науке корпоративного права распространена позиция, согласно которой корпоративная ответственность возлагается преимущественно на участников, контролирующих деятельность корпорации, а миноритарии несут лишь универсальную обязанность не совершать умышленных действий по причинению вреда корпорации [Гутников, О. В., 2015]. Вместе с тем подобную позицию следует оценить критически. Основой такой оценки выступает то, что миноритарные акционеры могут вступать в сговор в целях лоббирования определенных корпоративных решений. Данными действиями они не причиняют вред корпорации, поскольку поддерживают определенный взгляд на развитие юридического лица. Однако их действия можно расценивать как недобросовестные, так как вместо выработки «золотой середины» с другими участниками они отстаивают собственные эгоистичные интересы. Кроме того, миноритарии, как и мажоритарные акционеры, должны раскрывать определенную информацию перед корпорацией, уведомлять корпорацию и ее участников о намерении обратиться с косвенным иском. Таким образом, обязанность миноритариев не следует сводить лишь к непричинению вреда корпорации.

---

[1] In review: shareholder rights and responsibilities in Netherlands // Lexology. URL: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=30911ab5-f50d-4d3a-8547-26914f824d0a (дата обращения: 24.07.2020).

Теоретические основы. Методы

Объектом исследования являются обязанности участников корпорации, установленные в зарубежном и российском корпоративном праве. В работе использован комплекс научных методов. В частности, на основе системного метода раскрываются место и роль обязанностей участников корпорации.

Сравнительный метод исследования позволил выявить круг обязанностей участников корпорации, сформировать перечень мер корпоративной ответственности за несоблюдение обязанностей. Проблемно-теоретический прием исследования позволил обозначить проблемные вопросы, которые требуют изучения в правовой науке.

Результаты исследования

На основе анализа доктринальных источников и законодательства автор пришел к выводу, что следует выделять следующие обязанности участников корпорации.

Обязанность не допускать злоупотребления корпоративными правами. Данная обязанность действует в отношении всех участников корпоративных отношений и является универсальной. Осуществление прав одним участником корпоративных отношений не должно нарушать прав другого участника. Так, российский арбитражный суд указал, что обращение с иском о признании отсутствия у руководителя общества права действовать без доверенности от имени общества в обход корпоративных процедур выбора руководителя общества при недостижении согласия акционеров является злоупотреблением правом со стороны истца[2].

Соответственно, злоупотребление корпоративным правом следует толковать как намеренные действия (бездействие) участника корпоративных отношений, направленные на причинение вреда иным участникам данных правоотношений. Относительно элементов конструкции злоупотребления правами в российской науке высказано много точек зрения. Представляется, что для установления злоупотребления корпоративными правами необходимы три элемента: 1) наличие действий (бездействия), 2) отсутствие добросовестности, 3) намерение причинить вред третьим лицам. Только суд правомочен признавать соответствующие действия (бездействие) злоупотреблением правом.

Правом могут злоупотреблять как миноритарные, так и мажоритарные акционеры. Установление наличия злоупотребления правом со стороны акционеров происходит путем оценки принятого решения на наличие ущерба интересам корпорации и другим акционерам.

---

[2] Решение Арбитражного суда Тамбовской области от 19 июня 2020 г. по делу № А64-8165/2019. URL: https://tinyurl.com/y4ydco6k (дата обращения: 23.07.2020).

Так, суды во Франции могут установить злоупотребление мажоритарными акционерами своими правами, если, голосуя против выплаты дивидендов, они заставляют миноритарных акционеров продать свои акции со значительной скидкой [Сопас, P., 2017, p. 366]. Миноритарии могут злоупотреблять правами путем блокирования решения общего собрания, требующего единогласного одобрения и направленного на соблюдение интересов корпорации.

В российском законодательстве, по мнению автора, закреплены две обязанности участников, фактически являющиеся частным случаем запрета злоупотребления правом.

Первая обязанность, в США выступающая частью фидуциарной обязанности, заключается в запрете на совершения действий, заведомо направленных на причинение вреда корпорации. Данная обязанность может применяться в совокупности с обязанностью участвовать в принятии корпоративных решений, так как участник, не посетивший собрание, может считаться причинившим вред корпорации. В российской научной литературе утверждается, что закрепление обязанности не совершать действия, заведомо направленные на причинение вреда корпорации, в корпоративном законодательстве достаточно спорно, так как обязанность не причинять вред является общегражданской и ее нарушение влечет возникновение обязательства из причинения вреда в силу конструкции генерального деликта [Гутников, О. В., 2015]. Вместе с тем с данной позицией вряд ли можно согласиться, поскольку, причиняя вред корпорации, участник одновременно совершает генеральный деликт и нарушает корпоративную обязанность. В результате этого общество может:

1) подать иск о привлечении участника к гражданской ответственности путем возмещения вреда, причиненного юридическому лицу;

2) предъявить в арбитражный суд иск о привлечении к корпоративной ответственности путем исключения участника из корпорации, основываясь на нормах корпоративного законодательства;

3) заявить в иске одновременно два данных требования.

Вторая обязанность заключается в запрете совершения действий (бездействия), которые существенно затрудняют или делают невозможным достижение целей, ради которых создана корпорация. На первый взгляд данная обязанность идентична обязанности не совершать действия, заведомо направленные на причинение вреда корпорации, так как совершение действий, направленных на дестабилизацию целей корпорации, наносит ей вред. Однако в данном случае, как отмечается в юридической литературе, речь идет не о причинении вреда имуществу корпорации, а о воспрепятствовании участником корпорации достижению основных целей ее создания. Например, как отмечает правовед Е. А. Суханов [Бадулина, Е. В. и др., 2014], участник некоммерческой корпорации может попытаться направить ее деятельность в иную сферу, нежели та, которая

была предусмотрена при ее создании (например, в общественно-политическую, а не в благотворительную). Подобные действия участника наносят урон не только имиджу юридического лица, но и интересам других членов корпорации. Поскольку фактически идет речь о причинении вреда третьим лицам, которыми выступают иные участники, данную обязанность следует рассматривать в качестве частного случая злоупотребления правом.

Обязанность участия в принятии корпоративных решений. Конструкция права на участие может при наличии ряда условий трансформироваться в обязанность участия. В соответствии с российским законодательством обязанность участия возникает при наличии двух условий.

Во-первых, если на общем собрании принимаются решения, без которых корпорация не может продолжать свою деятельность в соответствии с законом. К таким решениям, в частности, относятся решения о назначении единоличного исполнительного органа или членов совета директоров, а также о внесении изменений в устав, если они требуются в соответствии с законом и без их внесения корпорация не сможет продолжать свою деятельность[3]. Таким образом, право участия не трансформируется в обязанность, если принимаются иные решения, хоть и требующие единогласного принятия.

Во-вторых, участник корпорации обладает значимостью для принятия решения. Второе условие, закрепленное в законодательстве, следует оспорить, так как в некоторых случаях значимость участника определить достаточно трудно. Так, для избрания единоличного исполнительного органа общества необходимо простое большинство[4]. Если игнорирует общее собрание мажоритарный участник, то определить трансформацию права в обязанность не составляет проблемы. Однако когда в обществе более десяти участников с равными долями, то уже возникают вопросы, для кого из участников право преобразовалось в обязанность. Поэтому представляется, что трансформация права в обязанность участия в принятии корпоративных решений зависит от принимаемого решения: если оно существенное, то обязанность участия возникает для всех участников корпорации.

Обязанность действовать добросовестно (the duty of good faith or bona fide). В российском праве данная обязанность закреплена в ст. 1, 10

---

[3] См. п. 34 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

[4] См. абз. 1 п. 1 ст. 40 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ (ред. от 31 июля 2020 г.) «Об обществах с ограниченной ответственностью». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

Гражданского кодекса Российской Федерации для всех участников гражданских и корпоративных правоотношений. В отечественной науке корпоративного права имеется точка зрения, согласно которой корпоративную добросовестность следует рассматривать только применительно к ответственности и обязанностям органов юридического лица [Новак, Д. В., 2017]. Подобную позицию следует оценить критически и согласиться с точкой зрения о более широком толковании добросовестности в корпоративных отношениях [Нам, К. В., 2019]. Добросовестность нельзя сводить только к отношениям органа управления и корпорации, она проявляется и в отношениях между обществом и участниками, и в отношениях между самими участниками. Добросовестность адресована непосредственно участникам гражданского оборота в области тех отношений, которые достойны внимания права, а ее наполнение смыслом поручено судам [Асосков А. В. и др., 2020, с. 182].

Так, Коммерческая палата Люксембургского районного суда усмотрела, что для определения факта недобросовестности со стороны миноритарных участников суд обязан проанализировать значение решения, отклоненного меньшинством, в частности необходимость этого решения для выживания компании, нивелирования ее несостоятельности или же направленности действий миноритариев на затруднение функционирования компании либо достижение эгоистичных целей[5].

Обязанность действовать добросовестно в рамках корпоративных правоотношений следует рассматривать в двух аспектах:

1) участник юридического лица должен совершать определенные действия (этот аспект можно толковать как активную добросовестность);

2) участник корпорации должен воздержаться от совершения определенных действий (этот аспект можно толковать как пассивную добросовестность) [Нам, К. В., 2019].

Рассмотрим пример активной добросовестности.

Обществом было принято решение о созыве общего собрания участников, в повестку включен вопрос о назначении единоличного исполнительного органа. Мажоритарный участник за несколько дней до проведения общего собрания попадает в медицинское учреждение и в силу физической невозможности посетить собрание не может. Обязанность участвовать в принятии корпоративных решений он не нарушает, так как есть уважительные причины неявки. Обязанность действовать разумно и добросовестно, в рамках данного случая проявляется в необходимости для этого участника известить общество о непредвиденных обстоятельствах.

В качестве примера пассивной добросовестности можно привести отказ в предъявлении заранее проигрышных косвенных исков, отказ от

[5] Luxembourg District Court defines conditions of minority abuse at shareholders' meetings. Lexology. URL: http://tinyurl.com/y28d3bhr (дата обращения: 15.05.2020).

осуществления конкурирующей предпринимательской деятельности и получения корпоративной информации о деятельности общества в целях экономической выгоды.

Так, в российской судебной практике требование участника общества о предоставлении информации признается недобросовестным, если он является конкурентом общества, а распространение информации может причинить вред коммерческим интересам[6]. Также иллюстрацией пассивной добросовестности является отказ в реализации права на голосование, когда рассматриваемый вопрос касается соглашения, которое вызывает коллизию интересов[7].

Интерес представляет вопрос о соотношении обязанности не злоупотреблять правом и обязанности действовать разумно и добросовестно. Как правило, российские суды, устанавливая недобросовестность (mala fides), одновременно указывают и на наличие злоупотребления правом.

Так, в деле «ООО "Бритстар"» о восстановлении корпоративного контроля суд указал, что в действиях истца имеются явные признаки злоупотребления правом на защиту и недобросовестное поведение[8].

На наш взгляд, обязанность действовать добросовестно по своему содержанию шире, нежели обязанность не допускать злоупотребления корпоративными правами, поскольку обязанность осуществлять права bona fide охватывает и те случаи, которые не подпадают под злоупотребление правом. Лицо, злоупотребляющее правом, всегда имеет намерение причинить вред другим лицами, тогда как лицо, действующее недобросовестно, таким намерением может и не обладать. Например, лицо, не участвующее в общих собраниях и игнорирующее их, не намерено причинить вред третьим лицам, однако непосещение им собраний может провоцировать корпоративный конфликт в том случае, если его голос является решающим. Таким образом, данное лицо действует mala fides, но не злоупотребляет своим правом.

Соответственно, обязанность действовать разумно и добросовестно по своему содержанию шире обязанности не допускать злоупотребления корпоративными правами, поскольку она распространяется и на те слу-

---

6 Постановление ФАС Уральского округа от 14 ноября 2012 г. № Ф09-10061/12 по делу № А50-2205/2012. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

7 In brief: shareholder rights and powers in Spain // Lexology. URL: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=af5ab10c-cfcd-4543-92f4-510b98eb250f (дата обращения: 25.05.2020).

8 Определение Девятого арбитражного апелляционного суда от 2 июля 2020 г. по делу № А40-107898/19. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

чаи, где участник не злоупотребляет правами, а действует недобросовестно.

Фидуциарные обязанности участников корпорации. Конструкция фидуциарных обязанностей применяется в странах континентальной правовой семьи. Основой фидуциарной обязанности является интерес бенефициара. В корпоративном праве распространяют фидуциарные обязанности в основном на менеджеров корпорации. Фидуциарные обязанности складываются из двух составляющих: обязанности проявлять лояльность (duty of loyalty) и обязанности проявлять заботу (duty of care) [Anabtawi, I. and Stout, L., 2008, p. 1262].

Для участников корпорации фидуциарные обязанности можно свести к обязанности лояльно относиться к интересам самой компании, а также всех ее участников [Grantham, R., 1998, p. 577]. Также в рамках лояльности участник обязан воздерживаться от любых действий, которые могут причинить вред участникам корпоративных отношений [Bratina, B. and Jovanovič, D., 2014]. Целью фидуциарной обязанности выступает предотвращение возможности злоупотребления правом, особенно правом на участие в корпорации [Cahn, A., 2017, p. 348]. При этом возможность распространения фидуциарной обязанности на акционеров зависит от усмотрения судей, которое обусловлено структурой компании, позиции в ней акционера [Bratina, B. and Jovanovič, D., 2014].

В США суды применяют фидуциарную обязанность к акционерам в следующих случаях. Во-первых, при отклонении сделки по слиянию суд вправе применять фидуциарную обязанность к контролирующим акционерам. Во-вторых, суды применяли фидуциарные обязанности к контролирующим акционерам непубличных корпораций, поскольку подобные организации сходны с партнерскими отношениями, где партнеры обязаны друг другу. В-третьих, некоторые американские суды применяют фидуциарные обязанности по отношению к миноритарным акционерам, например, когда они обладают возможностью наложить вето на определенные решения [Varottil, U., 2020].

Немецкие суды воспринимают фидуциарную обязанность через призму добросовестности участников юридического лица [Смирнова, Я. А., 2019, с. 123]. В частности, акционеры обязаны действовать в интересах других, включая интересы миноритарных акционеров и компании [De Jongh, M., 2012, p. 191]. Аналогично и в английском праве, которое не распространяет фидуциарные обязанности на акционеров, однако английские суды усматривают, что участники должны голосовать bona fide в интересах компании как таковой [Varottil, U., 2020]. Кроме того, в Англии акционеры для своей защиты могут воспользоваться инструментом unfair prejudice.

В научной литературе отмечается, что концепция добросовестности охватывает и иные ситуации, которые не подпадают под фидуциарные обязанности [Ponta, A., 2016, p. 118]. Однако в данных работах фидуци-

арные обязанности рассматриваются преимущественно по отношению к обязанностям менеджмента корпорации. Представляется, что обязанность участника проявлять лояльность следует приравнивать к обязанности действовать добросовестно, так как по своему содержанию и цели она аналогична обязанности осуществлять действия в соответствии с доброй совестью.

Подобная позиция нашла отражение в российской судебной практике.

Взыскивая убытки с контролирующих корпорацию лиц, включая мажоритарных акционеров, судьи обязаны установить неразумное или недобросовестное поведение либо нарушение интересов юридического лица[9]. При этом убытки, причиненные действиями контролирующих корпорацию лиц, взыскиваются в пользу общества, а не других акционеров [Смирнова, Я. А., 2018, с. 41].

Обязанность участвовать в образовании имущества корпорации. Данная обязанность у участника возникает перед корпорацией, которая является участником имущественного оборота, поэтому ей требуются активы для достижения поставленных перед ней целей. Активы юридического лица в российском праве оцениваются категорией «необходимый размер», которая является оценочной и зависит от вида предпринимательской деятельности.

Так, в одном из судебных актов в рамках дела о банкротстве суды изменили очередность удовлетворения требования на том основании, что уже на начальном этапе учредителям общества было заведомо известно, что организация не имеет возможности вести нормальную предпринимательскую деятельность в сфере создания крупных объектов недвижимости ввиду очевидного несоответствия полученного ею имущества объему планируемых мероприятий (создание офисного центра)[10].

В российском праве содержание рассматриваемой обязанности зависит от формы корпорации. Так, для общества с ограниченной ответственностью оно включает обязанность участника оплатить долю в уставном капитале и вносить вклады в имущество общества. Для акционерного общества данная обязанность заключается в законодательном требовании оплаты акций. Для саморегулируемой организации обязанность участво-

---

[9] См. п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

[10] См. п. 9 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 29 января 2020 г. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

вать в образовании имущества корпорации проявляется в оплате вступительных, членских и целевых взносов[11].

В международной практике в целях защиты кредиторов юридического лица обязанность по внесению имущества может возникать и в случае, когда корпорация терпит убытки. Так, ст. 19 Второй директивы о компаниях Европейского союза закрепляет, что при серьезной потере активов корпорации юридическим лицом должно быть созвано общее собрание для решения вопроса о ликвидации корпорации или принятия каких-либо иных мер[12].

Возможными правовыми последствиями неоплаты доли являются: 1) утрата статуса участника общества и переход не оплаченной участником доли в уставный капитал к обществу, либо 2) исключение участника из общества, если неоплата доли являлась грубым нарушением обязанности участника корпорации, или 3) при выходе из общества оплата действительной стоимости части доли участнику, пропорциональной оплаченной части вклада.

Обязанность не разглашать конфиденциальную информацию о деятельности корпорации. Данная обязанность возникает у участника по отношению к корпорации. Право на получение информации переходит в обязанность по неразглашению с момента получения участником доступа к конфиденциальной информации. Под конфиденциальной информацией следует понимать любые сведения, которые не могут быть переданы третьим лицам без согласия их обладателя. Таким образом, любая информация, не размещенная корпорацией публично, подпадает под категорию конфиденциальности, и ее разглашение влечет определенные правовые последствия, например исключение участника из корпорации. Особый режим в корпорациях установлен для коммерческой тайны. По российскому законодательству общество вправе допустить лицо к конфиденциальной информации только после заключения соглашения о конфиденциальности. Перечень информации, подпадающей под коммерческую тайну, определяется локальными актами, в частности положением о коммерческой тайне. Отсутствие расписки от участника о неразглаше-

---

[11] См. ст. 12 Федерального закона от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ (ред. от 3 августа 2018 г.) «О саморегулируемых организациях». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

[12] Directive 2012/30/EU of the European parliamoent and of the council of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32012L0030 (дата обращения: 15.05.2020).

нии информации выступает законным отказом в предоставлении данных и не нарушает его права на контроль[13].

Обязанность заблаговременного уведомления корпорации и ее участников о намерении обратиться с косвенным иском. В российском законодательстве данная обязанность установлена п. 2 ст. 65.2 Гражданского кодекса Российской Федерации, порядок уведомления регламентирован законами о корпорациях и учредительным документом корпорации. При этом порядок, установленный локальными актами, не должен приводить к существенным препятствиям обращения истца в суд. Как правило, требуется направление только уведомления о намерении подать иск, копии самого искового заявления не направляются. В публичном акционерном обществе сведения направляются через само общество. Следует отметить, что правило о заблаговременном уведомлении участников соответствующего гражданско-правового сообщества о намерении обратиться с иском в суд не является досудебным порядком урегулирования спора, в связи с чем в случае невыполнения истцом указанных требований суд не вправе оставить исковое заявление без рассмотрения. Правовым последствием ненадлежащего уведомления о намерении обратиться в суд является возможность предъявления тождественного иска другим участником корпорации.

Обязанность участника раскрывать информацию. Участники общества обязаны раскрывать для других участников или корпорации определенную информацию: сведения о личности акционера, его аффилированности с другими корпорациями и участниками этой корпорации, поведении или намерении участника, заключении корпоративного договора между участниками [Sørensen, K. E., 2017, p. 330]. Например, в российском праве участник общества с ограниченной ответственностью обязан своевременно информировать общество об изменении сведений о своем имени или наименовании, месте жительства или месте нахождения, а также сведений о принадлежащих ему долях в уставном капитале общества.

В Великобритании за неразглашение информации о бенефициарах владельца акций может наступить уголовная ответственность [Birkmose, H. S. and Sergakis, K., 2019, p. 154]. В некоторых юрисдикциях установлен срок для реализации действий по раскрытию информации. Следует отметить, что в целях раскрытия прозрачности владения Вторая директива Европейского союза по вопросам прав акционеров закрепила обязанность государств-членов обеспечить, чтобы компании могли получать информацию об идентичности акционеров от любого посредника в цепочке посредников[14]*. Такая*

---

[13] См., например: Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 5 марта 2020 г. № Ф10-441/2020 по делу № А14-672/2019. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

[14] Shareholders Rights Directive II [2019] // Lexology. URL: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bd1f3ff5-d433-4216-9308-0915281df9fe (дата обращения: 10.10.2020).

мера направлена на нивелирование злоупотребления правом, так как часто акционер компании остается тот же, однако собственники в рамках юридического лица меняются.

Дополнительные обязанности. По российскому законодательству данные обязанности могут быть предусмотрены учредительными документами корпорации, соглашением об управлении партнерством. Так, в ст. 4.10.10 Устава ООО «Союз машиностроителей России» установлена обязанность личным примером и своими действиями помогать достижению целей и решению задач организации[15]. В пункте 6.3 Устава Саморегулируемой организации «Союз менеджеров и арбитражных управляющих» зафиксировано, что член корпорации обязан представлять юридическому лицу для оперативного решения вопросов, связанных с деятельностью организации, необходимую информацию и документы в порядке и в сроки, определенные внутренними документами[16].

Ответственность за невыполнение корпоративных обязанностей. Корпоративная ответственность представляет гражданско-правовую ответственность, обусловленную участием в отношениях, связанных с управлением корпорацией [Гутников, О. В., 2019].

Автор настоящего исследования выделяет три меры ответственности за невыполнение корпоративных обязанностей. Самой распространенной мерой ответственности в российском праве является *исключение участника из корпорации.* Исключение участника коммерческой организации возможно лишь на основе санкции суда. При этом судебным органом должно быть установлено грубое нарушение участником общества своих обязанностей[17]. Например, суд вправе исключить участника за невыполнение обязанности участия в принятии корпоративных решений, если 1) участник систематически уклоняется от участия в общих собраниях, 2) у него не имеется уважительных причин неявки, 3) данные действия наносят существенный вред обществу и (или) делают его деятельность невозможной либо существенно ее затрудняют[18].

---

[15] Устав Общероссийской общественной организации «Союз машиностроителей России». URL: https://soyuzmash.ru/upload/iblock/1fa/1fa47776f05eb3d9ef276088145f1583.pdf (дата обращения: 30.05.2020).

[16] Устав Саморегулируемой организации «Союз менеджеров и арбитражных управляющих». URL: http://www.srosoyuz.ru/engine/documents/document1568.pdf (дата обращения: 30.05.2020).

[17] См., например: Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 26 января 2018 г. № 01АП-10076/2017 по делу № А43-22340. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

[18] См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

В некоммерческих организациях исключение возможно и на основании санкции специального органа корпорации. Так, участника саморегулируемой организации вправе исключить на основании решения органа по рассмотрению дел о применении в отношении членов саморегулируемой организации мер дисциплинарного воздействия.

Во многих зарубежных юрисдикциях другие участники корпораций с ограниченной ответственностью вправе исключить участника на основе резолюции общего собрания[19]. Так, в Германии мажоритарный акционер GmbH вправе исключить миноритарного участника, если он действует не в интересах корпорации, и это позволит нивелировать корпоративный конфликт[20]. При этом суд не удовлетворит иск об исключении, пока не имеется санкции общего собрания [Кузнецов, А. А., 2012].

Другой мерой ответственности за невыполнение обязательств является *приостановление права голоса* на общем собрании (*suspension of the exercise of voting right*s). Данная мера ответственности не всегда связана с невыполнением корпоративных обязанностей. Например, голос участника может не учитываться при голосовании по одобрению сделки, где он имеет аффилированность с контрагентом. Тем самым во главу угла ставятся интересы корпорации, а не конкретного акционера. Либо участник может лишаться права голоса по акциям, если они находятся в общей собственности и собственники не выбрали представителя для реализации права голоса по ним[21]. В качестве санкции право голоса может приостанавливаться за неисполнение обязанности по оплате акции до момента фактической оплаты[22] или за невыполнение обязанности по обязательному направлению предложения о приобретении акций другим акционерам[23]. В Бразилии право голоса может приостанавливаться до тех пор, пока участник общества не выполнит определенную обязанность [Marques, P. D. S., 2020].

Третьей мерой ответственности выступают *финансовые санкции* в отношении участника. Данная мера ответственности может включаться в

---

[19] How to exclude the shareholder of a company in Spain // Mariscal & Abogados, S.L.P. URL: https://www.mariscal-abogados.com/how-to-exclude-the-shareholder-of-a-company-in-spain/ (дата обращения 01.07.2020).

[20] Exclusion of a Shareholder from a Two-Member GmbH. Friedrich Graf von Westphalen & Partner mbB. URL: https://www.fgvw.de/en/news/archive-2016/exclusion-of-a-shareholder-from-a-two-member-gmbh (дата обращения 01.07.2020).

[21] Shareholder Rights. Galapagos NV. URL: https://www.glpg.com/shareholder-rights (дата обращения: 01.07.2020).

[22] Shareholder Rights. Galapagos NV. URL: https://www.glpg.com/shareholder-rights (дата обращения: 01.07.2020).

[23] См. п. 6 ст. 84.2 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ (ред. от 31 июля 2020 г.) «Об акционерных обществах». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

корпоративный договор, устав или содержаться в положениях национального законодательства. Финансовые санкции могут выражаться в причиненных лицу убытках, неустойке, штрафе. По российскому праву ответственность в основном несут участники, контролирующие деятельность корпорации. Именно к ним в случае причинения принятым решением корпорации убытков вправе обратиться с иском само юридическое лицо или его участники. Анализ судебной практики показывает, что с других участников корпорации преимущественно взыскиваются убытки.

Примером применения финансовых санкций в отношении акционера может служить корпоративный иск компании «Роснефть» к ПАО «АФК Система» о взыскании убытков, причиненных в результате реорганизации «Башнефти», где суд пришел к выводу о взыскании убытков на основе норм как корпоративного права, так и деликтного[24]. Бенефициаром при взыскании денежных средств выступает корпорация, а не ее участники. Хотя в судебной практике встречаются и иные случаи, например, когда юридическое лицо было ликвидировано[25].

Разновидностью финансовой санкции является штраф, который применяется в некоммерческих корпорациях. Например, орган саморегулируемой организации по рассмотрению дел о применении в отношении членов саморегулируемой организации мер дисциплинарного воздействия вправе наложить на члена саморегулируемой организации штраф. При этом штраф является не только мерой корпоративной ответственности, но и мерой дисциплинарной ответственности. Порядок наложения штрафа, его размер и виды нарушений, за которые он подлежит взиманию, должны определяться корпоративными документами. Нарушение данных актов влечет незаконность штрафа[26].

Обсуждение и заключение

В результате исследования можно сделать следующие выводы.

1. Обязанности участников подразделяются на основные и дополнительные.

---

[24] См., например: Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 декабря 2017 г. № 18АП-12317/2017 по делу № А07-14085/2017. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

[25] Определение Верховного Суда Российской Федерации от 5 февраля 2018 г. № 307-ЭС17-21779 по делу № А56-59760/2014. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2020).

[26] См., например: Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 13 июля 2016 г. № 02АП-2876/2016 по делу № А82-15561/2015. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 23.07.2020).

2. Основными обязанностями участников корпорации выступают следующие: не допускать злоупотребления корпоративными правами, действовать добросовестно, участвовать в образовании имущества корпорации, не разглашать конфиденциальную информацию о деятельности корпорации, заблаговременно уведомлять корпорацию и ее участников о намерении обратиться с косвенным иском, раскрывать информацию.

3. Обязанность действовать добросовестно и обязанность не допускать действий, направленных на злоупотребление правом, по своему содержанию различаются.

4. Фидуциарная обязанность участников корпорации фактически приравнивается к обязанности действовать добросовестно.

5. Применяются следующие меры корпоративной ответственности за неисполнение обязанностей: исключение участника из корпорации, приостановление права голоса, финансовые санкции.

Список используемой литературы

Асосков А. В., Байбак В. В., Бевзенко Р. С. и др. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : М-Логос, 2020. 1469 с.

Бадулина Е. В., Беляев К. П., Васильев А. С. и др. Гражданский кодекс Российской Федерации. Юридические лица: постатейный комментарий к главе 4 / под ред. П. В. Крашенинникова. М. : Статут, 2014. 524 с.

Гутников О. В. Исключение участника юридического лица: мера ответственности и способ защиты корпоративных прав // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 2. С. 102–127.

Гутников О. В. Корпоративная ответственность в гражданском праве : моногр. М. : ИЗиСП, 2019. 488 с.

Кузнецов А. А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью: теоретическая конструкция и вопросы практики применения // Вестник гражданского права. 2012. № 5. С. 94–137.

Нам К. В. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. М. : Статут, 2019. 278 с.

Новак Д. В. Добросовестность в корпоративном праве // Вестник гражданского права. 2017. № 2. С. 13–23.

Смирнова Я. А. Злоупотребления корпоративными правами участниками хозяйственных обществ : дис. … канд. юрид. наук. М., 2019. 246 с.

Смирнова Я. А. Фидуциарные обязанности участников корпорации // Законодательство. 2018. № 4. С. 34–41.

Anabtawi I., Stout L. Fiduciary Duties for Activist Shareholders // Stanford Law Review. 2008. Vol. 60, no. 5. P. 1255–1308.

Armour J. Shareholder rights // Oxford Review of Economic Policy. 2020. Vol. 36, issue 2. P. 314–340. DOI: 10.1093/oxrep/graa005.

Bratina B., Jovanovič D. Shareholders' Duty of Loyalty and Positive Voting Duty // China-USA Business Review. 2014. Vol. 13, no. 5. Pp. 347–355. DOI: 10.17265/1537-1514/2014.05.006.

Cahn A. The Shareholders' Fiduciary Duty in German Company Law // Shareholders' Duties / ed. H. S. Birkmose. Kluwer Law International, 2017. URL: https://ssrn.com/abstract=3126695 (дата обращения: 07.07.2020).

Conac P. The Shareholders' Duty Not to Abuse Rights // Shareholders' Duties / ed. H. S. Birkmose. Kluwer Law International, 2017. URL: https://ssrn.com/abstract=3123001 (дата обращения: 07.07.2020).

De Jongh M. Shareholders' Duties to the Company and Fellow Shareholders // European Company Law. 2012. Vol. 9. P. 185–191. URL: https://ssrn.com/abstract=1929745 (дата обращения: 01.07.2020).

Enforcing Shareholders' Duties. Series: Elgar financial law / eds. H. S. Birkmose, K. Sergakis. Glasgow: Edward Elgar, 2019. 320 p.

Grantham R. The Doctrinal Basis of the Rights of Company Shareholders // The Cambridge Law Journal. 1998. Vol. 57, no. 3. P. 554–588.

Encyclopedia of Corporate Social Responsibility / eds. S. O. Idowu, N. Capaldi, L. Zu, A. Das Gupta. Springer, 2013. 2772 p.

Marques P. D. S. Book Review: Enforcing Shareholders' Duties // Social & Legal Studies. 2020. URL: https://doi.org/10.1177/0964663920914964. DOI: 10.1177/0964663920914964.

Ponta A. Good faith in corporate law – an independent fiduciary duty or an element of the duty of loyalty? // Juridical Tribune (Tribuna Juridica). Bucharest Academy of Economic Studies. Law Department. 2016. Vol. 6. P. 117–133.

Søndergaard B., Möslein F. Introduction: Mapping Shareholders' Duties // Shareholders' Duties / ed. H. S. Birkmose. Kluwer Law International, 2017. URL: https://ssrn.com/abstract=3122380 (дата обращения: 30.06.2020).

Sørensen K. E., Shareholders' Duty to Disclose // Shareholders' Duties / ed. H. S. Birkmose. Kluwer Law International, 2017. URL: https://ssrn.com/abstract=3122386 (дата обращения 20.05.2020).

Varottil U. Minority Shareholders' Rights, Powers and Duties: The Market for Corporate Influence // Research Handbook on Comparative

Corporate Governance / eds. A. Afsharipour, M. Gelter. Edward Elgar Publishing, 2020. URL: https://ssrn.com/abstract=3543246 (дата обращения 15.06.2020).

References

Anabtawi, I. and Stout, L., 2008. Fiduciary Duties for Activist Shareholders. *Stanford Law Review*, 60(5), pp. 1255–1308.

Armour, J., 2020. Shareholder rights. *Oxford Review of Economic Policy*, 36(2), pp. 314–340. DOI:10.1093/oxrep/graa005.

Asoskov, A. V., Baybak, V. V., Bevzenko, R. S., et al., 2020. *Osnovnye polozheniya grazhdanskogo prava: postateynyy kommentariy k stat' yam 1–16.1 Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoy Federatsii* = [The main Provisions of Civil Law: Article-by-article Commentary to Articles 1–6.1 of the Civil Code of the Russian Federation]. Ed. A. G. Karapetov. Moscow: M-Logos. (In Russ.)

Badulina, E. V., Belyaev, K. P., Vasil'ev A. S., et al., 2014. *Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii. Yuridicheskie litsa: postateynyy kommentariy k glave 4* = [Civil Code of the Russian Federation. Legal Entities: Article-by-article Commentary to Chapter 4]. Ed. P. V. Krasheninnikov. Moscow: Statut. (In Russ.)

Birkmose, H. S. and Sergakis, K., eds., 2019. *Enforcing Shareholders' Duties. Series: Elgar financial law*. Glasgow: Edward Elgar.

Bratina, B. and Jovanovič, D., 2014. Shareholders' Duty of Loyalty and Positive Voting Duty. *China-USA Business Review*, 13(5), pp. 347–355. DOI: 10.17265/1537-1514/2014.05.006.

Cahn, A., 2017. The Shareholders' Fiduciary Duty in German Company Law. In: H. S. Birkmose, ed. *Shareholders' Duties*. Kluwer Law International. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3126695> [Accessed 07 June 2020].

Conac, P., 2017. The Shareholders' Duty Not to Abuse Rights. In: H. S. Birkmose, ed. *Shareholders' Duties*. Kluwer Law International. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3123001> [Accessed 7 June 2020].

De Jongh, M., 2012. Shareholders' Duties to the Company and Fellow Shareholders. *European Company Law*, 9, pp. 185–191. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1929745> [Accessed 1 July 2020].

Grantham, R., 1998. The Doctrinal Basis of the Rights of Company Shareholders. *The Cambridge Law Journal*, 57(3), pp. 554–588.

Gutnikov, O. V., 2015. [Exclusion of a Participant in a Legal Entity: a Measure of Responsibility and a Method of Protecting Corporate Rights]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossijskoj Federacii* = [Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation], 2, pp. 102–127. (In Russ.)

Gutnikov, O. V., 2019. *Korporativnaya otvetstvennost' v grazhdanskom prave* = [Corporate Responsibility in Civil Law]. Monograph. Moscow: IZiSP. (In Russ.)

Idowu, S. O., Capaldi, N., Zu, L. and Das Gupta, A., eds., 2013. *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*. Springer.

Kuznetsov, A. A.. 2012. [Exclusion of a Shareholder From a Limited Liability Company: Theoretical Construction and Practical Application Issues]. *Vestnik grazhdanskogo prava* = [Bulletin of Civil Law], 5, pp. 94–137. (In Russ.)

Marques, P. D. S., 2020. Book Review: Enforcing Shareholders' Duties. *Social & Legal Studies*. Available at: <https://doi.org/10.1177/0964663920914964> [Accessed 1 July 2020]. DOI: 10.1177/0964663920914964.

Nam, K. V., 2019. *Printsip dobrosovestnosti: razvitie, sistema, problemy teorii i praktiki* = [The Principle of Conscientiousness: Development, System, Problems of Theory and Practice]. Moscow: Statut. (In Russ.)

Novak, D. V. 2017. [Conscientiousness in corporate law]. *Vestnik grazhdanskogo prava* = [Bulletin of Civil Law], 2, pp. 13–23 (In Russ.)

Ponta, A., 2016. Good faith in corporate law – an independent fiduciary duty or an element of the duty of loyalty? *Juridical Tribune (Tribuna Juridica). Bucharest Academy of Economic Studies, Law Department*, 6, pp. 117–133.

Smirnova, Ya. A., 2018. [Fiduciary duties of corporation members]. *Zakonodatel'stvo* = [Legislation], 4, pp. 34–41. (In Russ.)

Smirnova, Ya. A., 2019. *Zloupotrebleniya korporativnymi pravami uchastnikami khozyaystvennykh obshchestv* = [Abuse of Corporate Rights by Members in Business Entities]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Søndergaard, B. and Möslein, F. 2017. Introduction: Mapping Shareholders' Duties. In: H. S. Birkmose, ed. *Shareholders' Duties*. Kluwer Law International. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3122380> [Accessed 30 June 2020].

Sørensen, K. E., 2017. Shareholders' Duty to Disclose. In: H. S. Birkmose, ed. *Shareholders' Duties*. Kluwer Law International. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3122386> [Accessed 20 May 2020].

Varottil, U., 2020. Minority Shareholders' Rights, Powers and Duties: The Market for Corporate Influence. In: A. Afsharipour and M. Gelter, eds. *Research Handbook on Comparative Corporate Governance*. Edward Elgar Publishing. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3543246> [Accessed 15 June 2020]. DOI: 10.2139/ssrn.3543246.

Информация об авторе / Information about the author

Грибов Николай Дмитриевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и административного судопроизводства ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69)
Nick D. Gribov, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Civil and Administrative Proceedings Department (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).
E-mail: ng.law@yandex.ru

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 28.09.2020; дата одобрения после рецензирования: 05.10.2020; дата принятия статьи к опубликованию: 02.02.2021.
Submitted 28.09.2020; reviewed 05.10.2020; revised 02.02.2021.

УДК 34.01
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.148-183

Криминалистические базы данных геномной информации: международный опыт и возможность его применения в Российской Федерации

А. Г. Семиходский

ООО «Медикал Геномикс», г. Тверь, Российская Федерация
andrei@medicalgenomics.ru

Аннотация

Введение. В статье освещаются актуальные вопросы создания и использования федеральной базы геномной информации Российской Федерации. Несмотря на то что экспертное применение криминалистического анализа ДНК началось еще в конце 80-х – начале 90-х гг. XX столетия, законодательная основа использования ДНК для расследования преступлений не соответствует требованиям, предъявляемым сегодня.

Теоретические основы. Методы. Проведенное исследование базируется на сравнительном анализе нормативно-правовых основ криминалистических баз генетических данных зарубежных стран, в особенности Соединенного Королевства и США, и Российской Федерации.

Результаты исследования. Основываясь на опыте стран, где созданы и эффективно применяются криминалистические базы данных ДНК, обсуждается правовое регулирование подобного рода баз и целей, для которых они используются. Обсуждаются виды преступлений, субъекты которых подлежат генетической регистрации, и процессуальная категория лиц, у которой берутся образцы ДНК. Рассматриваются сроки хранения и критерии удаления генетической информации. Отдельно разбираются вопросы контроля качества и этического использования генетической информации для целей раскрытия преступлений.

Обсуждение и заключение. Отмечена необходимость законодательных инициатив, которые позволят правоохранительным органам иметь базу геномной информации в качестве эффективного инструмента для борьбы с преступностью.

Ключевые слова: база данных геномной информации, база данных ДНК, криминалистическая база данных ДНК, генетическая база данных, ДНК-криминалистика, криминалистический анализ ДНК, криминалистическая генетика

Для цитирования: Семиходский А. Г. Криминалистические базы данных геномной информации: международный опыт и возможность его применения в Российской Федерации // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 1. С. 148–183. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.148-183.

© Семиходский А. Г., 2021

Forensic DNA Databases: International Experience and the Possibility of its Application in the Russian Federation

Andrei G. Semikhodskii

Medical Genomics LLC, Tver', Russian Federation
For correspondence: andrei@medicalgenomics.ru

Abstract

Introduction. The article highlights a number of topical issues involving the federal database of genomic information of the Russian Federation. Despite the fact that the expert application of forensic DNA analysis began in the late 80s/early 90s of the twentieth century, the legal basis for the use of DNA for crime investigation does not meet the requirements of today.

Theoretical Basis. Methods. The study is based on a comparative analysis of the legal framework of forensic genetic databases of foreign countries, especially the United Kingdom and the United States, and the Russian Federation.

Results. Based on the experience of countries where forensic DNA databases have been created and are effectively used, the general legislative principles of organizing such databases are discussed. Crimes warranting genetic registration and the procedural category of persons from whom DNA samples should be taken for the database purposes are considered as well as the length of the retention period and criteria for deleting genetic information. The issues of quality control and ethical use of genetic information for solving crimes are discussed separately. In conclusion, the need for a legislative initiative that will allow law enforcement agencies to have a genomic information database as an effective tool for combating crime is proposed.

Discussion and Conclusion. The paper emphasises a need for legislative initiatives that would allow law enforcement agencies to have a genomic database as an effective tool for combating crime.

Keywords: genomic information database, DNA database, DNA forensic database, genetic database, DNA forensics, DNA forensic analysis, forensic genetics

For citation: Semikhodskii, A. G., 2021. Forensic DNA databases: International experience and the possibility of its application in the Russian Federation. *Pravosudie/Justice*, 3(1), pp. 148–183. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.148-183.

Введение

Криминалистические базы данных ДНК в мире и в России

Дезоксирибонуклеиновая кислота (ДНК) была открыта в 1869 г. швейцарским ученым Иоганном Фридрихом Мишером (Johannes Friedrich Miescher). На протяжении многих лет биологическая функция ДНК была не ясна. Еще в начале XX столетия, когда генетика уже сформировалась как отдельная наука, многие ученые были уверены, что ДНК не имеет никакого отношения к передаче наследственной информации.

Прошло не одно десятилетие, прежде чем в 40-х гг. XX в. было доказано, что именно ДНК является носителем генетической информации. В 1953 году англичанин Френсис Крик (Francis Crick) вместе с американцем Джеймсом Уотсоном (James Watson) установили, что структура ДНК представляет собою двойную антипараллельную спираль, тем самым не

только положив начало современной молекулярной биологии, но и осуществив прорыв в развитии медицины, сельского хозяйства и криминалистики.

Возможность использования ДНК с целью идентификации человека впервые была предложена в начале 80-х гг. XX в. профессором Лестерского университета в Соединенном Королевстве Алеком Джеффрисом (Alec Jeffreys), который обнаружил, что, несмотря на то что ДНК всех людей более чем на 99 % идентична, в ней имеются участки, отличающиеся у разных людей. Анализ этих участков позволяет практически однозначно идентифицировать человека по его биологическому материалу. Сейчас ДНК-анализ используется не только в криминалистике, где этот метод стал основным методом идентификации человека, но и для установления отцовства и других видов родства и даже этнического происхождения.

Важность учета генетической информации была признана сразу, как только генетический анализ начал использоваться правоохранительными органами. За идеей создания криминалистических баз данных ДНК стоит намерение, с одной стороны, сделать полицию более оперативной, эффективной и организованной, а с другой стороны – уменьшить количество ошибок при отправлении правосудия. Национальная криминалистическая база генетической информации позволяет не только раскрыть преступления, которые не могли бы быть раскрыты без ее использования, но также значимо сократить затраты и время раскрытия преступлений. Опыт использования британской национальной криминалистической базы данных ДНК показывает среднее увеличение раскрываемости на 60%[1] и повышение раскрываемости нетяжких преступлений в 3–4 раза[2]. Немаловажным является использование баз данных для обмена генетической информацией между юрисдикциями с целью нахождения лиц, скрывающихся от правосудия.

Первая в мире база генетической информации[3] для целей предупреждения и раскрытия преступлений была создана в Соединенном Королевстве в 1995 г. и получила название NDNAD (от англ. **N**ational **DNA** **D**atabase – национальная база данных ДНК).

Вскоре аналогичные базы данных были созданы в других европейских государствах и в США. На сегодняшний день в 69 странах мира

---

[1] Подробно о создании и использовании NDNAD см.: [Semikhodskii, A., 2007].

[2] National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18 (2019). URL: https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-annual-report-2017-to-2018 (дата обращения: 30.06.2020).

[3] В мировой литературе криминалистические базы генетической информации наиболее часто называют «криминалистическая база данных ДНК» или «криминалистическая база генетических данных». Подобная терминология будет использована в настоящей статье.

уже используются криминалистические базы ДНК, а в 34 странах базы находятся на разных стадиях разработки [Machado, H. and Granja, R., 2020]. Д. Чалмерз [Chalmers, D., 2005] и Ф. Сантос с коллегами [Santos, F., Machado, H. and Silva, S., 2013] дают всесторонний анализ ситуации в Европе и некоторых других странах. Национальная база данных ДНК США CODIS (от англ. **Co**mbined **D**NA **I**ndex **S**ystem – единая система ДНК-индексации) и базы данных ДНК отдельных штатов описаны Д. Херкенхэмом [Herkenham, D., 2002].

Собственную автоматизированную базу генетических данных – DNA Gateway (от англ. ДНК-портал), содержащую профили ДНК, представленные странами-членами, имеет Интерпол. DNA Gateway была создана в 2002 г. и содержит более 242 000 профилей ДНК из 85 стран-членов[4]. В отличие от других баз DNA Gateway используется только для сравнения и обмена информацией и не позволяет идентифицировать конкретного человека, так как не содержит идентифицирующей личной информации. Она функционирует как автономная база данных и не связана с другими базами данных Интерпола.

Теоретические основы. Методы

Для проведения исследования был сделан сравнительный анализ состояния криминалистических баз генетических данных в разных странах и регламентирующего их работу законодательства. Было проанализировано текущее состояние российского законодательства в области использования ДНК-криминалистики и сделано сравнение со странами, наиболее активно использующими генетическую информацию для раскрытия преступлений, в частности Соединенным Королевством и США.

Результаты исследования

Многолетнее использование генетических баз данных правоохранительными органами определило функции, которые они выполняют на сегодняшний день:

- базы данных являются репозиторием генетической информации;
- базы данных позволяют связать между собой разные эпизоды преступления внутри одного уголовного дела, преступления, совершенные с разницей во времени;
- базы данных позволяют идентифицировать предполагаемого преступника, жертву преступления или неопознанный труп внутри собственной юрисдикции;
- базы данных позволяют идентифицировать предполагаемого преступника, жертву преступления или неопознанный труп в других юрисдикциях;

[4] Интерпол. URL: https://www.interpol.int/en/How-we-work/Forensics/DNA (дата обращения: 07.11.2020).

• базы данных позволяют раскрывать преступления, совершенные многие годы назад;

• базы данных являются средством сдерживания для потенциального правонарушителя.

В странах, где полицейские службы начали использовать ДНК-методы идентификации и созданы криминалистические базы генетической информации, появилось новое законодательство и были внесены соответствующие изменения в уже существующее. Таким образом, была создана система правового регулирования не только баз данных подобного рода, но и использования генетической идентификации правоохранительными органами в целом. Законодательно стали регулироваться категория преступлений, подлежащих регистрации, возможность применения физического принуждения при изъятии образцов, а так же тип биологического материала (образцы), изымаемого у субъекта. Учитывая особенности генетической информации, ее высокую доказательную ценность и возможность использования данных для целей, не связанных с раскрытием преступлений, были установлены сроки хранения и критерии удаления генетической информации, определены санкции за ее нецелевое использование и несанкционированный доступ к ней и регламентированы другие аспекты использования ДНК полицейскими службами. В настоящее время специальное законодательство, регулирующее деятельность баз генетических данных и использования ДНК-анализа, действует во всех странах Европейского Союза (ЕС), Соединенном Королевстве, США, Канаде, Австралии, Республике Корея, Малайзии и многих других странах.

В России экспертное применение криминалистического анализа ДНК началось еще в советский период, в конце 80-х – начале 90-х гг. прошлого столетия, однако первый акт – Федеральный закон № 242-ФЗ «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации»[5], регулирующий взятие биологических образцов у определенных категорий лиц и неопознанных трупов и порядок хранения генетической информации[6],

---

[5] Федеральный закон от 3 декабря 2008 г. № 242-ФЗ «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации» (с изм. от 17.12.2009). URL: http://docs.cntd.ru/document/902131995 (дата обращения: 02.11.2020).

[6] Геном – это полный набор ДНК человека (около 3,5 млрд пар нуклеотидных оснований). Геномная информация – это информация об очень большом количестве ДНК-маркеров, как правило, исчисляемых сотнями тысяч или миллионами, полученная, в результате широкомасштабного секвенирования или при помощи ДНК-микрочипов высокой плотности. *Геномные данные* включают в себя большие массивы данных, которые можно использовать в разных целях, например для диагностики или установления предрасположенности к заболеваниям, для целей персонализированной медицины, для нахождения дальних родственников или же установления этнического происхождения и т. д. В отличие от геномных, *генетические данные* – это, как правило, информация о гораздо меньшем количестве ДНК-маркеров. Количество всех генетических маркеров, использу-

появился только в 2008 г. В литературе [Перепечина, И. О., 2010; Попова, Т. В. и Сергеев, А. Б., 2017] обращалось внимание на несовершенство этого Закона: в нем не предусмотрены ни геномная регистрация подозреваемых и лиц, против которых выдвинуто обвинение в совершении преступления, ни генетическая регистрация в ходе производства следственных действий лиц, чья личность уже установлена другими способами; не предполагается регистрация генетической информации, полученной из биологических пятен с объектов, изъятых на месте преступления. Законом нечетко определены критерии хранения и удаления генетической информации, не оговорена судьба генетической информации субъекта, когда, по результатам генетической экспертизы, он не имеет отношения к совершению расследуемого преступления, не оговорены типы биологических образцов, отбираемых у субъектов, возможность отказа от процедуры сдачи либо использования силового принуждения и многое другое. Все это свидетельствует о необходимости разработки специального правового регулирования работы базы данных геномной информации, использования ДНК-экспертизы для расследования преступлений.

В 2006 году МВД России в рамках экспертно-криминалистического учета данных ДНК биологических объектов создало первую в Российской Федерации базу генетических данных[7]. Спустя два года Федеральный закон № 242-ФЗ «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации» заложил основы геномной регистрации в стране, и в 2009 г. была создана Федеральная база данных геномной информации (ФБДГИ). По данным МВД России, на 2017 г. ФБДГИ содержала геномную информацию всего 0,14% населения страны [Гостев, А. А., 2017].

Еще одна криминалистическая база генетической информации – «Единый ДНК-учет Следственного комитета» была создана в Криминалистическом центре Следственного комитета Российской Федерации в 2019 г. На конец 2019 г. на учете в реестре стояло 31 988 генетических профилей проверяемых лиц[8].

Несовершенство законодательного регулирования не позволяет эффективно использовать ФБДГИ для правоохранительных целей, а использование ДНК-базы СКР вызывает вопросы не только о ее правовой основе,

---

емых в криминалистике, меньше 50, и термин «генетическая», а не «геномная» более правильно отражает тип данной информации. Четких стандартов применения терминов «геномная информация» и «генетическая информация» не существует, и эти термины часто взаимозаменяемы.

[7] Приказ МВД России от 10 февраля 2006 г. № 70 «Об организации использования экспертно-криминалистических учетов органов внутренних дел Российской Федерации». URL: http://docs.cntd.ru/document/901969840 (дата обращения: 21.08.2020).

[8] Александр Бастрыкин: «В криминалистическом центре СКР создан банк ДНК-данных» // Российская газета. 2019. 15 окт.

но и о законности полученных с ее помощью доказательств. Дискуссионными являются круг лиц, подлежащих регистрации, их процессуальный статус, преступления, по которым должно производиться изъятие генетических образцов и их регистрация [Белов, О. А. и Белова, О. Н., 2016], а также сроки хранения генетической информации. В связи с этим МВД России и Общественной палатой Российской Федерации в 2016 г. был подготовлен проект закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам государственной геномной регистрации»[9]. В проекте закона предлагалось расширить круг лиц, подлежащих геномной регистрации, включив туда подозреваемых и обвиняемых в совершении преступления, однако до сих пор изменения не приняты законодателем. Такое неудовлетворительное состояние дел обусловлено отсутствием законодательных и организационных рамок для создания единой централизованной базы геномной информации в Российской Федерации, которую могли бы использовать все заинтересованные правоохранительные органы. Вместо этого налицо ведомственность (создание баз для конкретного подразделения), дополнительные затраты бюджетных средств на генотипирование, IT инфраструктуру и поддержание базы данных, что затрудняет использование достижений криминалистической генетики для правоохранительных целей.

Цели базы данных геномной информации

Действующее российское законодательство определяет целью государственной геномной регистрации не расследование преступлений, а идентификацию личности человека[10], что ограничивает возможности ее применения.

В ведущих западных странах законодательством четко закреплены цели, для которых можно использовать криминалистические базы генетической информации. В Соединенном Королевстве, например, таковыми являются[11]:

- цели национальной безопасности;
- цели расследования терроризма;
- цели предупреждения и раскрытия преступлений;
- цели расследования правонарушений или уголовного преследования;
- цели идентификации умершего человека.

---

[9] Проект закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам государственной геномной регистрации». URL: https://www.oprf.ru/ru/1449/2133/1537/2192/newsitem/34119 (дата обращения: 21.07.2020).

[10] Статья 2 Закона № 242-ФЗ.

[11] S. 63T Police and Criminal Evidence Act 1984. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents (дата обращения: 21.07.2020)

Использование базы в других целях запрещено.

При разработке нормативных правовых документов, которые четко установят цели криминалистического учета геномной информации и будут регламентировать деятельность криминалистической базы данных ДНК, российскому законодателю следует учитывать, что включение в базу генетической информации человека в той или иной степени может нарушать ряд прав и свобод, гарантированных ему Всеобщей декларацией прав человека и Конституцией Российской Федерации: право на неприкосновенность частной жизни, честь и достоинство человека, право на личную и моральную неприкосновенность, право не свидетельствовать против себя, право на презумпцию невиновности, право на охрану здоровья и право на свободу [Guillén, M., et al., 2000].

Общие принципы организации криминалистической базы генетической информации

Криминалистическая база данных ДНК, будучи прежде всего компьютеризированным хранилищем информации, должна соответствовать современным стандартам управления данными. Это позволит не только обеспечить ее эффективное использование, но и поддерживать долгосрочно качество сохраняемых данных [DAMA International, 2017]. Применительно к генетической базе такими принципами являются:

• понимание и поддержка информационных потребностей всех заинтересованных в использовании базы служб и субъектов, включая физических лиц, чья генетическая информация в ней хранится;

• обеспечение адекватного хранения, защиты и целостности данных;

• создание системы контроля качества загружаемых и хранящихся данных;

• обеспечение конфиденциальности;

• предотвращение несанкционированного или ненадлежащего доступа, манипулирования или использования данных и информации;

• создание системы эффективного использования данных.

Все упомянутые стандарты и принципы нуждаются в нормативном регулировании. Если одни из них, например создание системы контроля качества, могут регламентироваться внутренним стандартом правообладателя базы, то обеспечение конфиденциальности, соблюдение интересов физических лиц, чьи данные хранятся в базе, доступ к базе разных структур охраны общественного порядка и обеспечения национальной безопасности необходимо регулировать на уровне закона. Рассмотрим эти важные вопросы.

Данные – это информация, хранящаяся в цифровом виде, имеющая свои характеристики и особенности, жизненный цикл и другие параметры, которые не только необходимо учитывать при создании генетического репозитория, но и некоторые из них регламентировать законода-

тельно. *Генетическая информация* – это особый тип данных, обладающий уникальными свойствами: наиболее очевидными являются неизменность генетической информации на протяжении всей жизни человека, ее наследуемость и многоплановость использования. Она позволяет не только практически однозначно идентифицировать человека, но и установить родственные связи между людьми.

Нормативное регулирование системы управления базы генетических данных должно учитывать их жизненный цикл, который может быть очень сложным. Развитие молекулярно-генетических технологий со временем приводит как к увеличению числа параметров уже используемого типа данных, характеризующих образец, так и к появлению новых типов генетических данных[12]. Изменения в общественном мнении и решения судебных инстанций могут сделать необходимым включение в базу информации об определенной категории субъектов, удаление какой-то части данных или изменение сроков их хранения[13].

Законодательно должны быть установлены типы генетической информации, которую как можно получать от субъекта и хранить в базе данных, так и получение которой незаконно. Важным критерием выбора типа хранящихся данных является обеспечение соответствия данных целям базы данных и задачам, предъявляемым заинтересованными правоохранительными организациями. Анализ ДНК может дать разнообразную информацию о доноре образца – от информации о наличии или предрасположенности к заболеваниям до информации о цвете кожи, волос, форме носа, возрасте и т. д. [Schneider, P. M., Prainsack, B. and Kayser, M., 2019]. Для расследования преступлений генетические данные должны обладать высокой дискриминационной способностью и наиболее точно идентифицировать человека. Слишком большое количество информации может быть контрпродуктивно, а включение некоторых видов информации (например, о предрасположенности к заболеваниям) – даже нарушать права человека. Кроме этого, регулирование системы управления данными должно быть нацелено на минимизацию рисков (утрата или повреждение данных и т. п.) и соблюдение этических норм использования хранящейся в базе информации.

---

[12] Это видно на примере NDNAD. На момент создания базы данных в 1995 г. образец ДНК характеризировался по 7 маркерам, с 2014 г. – по 17.

[13] Решение Европейского Суда по правам человека в деле S and Marper v United Kingdom [2008] ECHR 1581 обязало Соединенное Королевство удалить из NDNAD большое количество генетической информации лиц (более 15% всех хранящихся ДНК-профилей субъектов), против которых не было вынесено обвинение или которые не были признаны виновными в совершении преступления. Были также изменены сроки хранения информации в зависимости от процессуального статуса субъекта, его возраста и категории преступления. Результатом этого решения Европейского Суда по правам человека стало принятие Соединенным Королевством в 2012 г. Закона о защите свобод (Protection of Freedoms Act 2012).

Типы базы данных

Генетические базы данных могут быть двух типов – универсальные (всеобщие) и выборочные. Всеобщая база данных включает биоматериал всех людей в стране, или конкретной юрисдикции. Выборочные базы данных содержат информацию об определенной выборке из общего населения по заранее заданным критериям. Для медико-генетических баз таковыми могут быть наличие какого-либо заболевания, генетические варианты или же определенные физиологические и биохимические показатели, а для криминалистических (полицейских) баз – категория преступления, при совершении которого берется биологический материал, процессуальный статус субъекта и т. д.

Концепция создания универсальной криминалистической базы данных ДНК детально рассмотрена Р. Вильямсоном и П. Джонсоном [Williams, R. and Johnson, P., 2005]. По мнению этих авторов, взятие биоматериала у каждого члена общества, включая новорожденных детей, обеспечит беспристрастность базы данных. Каждый гражданин страны, еще не сдавший свой биоматериал, должен будет предоставить свой образец, равно как и каждый иммигрант и, возможно, даже турист. Это поднимает существенные нравственные, а также логистические проблемы, не говоря уже об очень значительных финансовых затратах.

Существует ряд преимуществ взятия биоматериала у каждого человека при рождении по сравнению с анализом ДНК только субъектов, связанных с расследованием преступлений. Основным из них является обеспечение равенства и равноправия всех граждан страны при расследовании. Не секрет, что этническое и гендерное распределение популяции лиц, находящихся в местах лишения свободы, не отражает этнического и гендерного распределения населения всей страны. В местах заключения находится значительно больше мужчин, чем женщин, а пропорция этнических меньшинств в тюрьмах значительно выше, чем в общей популяции[14]. Справедливо возникает вопрос: являются ли эти слои общества в действительности более предрасположенными к активной криминоген-

[14] Так, в британской NDNAD доля ДНК-профилей женщин составляет 19,2%, а доля ДНК-профилей мужчин – 80,3% (для 0,5% доноров ДНК пол не установлен). Доля ДНК-профилей от представителей афро-карибской расы составляет 7,6% (National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18 (2019). URL: https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-annual-report-2017-to-2018 (дата обращения: 30.06.2020), тогда как согласно последней переписи населения доля представителей афро-карибской расы среди общего населения Соединенного Королевства составляет только 3,0% (Office for National Statistics. 2011 Census: Ethnic group, local authorities in the United Kingdom. 11 October 2013. URL: https://web.archive.org/web/20131021150149/http://www.ons.gov.uk/ons/rel/census/2011-census/key-statistics-and-quick-statistics-for-local-authorities-in-the-united-kingdom---part-1/rft-ks201uk.xls (дата обращения: 09.11.2020).

ной деятельности, или же данная ситуация обусловлена наличием других факторов, одним из которых может являться предвзятость правоохранительных органов в отношении определенной социальной, этнической или половой категории граждан? Одним из ключевых аргументов в поддержку всеобщей генетической идентификации является и то, что взятие образцов у каждого члена общества будет более справедливым, чем сбор образцов только лиц, вступивших в тот или иной контакт с системой правоохранительных органов.

Еще одним важным преимуществом универсальной базы являются особенности проведения следственными органами массовых сборов образцов ДНК с целью исключения лиц из числа подозреваемых. Лица, которые по какой-либо причине отказываются от участия в таком массовом сборе, рискуют оказаться подозреваемыми. По мнению ряда правоведов, массовый сбор образцов может нарушать принцип презумпции невиновности, в соответствии с котором лицо не должно предоставлять доказательства своей невиновности (в данном случае свой образец ДНК) для исключения из числа возможных подозреваемых. Взятие образцов при рождении позволит решить эту проблему.

Взятие биоматериала для базы данных ДНК при рождении также может стать значимым фактором сдерживания от совершения правонарушений для всех членов общества и одновременно во много раз облегчить процесс идентификации и поимки правонарушителей. Однако для этого на законодательном уровне необходимо принять нормы, надежно охраняющие и защищающие гражданские свободы и права людей и обеспечивающие надлежащий контроль за работой такой базы данных.

Попытки создать универсальную криминалистическую базу ДНК предпринимались неоднократно.

В 2005 году правительство Португалии объявило о своем желании внести все свое население в криминалистическую базу данных ДНК. Однако от этого плана отказались из-за опасений по поводу высоких затрат на ее создание и возможных нарушений прав человека. В Соединенном Королевстве в 2006 г. правительством было предложено создать универсальную базу данных, включающую в себя каждого жителя и посетителя Соединенного Королевства[15], однако через два года эта идея была отклонена руководителями полицейских служб[16]. Также отказалось от создания универсальной криминалистической базы данных правительство Узбекистана [Wallace, H. M., Jackson, A. R., Gruber, J. and Thibedeau, A. D., 2014].

---

[15] DNA database ‘should include all’ // The Telegraph. 24 October 2006. URL: http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1532210/DNA-database-should-include-all.html (дата обращения: 15.09.2020).

[16] Police chiefs against universal DNA database. 27 June 2008. URL: http://rinf.com/alt-news/surveillance-big-brother/police-chiefs-against-universal-dna-database/ (дата обращения: 15.05.2020).

Многие члены адвокатского корпуса и правозащитные организации разделяют опасение, что база данных, в которую включена генетическая информация всех граждан, может стать основным инструментом вторжения в частную жизнь. На сегодняшний день проблема создания универсальной криминалистической базы генетических данных не решена ни в одном государстве. Слишком много этических и технических вопросов нуждаются в проработке, и права и свободы человека должны быть не только гарантированы de jure, но и обеспечены de facto.

Архитектура базы данных

Архитектура базы данных обусловливает особенности системы доступа к данным, их интеграции и хранения. Из всех известных типов архитектур для целей создания хранилищ генетической информации важны два типа – централизованная и федеративная (распределенная) [DAMA International, 2017].

При централизованной архитектуре все данные находятся в одном месте (рис. 1А). В небольших по территории и количеству входящих в них субъектов государствах криминалистические базы данных организованы, как правило, именно по этому принципу.

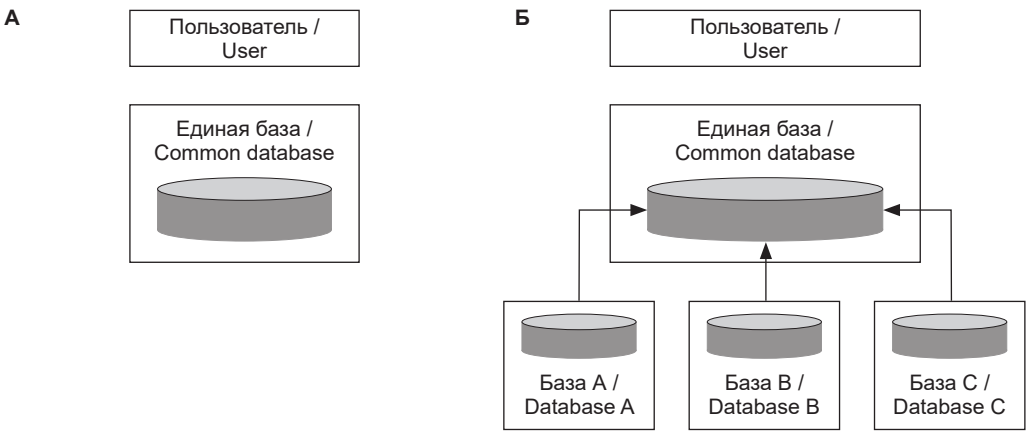

Рис. 1. Типы архитектур баз данных / *Pic. 1*. Types of database architecture
А. Централизованная база данных / A. Centralised database
Б. Федеративная база данных / B. Federated database

Федеративные базы отличаются тем, что они состоят из нескольких автономных локальных баз, которые выгружают данные в единую федеративную базу, к которой и имеет доступ пользователь (рис. 1Б). При федеративной архитектуре составляющие базы данных часто географически разделены и связаны через компьютерную сеть. Они остаются автоном-

ными, но экспортируют свои данные (полностью или частично, в зависимости от целей) в единую базу данных. При такой архитектуре фактическая интеграция данных в составляющих базах данных отсутствует, а осуществляется непосредственно в единой базе.

Законодателю необходимо решить, будет ли база данных геномной информации единой (т. е. централизованной), или же региональные экспертные подразделения будут вначале накапливать генетические данные в своих локальных базах, а потом с определенной периодичностью выгружать новую информацию в центральную базу (т. е. база будет иметь федеративную архитектуру). Для государств, состоящих из нескольких юрисдикций, и для стран с очень большой территорией федеративная архитектура имеет предпочтение перед централизованной. В Соединенном Королевстве – государстве, включающем три юрисдикции, NDNAD имеет федеративную архитектуру [Semikhodskii, A., 2007]: Северная Ирландия и Шотландия имеют собственные криминалистические базы ДНК, которые ежедневно экспортируют все новые данные в NDNAD, тогда как генетическая информация, полученная в Англии и Уэльсе, загружается туда напрямую (рис. 2). В Соединенных Штатах Америки существует подобная, причем многоуровневая, архитектура национальной криминалистической базы данных CODIS (рис. 3).

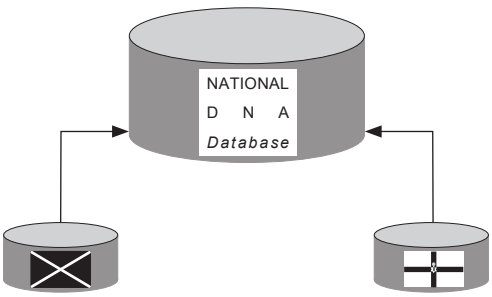

Рис. 2. Архитектура национальной криминалистической базы данных Соединенного Королевства NDNAD /
Pic. 2. Architecture of the National DNA Database of the United Kingdom NDNAD

Каждая из архитектур имеет свои преимущества и недостатки. При централизованной структуре один оператор занимается управлением базой данных, ее обслуживанием, контролирует качество входящих и хранящихся данных и несет ответственность за их безопасность. При федеративной архитектуре должны быть созданы единая федеральная база и локальные базы данных, число которых должно быть определено ее правообладателем, назначены операторы для федеральной и каждой из региональных баз и внедрены единые стандарты контроля качества. Локальные базы с определенной периодичностью должны будут экспорти-

ровать всю новую генетическую информацию, поставленную на криминалистический учет, в федеральную базу, которая будет интегрировать данные и выдавать результаты по запросам следствия. Учитывая географические факторы и наличие 85 субъектов Федерации, именно федеративная архитектура, по мнению автора, предпочтительна для Российской Федерации.

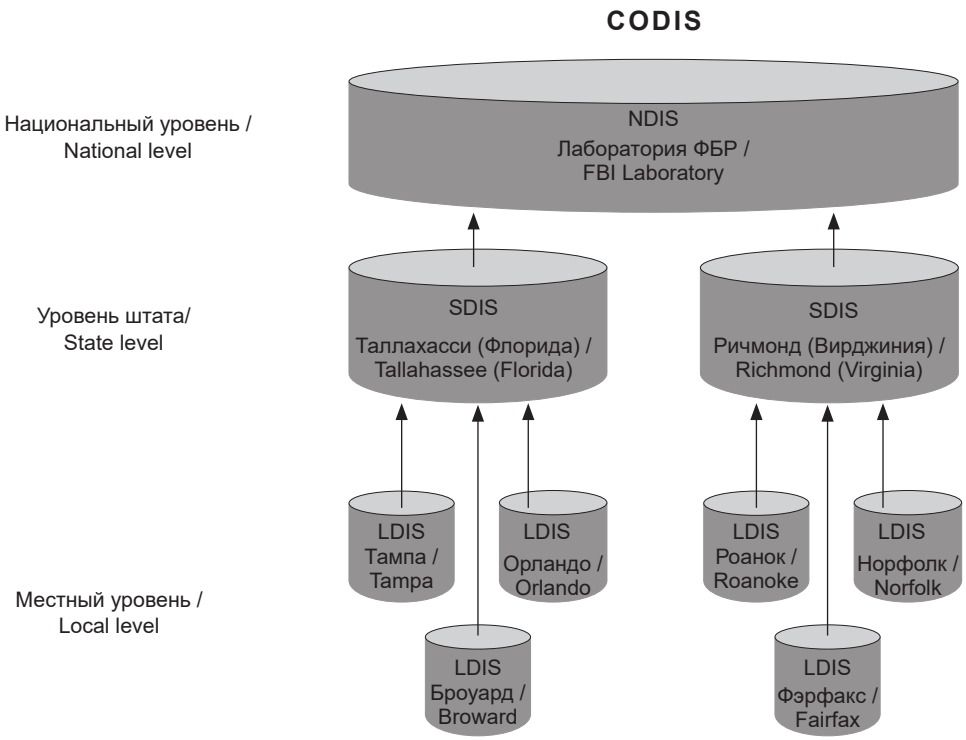

Рис. 3. Архитектура национальной криминалистической базы данных США CODIS /
Pic. 3. Architecture of the Combined DNA Index System (USA)

Национальная криминалистическая база данных США CODIS имеет многоуровневую структуру. LDIS (local DNA index system) – местная база данных ДНК, SDIS (state DNA index system) – база данных ДНК штата, NDIS (national DNA index system) – национальная база данных США. Каждая лаборатория на местном уровне и на уровне штата поддерживает свою часть CODIS. Лаборатория ФБР поддерживает национальную базу целиком /
Combined DNA Index System of the USA (CODIS) has a multilevel structure: LDIS (Local DNA Index System), SDIS (State DNA Index System), NDIS (National DNA Index System). Each laboratory at the local and state level maintains its part of CODIS. The FBI laboratory maintains the whole national database.

Учетная запись в базе геномной информации – сведения, характеризующие ДНК-профиль, и типы генетических данных

Сведения, которые должны храниться в базе данных. Вопреки распространенному мнению, криминалистическая база геномной информации не является хранилищем истории преступной активности физического лица, чьи данные в ней находятся. В ней хранятся только все необходимые параметры, позволяющие эффективно провести сравнение между ДНК-профилями физических лиц и пятнами с мест происшествий и ДНК-профилями, полученными следственным органами при расследовании новых преступлений.

Среди основных проблем баз данных ДНК – обеспечение конфиденциальности и безопасности хранимой генетической информации. Последствия утечки или неправильного обращения с этой информацией могут оказаться катастрофичными для человека или его семьи. Решению этой проблемы служат регистрация и хранение только той информации, которая необходима для осуществления целей базы данных, причем идентифицирующая информация о доноре образца отсутствует.

Так, в американской CODIS хранится только четыре параметра: (1) идентификатор лаборатории, загрузившей данные, (2) идентификатор образца, (3) ДНК-профиль и (4) идентификатор специалиста, ответственного за получение профиля [Butler, J. M., 2011]. В NDNAD кроме номера образца и самого ДНК-профиля заносят информацию об этническом (расовом) происхождении донора (семь различных этнических категорий), заявленный пол донора, его возраст и идентификатор лаборатории, загрузившей данные[17].

Идентификация личности субъекта не входит в функции базы данных. Обычно она проводится следственными органами на основе уже имеющейся у них предварительной информации и только в исключительных случаях – при помощи генетических методов. Основными функциями базы данных является сравнение ДНК-профиля субъекта (подозреваемого, свидетеля и т. д.) с ДНК-профилями биологических пятен с мест происшествия, которые в ней хранятся, а также сравнение ДНК-профиля биологического пятна, полученного в ходе расследования нового преступления, с ДНК-профилем субъекта, уже стоящего в базе на учете. В США, Соединенном Королевстве и многих других странах личная информация о субъекте, чей ДНК-профиль находится в базе данных генетической информации, хранится отдельно в специальной полицейской базе данных вместе с информацией о судимостях, адресах проживания и т. д. Там же хранится регистрационный номер профиля ДНК из генетической базы данных, по которому личность субъекта может быть установлена.

---

[17] National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18 (2019). URL: https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-annual-report-2017-to-2018 (дата обращения: 30.06.2020).

В британской NDNAD ДНК-профили идентифицируются исключительно по штрихкоду. Информация о том, какому физическому лицу принадлежит конкретный штрихкод, находится в Национальной полицейской базе (Police National Computer, PNC). При совпадении между генетическим профилем с места преступления и профилем, хранящимся в NDNAD, оператор генетической базы получает только номер совпадающего образца, который он передает следователю. Используя этот номер в качестве запроса в PNC, следователь получает полную информацию о доноре образца, включая настоящие и бывшие имена и фамилии, места проживания, все недавние и прошлые аресты, судимости и т. д. Такое разделение информации позволяет предотвратить коррупцию и злоупотребления, а также преднамеренную подмену генетической информации у конкретного лица.

Законодатель и правообладатель должны решить, будет ли генетическая информация в федеральной базе данных храниться в анонимизированной форме (в таком случае это должно быть нормативно закреплено), и определить параметры учетной записи, которые необходимы для осуществления ее целей. Так, учетная запись может содержать:

- штрихкод идентификатора образца;
- генетические данные;
- пол донора образца;
- дату рождения донора образца;
- этническое происхождение донора образца;
- экспертное подразделение, получившее генетические данные.

Генетическая информация, хранящаяся в базе данных, и биологические образцы. Биологический образец, полученный от физического лица, содержит полную геномную информацию субъекта. В лаборатории из образца выделяют суммарную ДНК, но анализируют в ней только небольшие участки генома, называемые «генетические маркеры», комбинация которых является индивидуализирующей для каждого человека.

Известно много разных типов ДНК-маркеров, но на сегодняшний день для целей идентификации человека используются только STR маркеры (от англ. **S**imple **T**andem **R**epeats – простые тандемные повторы). Этот тип маркеров представляет собой короткие последовательности ДНК, которые повторяются определенное количество раз. Полученный в результате анализа генетический профиль (ДНК-профиль) представляет собой буквенно-цифровую таблицу, в которой по каждому проанализированному маркеру цифрами указываются присутствующие генетические варианты.

В настоящее время в мире нет единообразия в отношении количества используемых генетических маркеров для ДНК-идентификации, но в каждой юрисдикции для целей криминалистической базы геномных данных их количество и перечень строго регламентированы. Так, при создании британской NDNAD в 1994 г. использовалось 7 ДНК-маркеров.

В 1999 году панель маркеров была расширена до 11, в середине 2014 г. – до 17 маркеров. В США база CODIS с 1998 по 2016 г. содержала генетическую информацию по 13 маркерам, а начиная с 2017 г. число ДНК-маркеров было увеличено до 20.

В российской криминалистике такое единообразие отсутствует. Экспертные организации зачастую используют панели с разным количеством и перечнем маркеров даже для анализа образцов внутри одного уголовного дела, что не только затрудняет сравнение образцов, но и станет серьезной проблемой для федеральной базы генетической информации. Количество и перечень используемых ДНК-маркеров должны быть установлены правообладателем, и все экспертные подразделения должны их использовать для предоставления генетической информации в базу данных.

Кроме этого, законодательно должен быть урегулирован вопрос хранения биологических образцов и выделенной из них ДНК. Необходимость хранения образцов и выделенной ДНК продиктована тем, что их наличие позволит при необходимости провести повторный анализ и предоставит возможность получать информацию по новым маркерным системам и с использованием новых технологий для уже находящихся в базе субъектов и профилей нераскрытых преступлений.

Структура базы данных

Несмотря на то что криминалистическая база данных ДНК является в первую очередь репозиторием генетической информации, полученной от физических лиц и с мест происшествий в ходе расследования преступлений, для ее эффективного использования структура базы должна быть гораздо более обширна и включать в себя информацию о лицах, не только не совершивших, но и не подозреваемых в совершении правонарушений. Из-за разного процессуального статуса лиц, чьи ДНК-образцы помещены в базу данных, специфика запроса данных, критерии хранения информации и другие параметры будут различны для каждой из категорий лиц, поэтому целесообразно, чтобы база данных состояла из нескольких не связанных между собой реестров, содержащих информацию о конкретном типе субъектов. Подобная структура существует во многих странах с теми или иными модификациями.

В Соединенном Королевстве NDAND содержит несколько реестров, каждый из которых предназначен для хранения генетической информации определенной категории субъектов или образцов:

1. *Криминалистический реестр* (содержит информацию, полученную с объектов, изъятых с мест происшествий в ходе следственных мероприятий);

2. *Реестр подозреваемых и осужденных* (содержит информацию об осужденных и других лицах, у которых согласно законодательству берутся образцы ДНК при расследовании правонарушений);

3. *Реестр лиц исключения* (содержит информацию о лицах, сдавших свою ДНК добровольно или из-за специфики своей работы/службы, для целей исключения их из числа подозреваемых, если только нет информации о противоположном). Такими реестрами являются:

i. Реестр добровольцев, сдавших образцы ДНК в ходе расследования правонарушения (например, при массовых сборах образцов для сужения круга подозреваемых);

ii. Реестр сотрудников экспертных подразделений, в которых получают генетическую информацию для базы данных;

iii. Реестр сотрудников полиции;

4. *Реестр непознанных лиц* (содержит информацию о неопознанных трупах, жертвах природных и техногенных катастроф, жертвах военных конфликтов);

5. *Реестр уязвимых лиц* (содержит информацию о социально слабозащищенных лицах, которые потенциально могут стать жертвами преступлений: например, несовершеннолетние с возможным риском сексуальной эксплуатации или торговли людьми, работники секс-индустрии, потенциальные жертвы домашнего насилия, лица, которые из-за возраста, инвалидности или психиатрического заболевания не могут позаботиться о себе или защитить себя, и т. д.). В данный реестр информация помещается исключительно на добровольной основе.

Для каждого реестра должны быть разработаны критерии постановки на криминалистический учет, хранения и уничтожения генетической информации, а также критерии, по которым информация из одного реестра может быть перенесена в другой. Вопросы, связанные с реестром сотрудников правоохранительных служб и экспертных организаций, могут быть регламентированы правообладателем базы, однако вопросы, прямо затрагивающие права и свободы человека, нуждаются в законодательном решении.

Критерии для постановки на криминалистический учет и сроки хранения информации

Критерии постановки на учет и удаления генетической информации из базы данных, а также срок ее хранения – основные параметры, требующие правового регулирования. Здесь законодателю необходимо соблюсти разумный баланс между защитой основных прав человека, эффективностью борьбы с правонарушениями и обеспечением общественной безопасности в целом.

Преступления, подлежащие генетической регистрации. Считается, что основные критерии правонарушений, за совершение которых генетическая информация должна ставиться на учет, – это их характер и тяжесть. Убийства, терроризм и преступления против личности, в том числе против половой неприкосновенности и половой свободы, очевидно должны включаться в список преступлений, подлежащих генетической регистрации. Однако мировой опыт показывает, что, если база будет со-

держать информацию, взятую при расследовании только этих преступлений, ее эффективность будет заведомо низкой[18]. Разумеется, данные преступления должны регистрироваться, как минимум, исходя из тяжести их последствий, но с точки зрения раскрытия для многих преступлений из этого списка ДНК-экспертиза не является наиболее эффективным методом идентификации преступника. При расследовании преступлений против половой неприкосновенности и убийств в большинстве случаев личность подозреваемого не вызывает сомнений: для ее установления наиболее эффективны прямые доказательства – показания жертвы, свидетелей, записи с камер наблюдения. Только в небольшом проценте преступлений личность убийцы или насильника невозможно установить путем стандартных следственно-розыскных мероприятий.

Это подтверждается статистикой раскрываемости таких категорий преступлений за 2019 г., опубликованной МВД России[19]. Даже при текущем состоянии ФБДГИ раскрываемость убийства или покушения на убийство, умышленное причинение тяжкого вреда здоровью и изнасилование или покушения на изнасилование составляет соответственно 91,9%, 94,9% и 98,4%.

Статистика использования национальной базы данных ДНК Соединенного Королевства также подтверждает ее малую эффективность для раскрытия убийств, причинения тяжкого вреда здоровью и изнасилований[20].

Не только удельная доля ДНК-профилей с биологических пятен, изъятых при расследовании всех видов убийств, изнасилований и других преступлений на половой почве, загруженных в NDNAD, составляет соответственно 2%, 2% и 1% от общего количества генетических профилей по всем преступлениям, но и по этим же преступлениям удельная доля совпадений между загруженными профилями физических лиц и профилями биологических пятен еще не раскрытых преступлений (около 645 тыс. ДНК-профилей), хранящимися в базе, составляет соответственно 2,3%, 2,3% и 0,6%[21].

Необходимо также учитывать то, что в Российской Федерации удельный вес тяжких и особо тяжких преступлений из общего числа зареги-

---

[18] National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18 (2019). URL: https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-annual-report-2017-to-2018 (дата обращения: 30.06.2020).

[19] МВД России. Состояние преступности в России за январь – декабрь 2019 г. М., 2020. URL: https://media.mvd.ru/files/application/1748898 (дата обращения: 29.06.2020).

[20] National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18 (2019). URL: https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-annual-report-2017-to-2018 (дата обращения: 30.06.2020).

[21] National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18 (2019). URL: https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-annual-report-2017-to-2018 (дата обращения: 30.06.2020).

стрированных преступлений за 2019 г. составляет 24,4%[22], т. е. согласно Закону «О государственной геномной регистрации» на сегодняшний день три четверти преступлений, совершенных в Российской Федерации, не подпадают под геномную регистрацию (ст. 7).

Вопрос о категории преступлений, при расследовании которых должны изыматься биологические образцы для генетической регистрации, является предметом дискуссий с участием адвокатского корпуса и правозащитных организаций. Следует ли применять те же правила в равной степени к подозреваемому в изнасиловании и к подозреваемому в краже продуктов из супермаркета? С криминологической точки зрения основная причина, по которой отбираются образцы для ДНК-анализа, вполне очевидна – лица, совершающие один вид преступлений, с большей вероятностью совершают и другие виды преступлений [Gottfredson, M. R. and Hirschi, T., 1990]. Начиная с мелких противоправных деяний правонарушители впоследствии часто «прогрессируют» в сторону совершения более серьезных, насильственных преступлений.

В мировой практике существует много примеров, когда лицо задерживалось за совершение малозначительного преступления, а его профиль ДНК совпадал с профилем ДНК подозреваемого в убийстве или изнасиловании, совершенном некоторое время назад, уже находящемся в криминалистической базе генетической информации.

Согласно данным правоохранительных органов США ДНК-профили 82% преступников, проходящих по делам, связанным с такими преступлениями, как убийства и изнасилования, ранее уже были поставлены на учет в базе данных ДНК в результате предварительного осуждения за совершение менее серьезного преступления, такого как кража со взломом или продажа наркотиков. В исследовании, проведенном в штате Флорида (США), в 52% случаев обращений к базе данных по делам об убийствах и сексуальных посягательствах были выявлены совпадения с лицами, которые ранее были осуждены за кражу со взломом [Zedlewski, E. and Murphy, M. B., 2006]. Результаты использования базы данных ДНК штата Нью-Йорк (США) показали, что обвиняемые в совершении насильственных преступлений почти всегда имели судимость за совершение ненасильственных преступлений в прошлом. ДНК-профили в базе данных осужденных за совершение преступлений небольшой тяжести (таких, как кража) совпадали с ДНК-профилями биологических пятен, изъятых при расследовании 685 преступлений, включая 175 сексуальных посягательств, 82 грабежа и 36 убийств[23].

---

[22] МВД России. Состояние преступности в России за январь – декабрь 2019 г. М., 2020. URL: https://media.mvd.ru/files/application/1748898 (дата обращения: 29.06.2020).

[23] Управление уголовного правосудия штата Нью-Йорк. Пресс-релиз от 19 августа 2010 г. URL: https://www.criminaljustice.ny.gov/pio/press_releases/2010-8-19_pressrelease.html (дата обращения: 11.11.2020).

С точки зрения обеспечения правопорядка взятие образцов ДНК при расследовании краж, других преступлений против собственности и остальных нетяжких преступлений обосновывается тем, что такие правонарушения приводят к экономическим потерям и психологическим травмам у лиц, против чьего имущества они были совершены, а их большое количество создает серьезные проблемы в обществе и вызывает недоверие к системе охраны правопорядка. На раскрытие таких преступлений тратится значительное количество усилий, они имеют один из самых низких уровней раскрываемости, а их регистрация в базе данных ДНК значительно увеличит раскрываемость таких преступлений.

Правозащитные организации считают такую позицию спорной, ссылаясь на большое число тех, кто после малозначительного впоследствии не совершал другого противоправного деяния, а большое количество осужденных за совершение убийства или изнасилования никогда раньше не подозревались в совершении уголовно наказуемых правонарушений. Пытаясь как-то сбалансировать эти две точки зрения, в ряде юрисдикций используют вид и минимальный срок предусмотренного за совершение преступления наказания в качестве основного критерия для включения ДНК-профиля в базу генетических данных [Schneider, P. M. and Martin, P. D., 2001].

Опыт стран, в которых созданы национальные криминалистические базы данных ДНК, показывает различия между используемыми критериями регистрации генетической информации.

> *Так, в Соединенном Королевстве образцы для базы данных ДНК берутся за все регистрируемые преступления[24]; в Австрии – за преступления против жизни и здоровья, изнасилование, кражу и грабеж, связанные с наркотическими веществами, шантаж и ряд других; в Швеции – за преступления, предусматривающие как минимум два года тюремного заключения; в Дании – за преступления, предусматривающие как минимум полтора года тюремного заключения; в Германии – за преступления, предусматривающие как минимум один год тюремного заключения [Schneider, P. M. and Martin, P. D., 2001].*

Еще одним важным критерием выбора может выступать эффективность расследования различных типов правонарушений при помощи генетической экспертизы. Анализ результативности британской NDNAD для раскрытия разных типов преступлений показывает, что база данных

---

[24] Согласно текущему законодательству (The National Police Records (Recordable Offences) Regulations 2000. URL: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2000/1139/made (дата обращения: 15.11.2020) регистрируемыми преступлениями (Recordable offence) являются любые правонарушения, по которым полиция должна вести учет вынесенных судом приговоров и правонарушителей в Национальной полицейской базе данных (Police National Computer). Как правило, это преступления, за которые предусмотрено тюремное заключение, но они также включает в себя категории преступлений, не предусматривающие лишение свободы (например, попрошайничество).

ДНК наиболее эффективна при расследовании тех преступлений, когда на момент получения правоохранительным органом информации о преступлении лицо, его совершившее, неочевидно[25].

Так, согласно данным британской NDNAD на неочевидные преступления приходится более половины ежегодно загружаемых ДНК-профилей, полученных из биологических пятен с мест преступлений, и в более чем 60% случаев наблюдается совпадение с ДНК-профилем физического лица, уже хранящимся там[26].

Таким образом, при выборе типов преступлений, при совершении которых генетическая информация должна заноситься в базу данных ДНК, законодателю необходимо учитывать не только тип и тяжесть преступления, но и криминологические аспекты преступного поведения и относительное количество тех правонарушений, при которых будут изыматься биологические образцы, от числа всех зарегистрированных правонарушений. Следует также учитывать то, что эффективность базы данных при раскрытии преступлений наиболее высока, когда остальные средства идентификации либо не могут быть использованы, либо их доказательная сила в суде ниже, чем ДНК-доказательства.

У какой процессуальной категории лиц берутся образцы ДНК. Во время расследования преступления образцы для ДНК-профилирования могут быть изъяты как с места происшествия, так и у физических лиц – жертв преступления, лиц, подозреваемых в их совершении, добровольцев, чья генетическая информация необходима для целей исключения. Для эффективного использования следственные органы должны иметь возможность проверки подозреваемого с целью установления того, мог ли он быть донором ДНК в биологическом пятне с места происшествия. Полученные результаты генетической экспертизы позволят исключить конкретного подозреваемого из числа подозреваемых, или же, наоборот, совпадение его ДНК-профиля с профилем пятна с места происшествия может стать основанием для предъявления обвинения в совершении расследуемого преступления.

В странах, где уже созданы криминалистические базы, нет единообразия по поводу того, у каких категорий лиц берутся образцы ДНК.

Так, в США и большинстве стран Европейского союза образцы ДНК берутся у подозреваемых и осужденных за квалифицируемые преступления, тогда как в Германии образцы ДНК берутся только у лиц, которым вынесено официальное обвинение в совершении преступления, в Португалии – только у осужденных [Machado, H. and Granja, R., 2020], а в Соединенном

[25] National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18 (2019). URL: https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-annual-report-2017-to-2018 (дата обращения: 30.06.2020).

[26] Ibid.

Королевстве – у всех задержанных по подозрению в совершении «регистрируемого» преступления [Semikhodskii, A., 2007].

С точки зрения эффективности расследования преступлений логично брать образцы ДНК у всех лиц, которые, по мнению следствия, могут быть причастны к их совершению, – подозреваемых и обвиняемых, а также у свидетелей с целью исключения. Законодатель должен предусмотреть для разных процессуальных категорий лиц разные сроки хранения генетической информации либо, в определенных случаях, возможность отказа от сдачи образцов без последующих санкций.

Сроки хранения информации. Эффективный режим хранения генетической информации должен соответствовать законодательству о правах человека, не нарушать гражданские свободы людей, особенно право на неприкосновенность частной жизни. Хранение генетической информации осужденных как минимум в течение всего периода их жизни может быть оправданно с точки зрения общественной безопасности, но для лиц, против которых не было выдвинуто обвинение или которые не были признаны судом виновными, сроки должны строго регламентироваться законодательно.

Ярким примером надлежащего регулирования этих вопросов является Соединенное Королевство, где только после 15 лет судебных разбирательств внутри страны и решения Европейского Суда по правам человека[27] были законодательно[28] установлены правила касательно срока хранения генетической информации для осужденных и неосужденных лиц в британской NDNAD (табл. 1).

В тех случаях, когда ДНК-профиль законодательно не может больше храниться, перед удалением разрешается его использование для проведения одного пробного поиска в NDNAD. Если поиск не дал результатов, то профиль изымается из базы данных, однако в случае обнаружения совпадения он будет продолжать храниться на время расследования, а по результатам расследования его статус определяется согласно правилам удерживания (например, если расследование привело к осуждению за тяжкое преступление, то профиль будет храниться бессрочно). Такие правила хранения генетической информации для неосужденных лиц могут выступать разумным компромиссом между правами и свободами лично-

[27] Постановление Европейского Суда по правам человека по делу «S and Marper v The United Kingdom» [2008]. URL: http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2008/1581.html (дата обращения: 11.11.2020). Это решение, согласно которому хранение генетической информации и образцов ДНК лица, не осужденного за совершение уголовно наказуемого преступления, противоречит ст. 8 и 14 Конвенции о защите прав и основных свобод человека, следует учитывать и при разработке соответствующего законодательства в Российской Федерации.

[28] Protection of Freedoms Act 2012. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/pdfs/ukpga_20120009_en.pdf (дата обращения: 21.10.2020).

сти и правом общества находиться в безопасности. Российскому законодателю необходимо будет разработать аналогичные положения о сроках хранения информации о лицах, процессуальные действия в отношении которых не достигли суда или которые были оправданы судом, принимая во внимание не только пожелания органов защиты правопорядка, но и мнение правозащитных организаций. Опыт Соединенного Королевства в этой области может быть полезным для выработки соответствующих правил и норм.

Таблица 1 / Table 1

Сроки хранения генетической информации в Национальной криминалистической базе данных ДНК Соединенного Королевства (NDNAD) / Genetic information retention period at the National DNA Database of the UK (NDNAD)

Категория / Category		Срок хранения генетической информации / Genetic information retention period
Осужденные / Covicted individuals		
Лица старше 18 лет[1] / Over 18 persons	Все «регистрируемые»[2] преступления / All “registered” offences[2]	Бессрочно / Indefinitely
Лица, не достигшие 18 лет / Under 18 persons	Тяжкие преступления / Qualifying offences	Бессрочно / Indefinitely
	Мелкие преступления / Minor offences	Первая судимость: 5 лет плюс срок заключения. Вторая судимость или предыдущее тюремное заключение на срок более 5 лет: бессрочно / First conviction: 5 years plus length of sentence. Second conviction or previous convictions longer than 5 years: Indefinitely
Не осужденные / Non-convicts		
Мелкие преступления / Minor offences		Удаляются после завершения следствия и/или судебного разбирательства / Removed after the conclusion of investigation or any proceedings
Предъявлено обвинение в совершении тяжкого преступления / Charged with a qualifying offences		3 года (может быть продлено на 2 года по решению суда) / 3 years (may be extended for 2 years by a court order)
Арестован за тяжкое преступление / Arrested for a qualifying offences		3 года с разрешения Комиссара по удержанию и использованию биометрического материала (может быть продлено на 2 года по решению суда) / 3 years if granted by the Biometrics Commissioner (may be extended for 2 years by a court order)
Оштрафован за публичные беспорядки / Issued with a Penalty Notice for Disorder		2 года / 2 years

[1] Срок уголовной ответственности в Соединенном Королевстве наступает в возрасте 10 лет / The age of criminal responsibility in the United Kingdom is 10 years old.

[2] Согласно английскому законодательству все уголовно наказуемые преступления подразделяются на регистрируемые (registered offences), тяжкие (qualifying offences) и мелкие (minor offences). Регистрируемое преступление – это любое преступление, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы. Согласно Закону о полиции и уголовных доказательствах 1984 г.[29] тяжкое преступление – это преступление против половой неприкосновенности личности, убийство, терроризм, грабеж, кража; мелкие преступления – это регистрируемые, но не тяжкие преступления / Under English law, all punishable offences are divided into registered offences, qualifying offences, and minor offences. A registered offences is any offence punishable by imprisonment. According to the Police and Criminal Evidence Act 1984[29] a qualifying offences is an offences such as murder, manslaughter, rape, wounding, grievous bodily harm, assault occasioning actual bodily harm, robbery and burglary; also included are numerous sex, indecency and firearms offences; minor offences are registered but not qualifying offences.

Федеральным законом «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации» для лиц, осужденных и отбывающих наказание в виде лишения свободы за совершение тяжких или особо тяжких преступлений, а также всех категорий преступлений против половой неприкосновенности и половой свободы личности, предусмотрен максимальный срок хранения геномной информации – до установления факта смерти субъекта, а при отсутствии сведений о его смерти – до даты, когда ему исполнилось бы 100 лет[30]. Для неустановленных лиц, биологический материал которых изъят в ходе производства следственных действий, установлен срок хранения 70 лет с момента его получения[31]. Геномная информация, полученная при проведении государственной геномной регистрации неопознанных трупов, хранится до установления личности человека, но не более 70 лет[32]. Этим Законом сроки хранения генетической информации лиц, проходивших по делу, но против которых обвинение так и не было выдвинуто, лиц, оправданных судом, а также информации, полученной из биологических пятен с мест происшествий, не установлены.

Современные достижения в области математических методов анализа генетических данных и генетической генеалогии позволяют идентифицировать преступника по генетической информации его давно умершего родственника, если она имеется в базе данных. Поэтому, с точки зрения автора, верхний лимит срока хранения информации должен быть отменен и информация должна храниться бессрочно, даже после смерти субъекта.

---

[29] S. 65A Police and Criminal Evidence Act 1984. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/pdfs/ukpga_19840060_en.pdf (дата обращения: 22.10.2020).

[30] Пункт 1 ст. 12 Закона № 242-ФЗ.

[31] Пункт 2 ст. 12 Закона № 242-ФЗ.

[32] Пункт 3 ст. 12 Закона № 242-ФЗ.

Отдельно стоит рассмотреть вопрос хранения генетической информации биологических пятен с мест преступлений, по которым уже вынесен обвинительный приговор. Здесь также примечателен британский опыт.

До 2006 года в Соединенном Королевстве было невозможно сравнивать новые профили субъектов, заносящиеся в базу данных, с профилями пятен с мест происшествия по преступлениям, по которым уже был вынесен обвинительный приговор. После вынесения обвинительного приговора генетическая информация пятна с места преступления удалялась: считалось, что ДНК-профиля осужденного будет достаточно в качестве прокси ДНК-профиля пятна для последующих сравнений. Однако многие ДНК-профили образцов с места преступления являются неполными или смешанными. Замена неполного и/или смешанного профиля полным профилем одного человека делает практически невозможной идентификацию альтернативных и дополнительных подозреваемых при пересмотре дела в будущем. Новый загруженный ДНК-профиль субъекта может совпасть с частичным или смешанным профилем образца с места совершения преступления, но вероятность его совпадения с полным профилем осужденного человека крайне низкая. Отсутствие в базе данных генетической информации образцов с места преступления для таких преступлений делало невозможными генетический анализ при апелляции и пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам, а также проверку других субъектов, которые сознались в совершении преступления, за которое уже вынесен обвинительный приговор другому человеку. В результате меры по удалению генетических профилей образцов с места преступления после вынесения обвинительного заключения были отменены.

Российскому законодателю при разработке норм и правил относительно сроков хранения генетической информации в базе данных предстоит решить, должна ли генетическая информация, полученная от совершеннолетних осужденных лиц и биологических пятен с мест происшествия, храниться бессрочно, или срок хранения должен быть ограничен. Необходимо будет определить сроки хранения информации для других категорий лиц – подозреваемых, обвиняемых, свидетелей, при этом учитывая возраст субъекта и тяжесть правонарушения. Также необходимо будет разработать специальные правила, регламентирующие хранение генетический информации лиц, у которых обвинительный приговор был отменен судом вышестоящей инстанции или судимость снята.

Процедуры получения биологических образцов

При расследовании преступлений образцы у субъекта берутся в двух случаях: в целях установления, мог ли субъект оставить свой генетический материал на месте происшествия, и с целью обнаружения на теле субъекта биологических следов, связывающих его с местом преступления.

Источник и процедура получения биологического образца от субъекта для генетической экспертизы должны быть законодательно регламентированы, поскольку они прямо связаны с защитой основных прав человека на

личную неприкосновенность: недопустимы действия и обращение, унижающие честь и человеческое достоинство субъекта, оскорбляющие его религиозные убеждения, создающие опасность для его жизни и здоровья. Это ставит вопросы о праве на отказ от сдачи образца или какого-то конкретно типа образца, возможности применения силового принуждения, его степени и случаях, в которых оно может быть применено.

Учитывая множество процедурных тонкостей и этических особенностей взятия биологического материала, во многих странах законодательно подразделяют образцы в зависимости от того, можно ли субъекту отказаться от их сдачи, а в случае отказа – возможно ли принуждение с применением силы.

Так, в Соединенном Королевстве выделяют два типа биологических образцов, которые могут быть взяты у субъекта для проведения криминалистической генетической экспертизы: интимные и неинтимные [Semikhodskii, A., 2007]. Интимными образцами являются образцы крови, спермы или любой другой тканевой жидкости, мочи или лобковых волос, а также мазок, взятый из любого отверстия в теле человека, кроме ротового отверстия. Неинтимные образцы – это образец волос (кроме лобковых), образец, взятый с поверхности ногтя или из-под ногтя, мазок, взятый из любой части тела человека, а также ротового отверстия (но не из любого другого отверстия тела). Для взятия интимных образцов согласие субъекта обязательно. Если лицо не дает согласия, образец не может быть взят принудительно. Субъект должен дать согласие на взятие и неинтимного образца, но в некоторых случаях образцы могут быть взяты и без его согласия, причем закон разрешает в случае необходимости применение «разумной силы». Неинтимные образцы могут быть взяты без согласия субъекта, если:

а) лицо содержится под стражей в полиции в связи с его арестом за регистрируемое правонарушение или содержится под стражей полицией на основании разрешения суда и

б) у него в ходе расследования преступления не было взято образца неинтимного характера того же типа и/или из той же части тела или образец, взятый до того, оказался недостаточным для проведения экспертизы.

Кроме этого, вне зависимости от того, находится ли человек под стражей в полиции или нет, неинтимный образец может быть взят без соответствующего согласия, если этому человеку было предъявлено обвинение в совершении «регистрируемого» преступления или если ему было сообщено, что о нем будет заявлено как о человеке, совершившем «регистрируемое» преступление, или он был признан судом виновным в совершении «регистрируемого» преступления[33].

Наиболее распространенным видом неинтимного образца, который берется в Великобритании у субъекта для проведения ДНК-идентификации,

[33] S. 63 Police and Criminal Evidence Act 1984. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/pdfs/ukpga_19840060_en.pdf (дата обращения: 22.10.2020).

является ротовой мазок. Подавляющее большинство генетической информации в NDNAD получено именно из данного типа образца.

Хотя ДНК-анализ используется российскими правоохранительными службами уже более 30 лет, в Российской Федерации, в отличие от законодательства многих стран, отсутствует нормативно-правовое регулирование типов образцов, которые следствие может взять у субъекта для проведения генетической экспертизы. Следователь вправе получить любые образцы для сравнительного исследования у подозреваемого, обвиняемого, свидетеля, потерпевшего, а также у иных физических лиц и представителей юридических лиц в случаях, когда возникла необходимость проверить, ими ли оставлены следы в определенном месте или на вещественных доказательствах[34].

Наиболее распространенным типом биологического образца для генетической идентификации в Российской Федерации является кровь. Взятие крови – это медицинская процедура, для которой требуются специально подготовленный медицинский персонал, лицензированное помещение и медицинское оборудование. Процедура взятия крови болезненна, при ее проведении существуют ятрогенные риски, такие как инфекционное заражение или возникновение кровотечений (особенно у людей с нарушениями свертываемости крови). Для некоторых категорий лиц взятие крови может быть затруднено или же неприемлемо по религиозным причинам. В этой связи целесообразно законодательно закрепить возможность взятия альтернативного типа образца, такого как ротовой мазок. У субъекта, вне зависимости от его процессуального статуса, всегда будет выбор, какой тип образца сдавать для проведения генетической экспертизы, а у следствия всегда будет альтернатива, какой образец брать у субъекта для идентификации в случае его отказа от сдачи образца крови.

В российском законодательстве не решены вопросы о согласии субъекта на сдачу образца для проведения генетической экспертизы и применении силы для физического принуждения в случае его несогласия. Текущее законодательство не предусматривает отказ субъекта от сдачи образца, а использование физического принуждения при отсутствии согласия субъекта на взятие образца не регулируется, только упоминается, что при проведении процедуры получения образцов недопустимо применение методов, опасных для жизни и здоровья человека или унижающих его честь и достоинство[35].

С точки зрения презумпции невиновности изъятие образцов для ДНК-анализа у лиц, которые не осуждены за совершение конкретного преступ-

---

[34] Статья 202 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (с изм. на 27.10.2020). URL: http://docs.cntd.ru/document/901802257/ (дата обращения: 11.11.2020).

[35] Статья 9 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (с изм. на 27.10.2020). URL: http://docs.cntd.ru/document/901802257/ (дата обращения: 11.11.2020).

ления и которым не было предъявлено обвинение в его совершении, может рассматриваться как предоставление доказательств их невиновности. Сдача образцов должна быть их свободой выбора, и принуждение к сдаче образцов этой категории лиц, а тем более применение силы при взятии образцов, какой бы она ни была, может рассматриваться как прямое нарушение конституционных прав человека. Это серьезный мотив для того, чтобы данная процессуальная категория имела выбор, предоставлять ли образцы для проведения экспертизы или отказаться от этой процедуры.

Доказательная ценность генетической информации является одной из самых высоких для идентификации личности, и вероятность раскрытия преступления зачастую напрямую зависит от наличия образца фигуранта у органов следствия. Статья 22 Конституции Российской Федерации гарантирует право на личную неприкосновенность человека, это касается и наличия согласия на взятие у него биологического образца. Ущемление данных конституционных прав у категории людей, которые обвиняются в совершении расследуемого преступления или же признаны судом виновными в его совершении, может быть оправдано необходимостью поддержания общественной безопасности, но ущемление этих прав у людей, которые не являются обвиняемыми или осужденными, вызывает много споров. В такой ситуации подход законодателей Соединенного Королевства и ряда других стран, установивших разделение биологических образцов человека на типы, запрет на взятие одного типа у определенной категории субъектов без получения согласия и, наоборот, возможность получения другого типа образцов без предварительного согласия, выглядит рациональным компромиссом. Такого рода опыт может быть использован в России при разработке соответствующих норм и правил.

Управление контролем качества данных

Качество базы геномной информации прямо зависит от качества содержащихся в ней генетических данных. Некачественные генетические данные не только дорого обойдутся государству, но будут влиять на увеличение сроков раскрытия преступлений и даже могут стать причиной судебных ошибок. Поэтому качество генетических данных должно контролироваться на протяжении всего жизненного цикла, начиная от их регистрации и до удаления из базы в случаях, предусмотренных законодательством.

В схему управления контролем качества генетической базы данных должны входить контроль за процессом постановки на учет и удаления генетической информации, поддержание целостности хранящихся данных, регулирование доступа к базе, внедрение стандартных операционных процедур и системы менеджмента качества (ISO сертификации). Одновременно должна быть создана эффективная система компьютерной

безопасности. Немаловажными будут сертификация и лицензирование экспертных подразделений – поставщиков генетической информации правообладателем базы данных, вне зависимости от наличия у них ISO или любой другой сертификации.

Оставляя систему организации компьютерной безопасности, внутреннюю стандартизацию и ISO сертификацию базы и экспертных подразделений за рамками данного обзора, рассмотрим два основных параметра качества, требующих нормативного регулирования:

1) количество и перечень ДНК-маркеров, по которой проводится генетическая идентификация;

2) минимальное количество генетических маркеров ДНК-профиля субъекта и ДНК-профиля биологического пятна с места происшествия, позволяющее постановку профиля на криминалистический учет в базу данных.

Такие требования разработаны руководством большинства крупнейших мировых криминалистических баз данных. Так, ФБР США (правообладатель национальной криминалистической базы CODIS) предъявляет следующие требования для поступающей в базу данных информации:

1) данные ДНК должны быть получены в соответствии со Стандартами обеспечения качества, которые установленные приказом директора ФБР;

2) данные ДНК должны быть получены лабораторией, аккредитованной утвержденным агентством аккредитации;

3) данные ДНК должны быть получены лабораторией, которая каждые два года проходит внешний аудит, чтобы продемонстрировать соответствие Стандартам обеспечения качества, установленным приказом директора ФБР;

4) данные ДНК должны быть одним из определенных федеральным законодательством понятий, таких как осужденный, арестованный, задержанный, эксперт-криминалист, неопознанные человеческие останки и т. д.;

5) данные ДНК должны соответствовать минимальным требованиям CODIS для категории образца;

6) данные должны быть получены с использованием одобренных наборов реактивов;

7) участвующие лаборатории должны строго соблюдать процедуры удаления генетической информации в соответствии с федеральным законом[36].

Чтобы учесть новый профиль в базе данных, он должен содержать генетическую информацию по установленному минимуму ДНК-маркеров. Это делается для того, чтобы избежать накопления низкоинформативных генетических данных, которые будут увеличивать количество случайных

[36] FBI DNA Data Requirements. URL: https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet#PCR-STR%20Kits (дата обращения: 01.11.2020).

совпадений, затрудняя работу следствия, и могут стать причиной судебной ошибки. Для NDNAD такими условиями являются:

1) для физических лиц – полный генетический профиль по всем 17 требуемым генетическим маркерам;

2) для биологических пятен с мест происшествия – полная генетическая информация как минимум по четырем маркерам (8 аллелей) и маркеру пола[37].

Если ДНК-профиль пятна с места преступления не соответствует предъявляемым требованиям, его нельзя поместить в базу данных, но можно использовать для проведения запроса[38].

CODIS предъявляет похожие требования к загружаемым данным:

1) для физических лиц – полный генетический профиль, по всем 20 требуемым генетическим маркерам;

2) для родственников лиц, пропавших без вести, – полный генетический профиль по всем требуемым генетическим маркерам и маркер пола;

3) для лиц, пропавших без вести, и для неидентифицированных трупов должно осуществляться генотипирование по всем 20 требуемым генетическим маркерам;

4) для биологических пятен с мест происшествия – минимум информации по 8 маркерам в сочетании с вероятностью случайного совпадения менее чем один на десять миллионов[39].

На сегодняшний день в российской криминалистике отсутствует единый стандарт в отношении используемого количества и перечня STR маркеров для генотипирования. Исходя из этого должны быть разработаны нормативные документы, которые унифицируют количество и перечень генетических маркеров, информация по которым будет помещаться в базу данных, установят стандарты контроля качества к загружаемым генетическим данным, закрепят требования к методологии анализа и к экспертным подразделениям, которые занимаются судебно-генетической экспертизой в ходе расследования преступлений.

Использование генетической информации и криминалистических баз данных ДНК: вопросы этики

Этические вопросы, которые возникают в связи с созданием и использованием генетической базы в криминалистических целях, можно свести к

---

[37] National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18 (2019). URL: https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-annual-report-2017-to-2018 (дата обращения: 30.06.2020).

[38] Ibid.

[39] FBI DNA Data Requirements. URL: https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet#PCR-STR%20Kits (дата обращения: 01.11.2020).

трем основным группам: 1) вопросы, связанные со взятием и хранением образцов ДНК и полученной из них информации; 2) вопросы, связанные с использованием полученной в результате такого анализа генетической информации; 3) вопросы, связанные с доступом к хранящейся информации.

Как уже упоминалось выше, генетические данные – это особый вид персональной информации о человеке, существенно отличающийся от других типов персональных данных. Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»[40] в ст. 3 определяет персональные данные как любую информацию, относящуюся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных). Генетические данные, полученные для целей криминалистической базы данных согласно этому Закону, квалифицируются как персональные данные специальной категории, используемые для установления расовой и национальной принадлежности субъекта, получения информации о состоянии его здоровья, а также о его личной жизни (п. 1 ст. 10). Персональные данные специальной категории разрешается использовать в целях, связанных с осуществлением правосудия (п. 6 ст. 10 Закона), но вызывает опасение то, что органы правопорядка могут использовать сведения из образцов ДНК с другими целями.

Нецелевое использование генетической информации является настолько серьезной проблемой, что в законы о защите данных всех стран Европейского союза были внесены изменения, требующие, чтобы использование данных, собранных полицией, было ограничено целью, для которой были собраны доказательства [Wallace, H. M., et al., 2014]. Законодательство многих стран (например, стран Европейского союза, Республики Корея, Малайзии, США и др.) предусматривает санкции за несанкционированный доступ к информации, хранящейся в базах данных ДНК, нарушение ее целостности, уничтожение и разглашение данных, нецелевое использование[41].

Включение подобных гарантий в российское законодательство повысит уверенность общества в том, что геномная информация будет использоваться законно и таким образом, чтобы не ущемлять права человека.

Отдельно нормативно-правового регулирования требуют вопросы, связанные с определением списка организаций, включая организации охраны правопорядка и национальной безопасности, которые будут иметь доступ к базе данных геномной информации. Кроме этого, база может стать незаменимым инструментом для изучения генетических особенностей антисоциального поведения и виктимности. В этой связи возможность

---

[40] Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» (с изм. на 24.04.2020). URL: http://docs.cntd.ru/document/901990046 (дата обращения: 12.11.2020).

[41] Forensic Genetics Policy Initiative. 2017. Establishing Best Practice for Forensic DNA Databases. URL: http://dnapolicyinitiative.org/report/ (дата обращения: 12.11.2020).

использования хранящейся в ней информации для проведения научно-исследовательской работы также должна быть законодательно оговорена.

Обсуждение и заключение

Доказательная ценность генетической информации, используемой для идентификации личности, является одной из самых высоких по сравнению с другими видами доказательств. Даже в случаях, когда правонарушитель не оставил видимых следов своего пребывания на месте преступления, он практически всегда оставляет свой генетический материал, по которому его можно идентифицировать. Быстрое раскрытие преступления зачастую прямо зависит от наличия ДНК-профиля возможного правонарушителя в криминалистической базе генетических данных. Наличие такой всероссийской базы ДНК позволит не только эффективно раскрывать преступления, но и значимо сократить затраты, в том числе временны́е, на раскрытие преступлений.

Вопросы взятия биологических образцов, регистрации и хранения полученной из них генетической информации прямо связаны с вопросами защиты гарантируемых Конституцией прав и свобод личности и презумпцией невиновности. В этой связи в государстве должна быть создана надлежащая правовая основа для ДНК-криминалистики и базы данных ДНК, которая обеспечит как законность использования генетической информации для проведения следственных мероприятий, так и законность полученных таким образом доказательств.

Во многих странах, уже использующих базы данных ДНК для правоохранительных целей, разработано законодательство, которое регулирует разнообразные вопросы использования ДНК в криминалистике – от типа изымаемого биологического материала и категорий субъектов, генетическая информация которых подлежит регистрации, до длительности сроков хранения и условий удаления такой информации.

К сожалению, ситуация с законодательным регулированием проблем, связанных со сбором и ведением генетического репозитория в России, не идеальна. Принятый более десяти лет назад Федеральный закон «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации» далек от совершенства. Нуждаются в законодательном регулировании такие вопросы, как: типы образцов, которые следует брать у субъекта для проведения генетической экспертизы; право отказа от их сдачи и ситуации, когда возможно силовое принуждение; круг лиц и категории преступлений, подлежащие регистрации; сроки хранения и критерии удаления информации для каждой категории лиц; правила доступа к генетическим данным и надлежащая их защита. Создание надежной законодательной основы для поддержания деятельности криминалистической базы генетических данных обеспечит повышение эффективности борьбы правоохранительных органов с преступностью.

Список использованной литературы

Белов О. А., Белова О. Н. Учет ДНК подозреваемых, обвиняемых и осужденных к лишению свободы: вопросы правовой регламентации // Пенитенциарная наука. 2016. Т. 36, № 4. С. 44–47.

Гостев А. А. По биологическим следам // Полиция России. 2017. № 1. С. 24–27.

Перепечина И. О. Федеральный закон «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации»: правовые и криминалистические аспекты // Вестник криминалистики. 2010. Вып. 1. С. 16–22.

Попова Т. В., Сергеев А. Б. Федеральная база данных геномной информации в системе обеспечения баланса частных и публичных интересов в уголовном судопроизводстве // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2017. № 1. С. 132–139.

Butler J. M. Advanced Topics in Forensic DNA Typing: Methodology. Academic Press, 2011. 704 p.

DAMA-DMBOK: Data Management Body of Knowledge. 2nd ed. / DAMA International. New Jersey : Technics Publications : Basking Ridge, 2017. 590 p.

Genetic Testing and the Criminal Law / ed. D. Chalmers. London : UCL Press, 2005. 264 p.

Gottfredson M. R., Hirschi T. A General Theory of Crime. Stanford University Press, 1990. 316 p.

Guillén M., Lareu M. V., Pestoni C., Salas A., Carracedo A. Ethical-legal problems of DNA databases in criminal investigation // Journal of Medical Ethics. 2000. Vol. 26. P. 266–271.

Herkenham D. DNA database legislation and legal issues // Profiles in DNA. 2002. Vol. 5, issue 1. P. 6–7.

Lowe A. L., Urquhart A., Foreman L., Evett I. Inferring ethnic origin by means of an STR profile // Foren. Sci. Int. 2001. Vol. 119, issue 1. P. 17–22.

Machado H., Granja R. DNA Databases and Big Data // Forensic Genetics in the Governance of Crime. Singapore : Palgrave Pivot, 2020. 120 p.

Santos F., Machado H., Silva S. Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance? // Life Sci Soc Policy. 2013. Vol. 9, issue 12. URL: https://doi.org/10.1186/2195-7819-9-12

Schneider P. M., Martin P. D. Criminal DNA databases: the European situation // Forensic Sci Int. 2001. Vol. 119, issue 2. P. 232–238.

Schneider P. M., Prainsack B., Kayser M. The Use of Forensic DNA Phenotyping in Predicting Appearance and Biogeographic Ancestry // Dtsch Arztebl Int. 2019. Vol. 116, issue 51–52. P. 873–880.

Semikhodskii A. Dealing with DNA Evidence: A Legal Guide. London : Routledge Cavendish, 2007. 200 p.

Wallace H. M., Jackson A. R., Gruber J., Thibedeau A. D. Forensic DNA databases – Ethical and legal standards: A global review // Egypt J Forensic Sci. 2014. Vol. 4, no. 3. P. 57–63.

Williams R., Johnson P. Forensic DNA Databasing: A European Prospective. Interim report, June 2005. 2005. URL: http://community.dur.ac.uk/robin.williams/EU_Interim_Report_2005.pdf (дата обращения: 09.11.2020).

Zedlewski E., Murphy M. B. DNA Analysis for "Minor" Crimes: A Major Benefit for Law Enforcement // NIJ Journal. 2006. 1 January. URL: https://nij.ojp.gov/topics/articles/dna-analysis-minor-crimes-major-benefit-law-enforcement (дата обращения: 30.06.2020).

References

Belov, O. A. and Belova, O. N., 2016. DNA registration of suspects, accused and sentenced to imprisonment: issues of legal regulation. *Penitentsiarnaya nauka* = [Penitentiary Science], 36(4), pp. 44–47. (In Russ.)

Butler, J. M., 2011. *Advanced Topics in Forensic DNA Typing: Methodology*. Academic Press.

Chalmers, D., ed., 2005. *Genetic Testing and the Criminal Law*. London: UCL Press.

DAMA International, 2017. *DAMA-DMBOK: Data Management Body of Knowledge*. 2nd ed. New Jersey: Technics Publications; Basking Ridge.

Gostev, A. A., 2017. [According to biological traces]. *Politsiya Rossii* = [Russian Police], 1, pp. 24–27. (In Russ.)

Gottfredson, M. R. and Hirschi, T., 1990. *A General Theory of Crime*. Stanford University Press.

Guillén, M., Lareu, M. V., Pestoni, C., Salas, A. and Carracedo, A., 2000. Ethical-legal problems of DNA databases in criminal investigation. *Journal of Medical Ethics*, 26, pp. 266–271.

Herkenham, D., 2002. DNA database legislation and legal issues. *Profiles in DNA*, 5(1).

Lowe, A. L., Urquhart, A., Foreman, L. and Evett, I., 2001. Inferring ethnic origin by means of an STR profile. *Foren. Sci. Int.*, 119(1), pp. 17–22.

Machado, H. and Granja, R., 2020. DNA Databases and Big Data. In: *Forensic Genetics in the Governance of Crime*. Singapore: Palgrave Pivot.

Perepechina, I. O., 2010. [Federal Law "On State Genomic Registration in the Russian Federation": Legal and Forensic Aspects]. *Vestnik kriminalistiki* = [Bulletin of Criminalistics], 1, pp. 16–22. (In Russ.)

Popova, T. V. and Sergeev, A. B., 2017. [Federal database of genomic information in the system of balancing private and public interests in criminal proceedings]. *Yuridicheskaya nauka i pravookhranitel'naya praktika* = [Legal Science and Law Enforcement Practice], 1, pp. 132–139. (In Russ.)

Santos, F., Machado, H. and Silva, S., 2013. Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance? *Life Sci Soc Policy*, 9(12). Available at: <https://doi.org/10.1186/2195-7819-9-12>.

Schneider, P. M. and Martin, P. D., 2001. Criminal DNA databases: the European situation. *Forensic Sci Int.*, 119(2), pp. 232–238.

Schneider, P. M., Prainsack, B. and Kayser, M., 2019. The Use of Forensic DNA Phenotyping in Predicting Appearance and Biogeographic Ancestry. *Dtsch Arztebl Int.*, 116(51–52), pp. 873–880.

Semikhodskii, A., 2007. *Dealing with DNA Evidence: A Legal Guide.* London: Routledge Cavendish.

Wallace, H. M., Jackson, A. R., Gruber, J. and Thibedeau, A. D., 2014. Forensic DNA databases – Ethical and legal standards: A global review. *Egypt J Forensic Sci.*, 4(3), pp. 57–63.

Williams, R. and Johnson, P., 2005. *Forensic DNA Databasing: A European Prospective. Interim report, June 2005*. Available at: <http://community.dur.ac.uk/robin.williams/EU_Interim_Report_2005.pdf> (Accessed 9 November 2020).

Zedlewski, E. and Murphy, M. B., 2006. DNA Analysis for "Minor" Crimes: A Major Benefit for Law Enforcement. *NIJ Journal*, 1 January. Available at: <https://nij.ojp.gov/topics/articles/dna-analysis-minor-crimes-major-benefit-law-enforcement> (Accessed 30 June 2020).

Информация об авторе / Information about the author

Семиходский Андрей Генрихович, PhD, ООО «Медикал Геномикс» (Российская Федерация, 170100, г. Тверь, ул. Желябова, д. 48)
Andrei G. Semikhodskii, PhD, Medical Genomics LLC (48 Zhelyabova St., Tver', 170100, Russian Federation).
E-mail: andrei@medicalgenomics.ru

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 13.01.2021; дата одобрения после рецензирования: 01.02.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 02.02.2021.
Submitted 13.01.2021; reviewed 01.02.2021; revised 02.02.2021.

УДК 347.27
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.184-224

В поисках эффективного правового регулирования европейской ипотеки[1]

А. Вударски

Европейский университет Виадрина, Германия; Зеленогурский университет, г. Зелена-Гура, Польша
wudarski@europa-uni.de

Аннотация
Введение. Существование различных систем ипотечного права в каждой из стран – членов ЕС затрудняет трансграничное кредитование и препятствует свободному развитию единого рынка капитала в Европейском союзе. Одним из вариантов решения проблемы могла бы стать единая европейская ипотека (Euromortgage).
Теоретические основы. Методы. В статье представлены результаты современных научных исследований и проанализированы модели европейской ипотеки, предложенные несколькими исследовательскими группами. Автор также освещает развитие и экономическое значение европейского ипотечного рынка и дает описание истории европейской ипотеки. В процессе исследования применялись методы анализа, синтеза, сравнительного правоведения.
Результаты исследования. Обсуждаются документы органов ЕС и позиции стран-членов относительно проекта европейской ипотеки. Основное внимание в исследовании уделяется юридической структуре европейской ипотеки. С учетом различных точек зрения в статье делается попытка сформировать оптимальную модель ипотеки.
Обсуждение и заключение. Проанализированы проблемы дополнительной и независимой ипотеки. Хотя автор высказывает некоторые замечания, в целом он поддерживает идею европейской ипотеки.

Ключевые слова: европейская ипотека, европейское право, ипотека, европейский ипотечный рынок, Европейский союз

Благодарности. Публикация статьи осуществляется с любезного согласия автора. Редакция журнала выражает благодарность Яне Владимировне Бергер за профессиональный перевод статьи.

Для цитирования: Вударски А. В поисках эффективного правового регулирования европейской ипотеки // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 1. С. 184–224. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.184-224.

[1] Статья написана в рамках программы ВОЗВРАЩЕНИЕ/HOMING Фонда польской науки и стипендии Фонда польско-немецкого сотрудничества. Исследование впервые опубликовано в: *Wudarski A.* W poszukiwaniu konstrukcji eurohipoteki // Kwartalnik Prawa Prywatnego. 2009. Nr. 1. S. 207–240.

© Вударски А., 2021

In Search of Effective Legal Regulation of European Mortgages

A. Wudarski

European University Viadrina, Germany; University of Zielona Góra, Zielona Góra, Poland
For correspondence: wudarski@europa-uni.de

Abstract
Introduction. The existence of different mortgage law systems in each of the EU Member States makes cross-border lending difficult and impedes the free development of common capital market in the European Union. One of the solutions to the problem could be a common mortgage for Europe (Euromortgage).
Theoretical Basis. Methods. The article presents the results of academic research up to date and analyses models for a Euromortgage proposed by several research groups. At the same time, the author presents the development and economic importance of a European mortgage market and outlines the history of Euromortgage. In this context, the documents of the EU Institutions and positions of the Member States regarding the project are discussed.
Results. The main focus of the research is the legal structure of the Euromortgage.
Discussion and Conclusion. Taking into consideration different opinions, the article seeks to establish the best model while examining closely the problems of accessory and independent mortgage. Although the author expresses some reservations, he generally promotes the idea of the Euromortgage.

Keywords: Euromortgage, European law, mortgage, European Union, Euromortgage market

Acknowledgements. The article is published with the kind consent of the author. The editors of journal thank Yana V. Berger for the professional translation of this article.

For citation: Wudarski, A., 2021. In search of effective legal regulation of European mortgages. Pravosudie/Justice, 3(1), pp.184–224. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.184-224.

I. Ипотечные кредиты в Европейском союзе

1. Развитие рынка

Ипотечные кредиты являются очень важным и динамично развивающимся сегментом европейского рынка капиталов. Стоимость жилищных кредитов в Европейском союзе в 2006 г. составила почти 6 млн евро[2], а в европейской экономике наблюдается постоянный рост ипотечного долга[3]. Динамика развития этого сегмента рынка, однако, характеризуется существенной разнородностью. Наиболее значительный рост спроса на ипотечный кредит наблюдается в государствах, недавно ставших членами Европейского союза[4]. Принимая во внимание уровень экономического

[2] Точные данные: 5713,615 млн евро; источник всех статистических данных: Eurostat, National Central Banks, European Mortgage Federation. URL: http://www.hypo.org/content/default.asp?PageID=202

[3] В 2006 году он составил 11,1%; в 2005 г. – 10,7%.

[4] Латвия: 86,5% (в 2005 г. – 97,2%); Болгария: 73,5% (в 2005 г. – 97,2%); Литва: 32,1% (в 2005 г. – 80,2%); Румыния: 57,2% (в 2005 г. – 76,1%); Эстония: 63,4% (в 2005 г. – 74,5%); Чехия: 33,9% (в 2005 г. – 63,4%); Словения: 43% (в 2005 г. – 62,7%).

развития этих государств, проводимые реформы и объем реализованных и запланированных инвестиций, а также постепенный рост благосостояния населения, в грядущих годах также следует ожидать рост спроса на ипотечные кредиты, хотя его динамику может ослабить кризис на рынке недвижимости в Соединенных Штатах.

На фоне Европы ипотечные кредиты в Польше все еще имеют не очень большое значение. Это проявляется, в частности, в соотношении ипотечных кредитов и ВВП. В то время как в Европейском союзе в 2006 г. ВВП составлял в среднем 49%[5], в Польше он едва достигал 8,3%[6]. Доля польского рынка жилищных ипотечных кредитов на европейском рынке также является символической[7], хоть и характеризуется динамичным развитием[8]. При такой разнице не вызывает удивления то, что банки в государствах, где рост ипотечного долга является небольшим[9], ищут новые рынки для своих продуктов в иных европейских государствах. Новые источники финансирования, основанные на современных, гибких условиях и решениях, должны привести к выравниванию и дальнейшему снижению стоимости ипотечного кредита.

2. Стоимость кредита

Стоимость ипотечного кредита в странах Европейского союза была предметом исследований, проведенных *Mercer Oliver Wyman*[10] по заказу Европейской ипотечной федерации[11]. В ходе исследования осенью 2006 г. в 13 странах ЕС[12] подробно проанализированы факторы, влияющие на действительную стоимость кредита, которую заемщик выплачивает за кредитный период. Во внимание приняты не только размеры процентной ставки, оплаты и провизии, но также расходы, связанные с кредитным

---

5 В 2005 году этот показатель составлял 47,5%. Европейскими лидерами все еще являются: Дания: 100,8% (в 2005 г. – 94%); Голландия: 98,4% (в 2005 г. – 97,1%); Великобритания: 83,1% (в 2005 г. – 80%).

6 В 2005 году показатель был еще ниже и составлял 6,0%.

7 Стоимость кредитов в Польше в 2006 г. составила 22,514 млн евро (в 2005 г. – 14,646 млн), т. е. 0,00394% (в 2005 г. – 0,00285%) европейского рынка.

8 В III квартале 2007 г. стоимость кредитов составила 31,987 млн евро, рост составил 58% (в 2006 г. – 53,7%; в 2005 г. – 51,9%).

9 Например, в Германии, где рост ипотечного долга в 2006 г. составил около 1,8% (в 2005 г. – 0,5%).

10 *Mercer Oliver Wyman* является лидером в области разработки финансовых стратегий и управления рисками. В компании работают около 1000 сотрудников в 29 офисах, расположенных в 14 государствах в Америке, Европе и Азии (URL: http://www.mow.com).

11 European Mortgage Federation. URL: http://www.hypo.org

12 Чехия, Италия, Португалия, Испания, Греция, Великобритания, Ирландия, Голландия, Дания, Швеция, Бельгия, Франция, Германия.

риском, досрочной выплатой кредита и изменением процентной ставки. На основе этих данных рассчитана предположительная средняя стоимость ипотечного кредита (так называемая *adjusted price*) в отдельных странах, после чего проведено сравнение. Согласно представленному в феврале 2007 г. отчету[13] стоимость кредита составляет от 0,35 до 1,25%, при этом самая низкая стоимость зафиксирована в Германии (0,35%), а самая высокая – в Чехии (1,25%).

Исследования показали, что на немецком рынке долгосрочные ипотечные кредиты с неизменной процентной ставкой предоставляются на наиболее выгодных условиях. Одной из причин такой ситуации, несомненно, является большая конкуренция, которая дополнительно стимулирует развитие интернет-банков и деятельность заграничных кредиторов[14]. Проводя сравнение с предшествующими исследованиями, которые проводились в 2003 г., можно заметить две тенденции[15]: сохранение аналогичной разницы между наивысшей и самой низкой *adjusted price*[16], а также снижение стоимости кредитов во всех исследуемых государствах[17]. Например, в Германии стоимость кредита в 2003 г. по отношению к 2006 г. снизилась вдвое – с 0,70% до 0,35%[18]. Однако, несмотря на повсеместное снижение стоимости ипотечных кредитов, существенные различия между отдельными государствами – участниками ЕС все еще сохраняются. Можно предположить, что гармонизация европейского рынка ипотечных кредитов может способствовать устранению этих различий. Важным шагом может стать создание единого европейского способа обеспечения ипотечного кредита.

3. О необходимости создания института евроипотеки

Право залога недвижимого имущества играет важную роль во всех государствах – участниках ЕС. В законодательстве Европейского союза отсутствуют положения, регулирующие данные отношения. Вещные спо-

---

[13] European mortgage markets – 2006 adjusted price analysis. URL: http://www.hypo.org; http://www.pfandbrief.de

[14] Deutsche Immobilieninvestoren profitieren von starkem Wettbewerb / “Adjusted Prices” in Deutschland europaweit am niedrigsten // PresseEcho.de. 2007. 5 February. URL: http://www.presseecho.de/wirtschaft/NA3730936979.htm

[15] European Mortgage Federation. P. 4 ff.; PresseEcho.de. 2007. 5 February.

[16] Как в 2003, так и в 2006 г. разница составляла 0,64%.

[17] В 2003 году исследование проводилось в 8 государствах: Италии, Португалии, Испании, Великобритании, Голландии, Дании, Франции и Германии.

[18] В иных государствах *adjusted price* в этом периоде снижается; Великобритания: с 1,15% до 0,68%; Италия: с 1,34% до 0,99%; Голландия: с 0,97% до 0,64%; Испания: с 1,03% до 0,87%; Португалия: с 0,95% до 0,88%; Дания: с 0,70% до 0,63%; Франция: с 0,89% до 0,36%, при этом в отчете отмечается, что расчет, произведенный для Франции в 2003 г., содержит ошибку и в результате указанная *adjusted price* могла быть выше действительной.

собы обеспечения исполнения обязательств, впрочем, как и иные вопросы вещного права, все еще находятся в ведении внутригосударственного права. Подтверждением этому служит существующий в международном частном праве принцип, согласно которому право собственности и иные вещные права регулируются правом государства, в котором находится вещь (*lex rei sitae*)[19]. Следовательно, стороны правоотношений не имеют возможности выбрать применимое право при установлении залога недвижимости в качестве вещного способа обеспечения исполнения обязательств [Stöcker, O., 1992, p. 209].

В то же время различия в регулировании залоговых прав в отдельных государствах – участниках Европейского союза, несмотря на использование схожих понятийных аппаратов, являются существенными [Kaindl, R., 1993, p. 277; Wehrens, H., 1992, p. 558]. Ипотека в Польше[20], Германии[21], Австрии[22] или Франции[23] не может ни при каких условиях рассматриваться как тождественный институт[24]. Различия есть не только в самой правовой конструкции, имеющихся формах, способах возникновения, перенесения и прекращения, но также в эффективности обеспечения, а следовательно, в оценке стоимости, принудительном исполнении, порядке удовлетворения требований и т. д. Полностью иной правовой характер [Kostecki, S., 2006, p. 115] имеет также немецкий поземельный долг[25].

---

[19] Статья 24 § 1 польского Закона о международном частном праве (Prawo prywatne międzynarodowe // Dz.U. 1965. Nr. 46. Poz. 290 (с изм.); § 43 абз. 1 EGBGB (Закон о введении в действие немецкого Гражданского кодекса: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896 // RGBl. 1896. No. 604 (с изм.); § 32 в связи с § 31 Закона о международном частном праве Австрии (Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht [iPr-gesetz] // BGBl. No. 304 (с изм.).

[20] Статьи 65–112 польского Закона от 6 июля 1982 г. о кадастровых книгах и ипотеке (O księgach wieczystych i hipote (обобщенный текст) // Dz.U. 2001. Nr. 124. Poz. 1361 (с изм.) (далее: З.к.к.и.); об ипотеке в польском праве: [Rudnicki, S., 2002, p. 190 ff.].

[21] § 1113–1190 немецкого Гражданского кодекса (Bürgerliches Gesetzbuch, Gesetz vom 18. August 1896 // RGBl. 1896. No. 195 (с изм.) (далее: BGB); об ипотеке в немецком праве: [Wieling, H., 2001, p. 411 ff.].

[22] § 447–471 австрийского Гражданского кодекса (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 // JGS. No. 946/1811 (с изм.) (далее: ABGB); об ипотеке в австрийском праве: [Koziol, H. and Welser, R., 2000, p. 336 ff., 350 ff.; Petrasch, F., 1983, p. 407 ff.].

[23] Статьи 2393–2425 (ранее ст. 2114–2134) французского Гражданского кодекса (Code civil des Français – Édition originale et seule officielle. Paris: de l'Imprimerie de la République, An Février 1804. 436 p.; далее: CC); об ипотеке во французском праве: [Beysen, E., 2001, p. 256 ff.; Ferid, M., 1971, p. 1071 ff.].

[24] Сравнительный анализ польского и немецкого права: [Jaschinska, M., 2004]; немецкого, французского и английского права: [Kircher, S., 2004]; немецкого, французского и швейцарского: [Stöcker, O., 1992].

[25] § 1191–1198 BGB; [Kostecki, S., 2006, p. 115 ff.].

Эти различия существенно усложняют трансграничное перемещение услуг и капитала в Европейском союзе, в том числе в части ипотечных кредитных сделок, следствием чего является ограничение свободы конкуренции в европейском банковско-финансовом секторе. Кредитор, иными словами, может использовать только те вещные способы обеспечения исполнения обязательств, которые предусмотрены правом, действующим на территории, на которой находится недвижимость.

Банковская оферта, следовательно, должна быть подготовлена индивидуально для каждого государства, и ей должно предшествовать подробное, актуальное, а следовательно, дорогостоящее юридическо-экономическое исследование. Для заграничных кредиторов по сравнению с локальными кредиторами возникает ряд дополнительных препятствий, которые с учетом финансовой оценки существенно ограничивают их способность конкурировать с локальными кредиторами, гораздо лучше осведомленными не только о реальной экономической ситуации в стране, но и о действующих правовых нормах. В связи с необходимостью покрытия дополнительных информационно-правовых расходов использование залога заграничного недвижимого имущества в качестве средства обеспечения выплаты ипотечного кредита становится менее привлекательным и менее значимым. В такой ситуации трансграничный рынок ипотечных кредитов в Европейском союзе остается недостаточно развитым, а конкуренция является ограниченной. Несомненно, это отражается на стоимости кредита, обязанность выплаты которого ложится на заемщиков.

Возможность исправления сложившейся ситуации усматривается в создании единого европейского права залога недвижимого имущества. Это могло бы обеспечить банкам возможность использовать выгодный способ обеспечения кредитов, который мог бы аналогично применяться во всех государствах – участниках ЕС. Это также способствовало бы укреплению правопорядка и увеличению конкуренции, которая не существовала бы только в границах государства, а кредитор мог бы финансировать свои инвестиции на более выгодных условиях на территории всего Европейского союза. Это могло бы послужить импульсом для динамичного развития экономики, улучшить ее производительность, привести к снижению стоимости инвестиций, а также поспособствовать распространению новых финансовых инструментов.

Попытка создания европейского права залога недвижимости, возможно, также стала бы импульсом для реформирования внутригосударственного правового регулирования в государствах – участниках ЕС. В частности, это могло бы способствовать увеличению темпов создания современной системы обеспечения исполнения кредитных обязательств в государствах Центральной и Восточной Европы, а также расширению имевших место до настоящего времени работ над Общей системой под-

ходов (*Common Frame of reference*[26]) на область вещного права. Принимая во внимание указанные цели, стоит проанализировать предложение по созданию единого европейского права залога недвижимости, часто называемого в литературе евроипотекой[27].

II. Историческая справка

1. Отчет Segré

Идея евроипотеки не является новой – ей уже более 40 лет[28]. Уже с момента возникновения Европейских Сообществ эта идея вызывала живой интерес у представителей науки[29], практики и у европейских политиков. На выгоды, связанные с введением в государствах – участниках ЕС единого трансграничного права залога недвижимости, указывалось уже в 1966 г. Тогда комиссия ЕЭС создала группу экспертов с целью исследования возможности расширения структуры европейского рынка капиталов. В ноябре группа представила отчет, названный по имени председателя отчетом Segré[30]. В качестве приоритетного задания ученые выбрали сближение и, по возможности, гармонизацию права залога недвижимости в Европейском союзе. Создание однообразного регулирования в этой сфере признано существенным элементом интеграции европейского рынка капиталов. Отчет ссылается на немецкий опыт и в качестве образца гармонизации указывает немецкий поземельный долг[31]; при этом подчеркиваются плюсы, связанные с гибкостью правового регулирования, обусловленного неакцессорным характером этого способа обеспечения исполнения обя-

---

[26] См.: Draft Common Frame of reference, Interim Outline Edition / ed. Ch. v. Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke. München, 2008, доступный также на сайте: http://www.law-net.eu/

[27] Это наименование уже использовалось в работах Комиссии по вопросам Европейского Экономического Сообщества (КЕЭС), функционировавшей в рамках Международного союза латинского нотариата [Kaindl, R., 1993, p. 278; Wehrens, H., 1992, p. 559 ff.].

[28] Короткая историческая справка представлена в: [Stöcker, O., 2006, p. 2 ff.].

[29] Евроипотека, в частности в Германии, является предметом многочисленных научных работ, в том числе докторских диссертаций: [Kircher, S., 2004; Kiesgen, Ch., 2004; Stöcker, O., 1992].

[30] Официальное наименование отчета: Der Aufbau eines Europäischen Kapitalmarkts, Bericht einer von der EWG-Kommission eingesetzten Sachverständigengruppe (The Development of a European Capital Market). Кроме председателя в работе принимали участие 11 экспертов, являющихся представителями всех государств – участников ЕС. Среди них наиболее многочисленными были представители банков, но в работе также принимали участие профессора как представители юридических наук. Профессор Claudio Segré был директором исследований в Генеральном директорате по экономическим и финансовым вопросам Комиссии ЕЭС [Kircher, S., 2004, p. 418, footnote 62].

[31] § 1191–1198 BGB.

зательств. Авторы отчета обратили особое внимание на преимущества поземельного долга в форме письма [Kircher, S., 2004, p. 419; Stöcker, O., 1992, p. 217]. Отчет Segré не включал проект нормативного акта, поэтому сложно однозначно охарактеризовать объем планируемых в свое время изменений[32]. Отчет оставляет без ответов много других существенных вопросов. В частности, основываясь на содержащихся в нем данных, невозможно определить, должна ли евроипотека использоваться исключительно для обеспечения исполнения обязательств, возникающих из международных кредитных сделок, или может также применяться во внутригосударственных правовых отношениях [Kircher, S., 2004, p. 443 ff.], а также должна ли она являться дополнительным способом обеспечения исполнения обязательств и, следовательно, функционировать наравне с существовавшими ранее в государствах – участниках ЕС вещными способами обеспечения исполнения обязательств или же стать для них заменой [Kircher, S., 2004, p. 445 ff.].

2. Заключение Института имени Макса Планка в Гамбурге

Институт сравнительного и международного частного права имени Макса Планка в Гамбурге[33] согласился по заказу Комиссии в 1971 г. дать заключение, касающееся гармонизации права залога недвижимости в ЕЭС. Главной целью исследования было определение препятствий на пути к созданию единого рынка капиталов, а затем – поиск возможных путей их преодоления. Предметом сравнительного анализа стали правовые институты, служащие обеспечению выплаты кредитов с использованием недвижимости [Stöcker, O., 1992, p. 218 ff.]. Созданная в Институте в декабре 1971 г. исследовательская группа под руководством проф. Ульриха Дробнига представила первую часть заключения. Объем исследований включал правовые системы шести государств – участников ЕС[34]. В 1976 году первая часть заключения была дополнена проф. Полом Джексоном в части правового регулирования, принятого в Дании, Ирландии и Великобритании[35]. Вторая часть заключения, которая должна была содержать подробный анализ существующих различий и предложения относительно возможности введения союзного права залога недвижимости в Европе, к сожалению, не была составлена.

---

[32] Анализ отчета: [Kircher, S., 2004, p. 442 ff.].

[33] Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg (http://www.mpipriv.de).

[34] Бельгия, Германия, Франция, Италия, Люксембург и Голландия.

[35] Оригинальное название: Die Grundpfandrechte in den Rechtsordnungen Dänemarks, Irlands sowie des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland. Доступ к Заключению можно получить в Институте Макса Планка в Гамбурге, номер документа Rvgl. 17060/100.

3. Предложения Международного Союза латинского нотариата

Евроипотека была предметом исследований также *Commission des Affaires de la Communauté Euorpéenne* (КЕЭС)[36], созданной в рамках Международного союза латинского нотариата (МСЛН)[37]. В 1983 году комиссия создала рабочую группу, которая под руководством Ганса Джорджа Веренса (Германия) и Эдмонда Грессера (Франция) исследовала правовые возможности создания общего европейского права залога недвижимости. МСЛН поручил комиссии провести сравнительный анализ швейцарского заемного письма[38] и немецкого поземельного долга, сравнить результаты исследований с правовым регулированием в государствах Европейского союза и на основе полученных данных предпринять попытку разработки основ правового регулирования [Köndgen, J. and Stöcker, O., 2005, p. 112]. В результате проведенных работ 22 мая 1987 г. комиссия представила Совету Министров ЕС проект евроипотеки[39]. Комиссия рекомендовала ввести институт евроипотеки наряду с уже существующими внутригосударственными вещными формами обеспечения исполнения обязательств; евроипотека должна была использоваться прежде всего для обеспечения исполнения трансграничных кредитных сделок, хоть и не исключалось ее использование при внутригосударственном кредитовании. В качестве образца была принята модель швейцарского заемного письма[40].

Евроипотека была определена как неакцессорное право залога недвижимости, которому сопутствует абстрактное обязательство по выплате определенной денежной суммы. В результате мы имеем дело с абстрактным личным требованием, исполнение которого обеспечено при помощи вещи и закреплено на ценной бумаге. Данная конструкция дает двойную гарантию, поскольку собственник обремененной недвижимости

---

[36] КЕЭС была создана в 1967 г. В ее состав входят нотариусы и адвокаты государств – участников ЕС. Ее основной задачей является решение вопросов права Европейского союза.

[37] Международный союз латинского нотариата является неправительственной организацией, созданной в 1948 г. в Буэнос-Айресе. Его основной задачей является поддержка развития и сотрудничества нотариата в мировых масштабах. В настоящее время Союз объединяет 72 нотариальных сообщества стран. Штабквартира – г. Рим. http://www.uinl.org

[38] Статьи 842–846 и ст. 854–874 швейцарского Гражданского кодекса (Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR: 210 (с изм.).

[39] Результаты работы комиссии представили R. Kaindl [1993, p. 278 ff.], H. Wehrens [1992, p. 559 ff.], O. Stöcker [1991, p. 538 ff.].

[40] [Kaindl, R., 1993, pp. 278, 280; Wehrens, H., 1992, p. 559 ff.; Stöcker, O., 1991, p. 538 ff.]; аргументы в пользу швейцарской модели: [Kiesgen, Ch., 2004, p. 48 ff.]; евроипотека, основанная на швейцарском заемном письме, представлена в работе [Stöcker, O., 1992, p. 279 ff.].

несет как имущественную, так и личную ответственность[41]. Создатели данной концепции полагали, что законодательные органы государств в полной мере (с момента возникновения до момента прекращения) осуществят интеграцию евроипотеки в свою правовую систему [Kaindl, R., 1993, p. 278; Wehrens, H., 1992, p. 560]. В связи с различиями в системах ведения кадастровых книг рекомендовано, например, – с целью обеспечения безопасности правового оборота – ввести официальное, выдаваемое государственным органом подтверждение внесения евроипотеки в реестр и ее позиции по отношению к иным вещным правам, внесенным в реестр. Подтверждение должно было иметь однообразную форму и отражать правоотношения, существующие во всех государствах-участниках [Kaindl, R., 1993, p. 279; Wehrens, H., 1992, p. 562]. Комиссия также указала, что введение евроипотеки как формы обеспечения исполнения кредитных обязательств должно быть осуществлено в форме распоряжения [Kaindl, R., 1993, p. 280; Wehrens, H., 1992, p. 562; Stöcker, O., 1991, p. 540].

4. Предложения Союза немецких ипотечных банков в Берлине

Спустя несколько лет, в 1998 г., группа экспертов, действующая под руководством Союза немецких ипотечных банков (СНИБ)[42], подготовила рекомендации, касающиеся неакцессорного права залога недвижимости, с целью его введения на территории Центральной и Восточной Европы [Wolfsteiner, H. and Stöcker, O., 1998, p. 264 ff.][43]. На основе данных рекомендаций был разработан проект закона, который, однако, не относился к конкретному государству [Wolfsteiner, H. and Stöcker, O., 1998, p. 267 ff.][44]. Исходным пунктом для начала работ над проектом стали прежде всего швейцарское заемное письмо и немецкий поземельный долг. Согласно проекту недвижимость можно было обременить таким образом, что лицу, в пользу которого установлено обременение, необходимо будет выплатить за счет недвижимости определенную денежную сумму. Обременение могло касаться также прав, которые подлежат внесению в реестр наравне с недвижимостью. Залоговое право должно было возникать на основании записи в кадастровых книгах, для чего было бы необходимо получение согласия собственника в нотариальной форме; оно также могло бы быть установлено в пользу собственника и не прекращалось бы в результате объединения его с правом собственности на недвижимость. В правовом обороте это право выступало бы в форме записи в реестре или в форме

---

41 О швейцарском заемном письме: [Stöcker, O., 1992, p. 230 ff.].

42 Verband deutscher Hypothekenbanken, в настоящее время: Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp); http://www.pfandbrief.de

43 То же см. в: Deutsche Notar-Zeitschrift (далее: DnotZ). 1999. S. 451 ff.; а также на английском языке: *Wolfsteiner H., Stöcker O.* A nonaccessory Security Right over Real Property for Central Europe // Notarius International. 2003. P. 116 ff.

44 То же см. в: DnotZ. 1999. S. 460 ff.

ценной бумаги (документа), и в зависимости от формы его передача могла бы осуществляться в различных формах. Право залога недвижимого имущества, конечно, было бы зависимым от требования, что должно было бы значительно упростить его применение в банковской практике. В случае обеспечения требования оно не прекращалось бы автоматически в момент удовлетворения требования. Собственник недвижимого имущества, в свою очередь, мог бы требовать возврата права залога или удаления записи о нем из кадастровой книги. Элементом, связывающим право залога с правом требования, должен был быть договор обеспечения исполнения обязательств. Подчеркивая преимущества данной концепции, эксперты признали целесообразной разработку законодательного регулирования минимальных требований к договору обеспечения исполнения обязательств, а в дополнении к проекту рассматривалась возможность ограничить круг заемщиков до лиц, подлежащих государственному контролю. Работу над данными рекомендациями впоследствии продолжила испанская исследовательская группа *The Eurohypothec*[45], которая в свою очередь, представила результаты исследований группе *Collateral*, действующей в рамках *Forum Group* [Köndgen, J. and Stöcker, O., 2005, p. 113].

5. Предложения дискуссионной группы по вопросам ипотечного кредита

В очередной раз вопросы евроипотеки были проанализированы в 2003 г. созданной Европейской Комиссией дискуссионной группой по вопросам ипотечного кредита (*Forum Group on Mortgage Credit*[46]). Идея введения единого европейского права залога недвижимого имущества получила положительную оценку и была учтена в перечне предлагаемых рекомендаций[47]. Согласно представленному отчету евроипотека не должна иметь акцессорный характер, она должна давать возможность обременять недвижимость, обеспечивать выплату трансграничных ипотечных кредитов, характеризоваться простотой перенесения и являться надежным средством обеспечения исполнения обязательств в случае банкротства заемщика[48]. Для защиты интересов заемщика предлагалось заключение между кредитором и собственником обремененной недвижимости гражданско-правового договора, содержащего указание на цель выбранного способа

---

[45] The Eurohypothec a common mortgage for Europe. URL: http://www.eurohypothec.com/

[46] Reference: IP/03/442 (27 March 2003). URL: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/442&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en

[47] European Communities, the Integration of the EU Mortgage Credit Markets – Report by the Forum group on Mortgage Credit, 2004, Recommendation no. 38, Annex VI (euromortgage). URL: http://www.europa.eu.int

[48] Report by the Forum Group on Mortgage Credit, 2004, Annex VI.

обеспечения[49]. С финансовой точки зрения существенное преимущество данного вида евроипотеки должно было заключаться в возможности беспрепятственной передачи обеспеченного ипотечного требования другому заемщику без необходимости установления новой ипотеки. Дополнительным преимуществом также было то, что несколько кредитов могли бы быть обеспечены одним и тем же имуществом. Благодаря такому решению кредиторы могли бы выдавать ипотечные кредиты за границами своего государства на основании единых норм и при повышенной эффективности финансирования. Введение евроипотеки предлагалось поручить комиссии, которая, руководствуясь принципом минимальной гармонизации, должна была издать соответствующую директиву[50].

6. Иные инициативы и исследовательские группы

Работы в области интеграции европейского ипотечного рынка, в том числе касающиеся евроипотеки, ведутся также рядом иных исследовательских групп. Среди них особого внимания заслуживают группа Trento[51] и Институт при Европейском университете во Флоренции[52]. Важную роль играет также Европейская ипотечная федерация в Брюсселе, представляющая интересы банковского сектора ипотечного кредитования в Европе. По ее поручению проводятся регулярные рыночные исследования, целью которых является установление существующих препятствий на пути к более эффективному функционированию ипотечного кредитования в Европейском союзе, а также определение способов их преодоления[53]. В рамках этой деятельности Федерация выступает с различными инициативами: организует конференции, встречи, публикует отчеты, прогнозы, в том числе квартальные сравнительные анализы актуальных изменений, происходящих на европейском ипотечном рынке[54].

7. Основные рекомендации, касающиеся евроипотеки

Основные рекомендации, касающиеся евроипотеки, были разработаны на встречах, которые по инициативе Союза немецких ипотечных банков

---

[49] Report by the Forum Group on Mortgage Credit, 2004, Recommendation no. 36.

[50] Report by the Forum Group on Mortgage Credit, 2004, nb. 192.

[51] Trento-Group. URL: http://www.jus.unitn.it/dsg/common%2Dcore

[52] European University Institute (EUI). URL: http://www.iue.it

[53] European Mortgage Federation была создана в 1967 г.; представляет интересы как индивидуальных кредиторов, так и их объединений, расположенных в государствах – участниках Европейского Союза. Члены Федерации в общей сложности предоставляют 75% жилищных и коммерческих кредитов в Европе.

[54] Quarterly Review of European Mortgage Markets. URL: http://www.hypo.org/Content/ Default.asp?PageID=215

состоялись в ноябре 2004 г. и в апреле 2005 г. в Берлине. В мероприятиях принимали участие представители нескольких исследовательских групп, занимающихся проблематикой евроипотеки[55]. Результаты их работы были опубликованы в мае 2005 г. Фондом ипотечного кредитования в Варшаве[56]. Содержащиеся в публикации рекомендации определяют евроипотеку как неакцессорное обременение недвижимости, дающее право требовать выплату определенной денежной суммы за счет права собственности на недвижимость[57]. Такое обременение обычно сопровождается договором обеспечения исполнения обязательств (*security agreement*)[58] обязательственного характера[59], который определяет цель предоставления обеспечения и границы реализации права, принадлежащего уполномоченному лицу на основании евроипотеки. Договор не является тождественным договору кредита, хотя оба договора могут быть заключены в форме единого документа[60]. Как в отношении вещного обеспечения, так и в отношении договора обеспечения должен был применяться *lex rei sitae*[61], а евроипотека вносилась бы в реестры недвижимости, существующие в месте ее расположения[62] и обеспечивающие высокий стандарт безопасности[63]. Рекомендации, содержащиеся в проекте, отметила Европейская Комиссия, которая сослалась на них в Зеленой Книге ипотечного кредитования.

III. Евроипотека в разработках Европейского союза

1. Зеленая Книга ипотечного кредитования в Европейском союзе

Европейская Комиссия 19 июля 2005 г. опубликовала Зеленую Книгу ипотечного кредитования в Европейском союзе[64]. Среди множества существенных вопросов, касающихся ипотечного кредитования, Комиссия

---

55 The Eurohypothec: a common mortgage for Europe; Forum group on Mortgage Credit (Collateral); European Land Information Service (EULIS); European University Institute.

56 Basic Guidelines for a Eurohypothec. Outcome of the Eurohypothec workshop, November 2004 / April 2005 / ed. A. Drewicz-Tułodziecka // Mortgage Bulletin. 2005. No. 21; также: www.ehipoteka.pl/corporate_site/content/download/646/2521/file/zeszyt _21.pdf

57 Basic Guidelines... B II, 2.1, sentence 1. P. 13.

58 Basic Guidelines... B II, 2.1, sentence 2. P. 13.

59 Подробный анализ договора: Basic Guidelines... B II, 4. P. 15 ff.

60 Basic Guidelines... B II, 2.1, sentence 2, 3. P. 13.

61 Basic Guidelines... B II, 2.3. P. 13.

62 Basic Guidelines... B II, 3.2. P. 13 ff.

63 Basic Guidelines... B II, 7. P. 19 ff.

64 Зеленая Книга. Ипотечное кредитование в ЕС (Текст актуальный для Европейской экономической зоны), COM(2005) 327.

обратила внимание на его обеспечение; сослалась на предпринятые ранее попытки и предложенные проекты различных исследовательских групп с участием представителей науки и участников рыночных отношений[65]. В качестве одного из аргументов, который приводят сторонники евроипотеки, Комиссия назвала ослабление связи между ипотечным обеспечением и кредитом, что должно было упростить возникновение и передачу ипотеки, что, в свою очередь, могло бы оказать положительное влияние на рынок ипотечного кредитования, в особенности на финансирование кредитов[66]. В качестве примера Комиссия привела модель евроипотеки, представленную в *Basic Guidelines for a Eurohypothec*. Кроме того, неотъемлемой частью Зеленой Книги стали рекомендации *Forum Group*, которые были представлены в ней в форме приложения. Признание евроипотеки одним из важных инструментов, служащих росту эффективности и конкурентоспособности европейского рынка ипотечных кредитов, стоит считать важным шагом на пути к реализации этой идеи[67].

2. Консультативные точки зрения, касающиеся евроипотеки

Публикация Зеленой Книги дала начало обширному консультационному процессу, в рамках которого свои позиции заявили не только государства – участники ЕС, но также и органы Европейского союза, государственные учреждения, представители банковского и научного сообществ[68]. Подведение итогов первого этапа консультаций завершилось публикацией Комиссией документа *Feedback on the Consultation on the Green Paper on Mortgage Credit 2006*[69]. Согласно его содержанию концепцию евроипотеки поддержали всего 19% финансовых учреждений, 31% государств – участников ЕС[70] и

---

65 Зеленая Книга, п. (48).

66 Зеленая Книга, п. (47).

67 Эта оценка не изменилась в связи с замечаниями Комиссии относительно необходимости проведения дополнительных консультаций и анализа, в том числе по вопросу окончательного выбора подходящих инструментов; Зеленая Книга, п. (3), (48).

68 Заключения доступны на сайте: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/comments_de.htm

69 Feedback on the Consultation on the Green Paper on Mortgage Credit 2006, MARKT/H3/JR D(2006), Brussels, 23 May 2006. URL: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-services-retail/docs/home-loans/feedback_gp-en.pdf

70 Концепцию евроипотеки поддержало в том числе Правительство Польши. Однако в его заключении указывалось, что введение евроипотеки должно быть заключительным этапом объединения европейского рынка ипотечного кредитования. При этом отмечалось, что «в настоящее время евроипотека как правовой институт с многолетней традицией, прочно закрепившийся в правовых системах всех государств – участников ЕС, может так же хорошо функционировать на основе локального права каждого государства – участника ЕС, при условии

43% прочих субъектов рынка[71]. Аргументируя свою позицию, сторонники евроипотеки указывали на давно известные аргументы. В первую очередь подчеркивалось, что гибкая ипотека неакцессорного характера послужит развитию конкуренции, снизит процентные ставки по ипотечным кредитам, тем самым создавая более благоприятные кредитные условия для клиентов (потребителей) и способствуя интеграции европейского рынка.

Однако большинство исследователей подходили к данному вопросу с осторожностью. Они указывали на необходимость детального анализа концепции евроипотеки и в итоге не высказали ни положительного, ни отрицательного мнения. Такую позицию заняли 69% финансовых учреждений, 100% потребителей, 38% государств – участников ЕС и 43% прочих субъектов рынка[72].

Полученные заключения обратили внимание Комиссии на ряд существенных вопросов. Так, предлагалось исследовать влияние и связь евроипотеки с внутригосударственным правом, в частности там, где присутствовала бы необходимость введения изменений. Важными признаны предложение проанализировать влияние евроипотеки на потребителей, а также поиск ответа на основной вопрос: будет ли евроипотека реальным решением существующих проблем? Кроме того, некоторые заключения, в частности поступившие от государств – участников ЕС, указывали на необходимость подробного анализа компетенции Европейского союза в части регулирования данного вопроса, в том числе в контексте принципа субсидиарности.

Консультации выявили разногласия также в вопросе направлений дальнейшей деятельности. Сторонники евроипотеки считают, что Европейский союз должен разработать юридические и экономические рекомендации по данному вопросу. Среди сторонников более глубокого анализа вопроса некоторые субъекты рынка утверждают, что Комиссия должна разработать более проработанный проект и провести юридическо-экономический анализ; в то же время другая группа считает, что субъекты, являющиеся сторонниками евроипотеки, должны более подробно представить свои предложения и комплексно рассмотреть ее влияние на европейский рынок.

Одним из ключевых вопросов евроипотеки, ставшим предметом множества комментариев, был вопрос ослабления связи между обеспечением и кредитом. Этот вопрос также был предметом критических оценок и опасений скептиков, среди которых 12% составляли финансовые учреждения, 31% – государства – участники ЕС и 14% – иные субъекты рынка.

создания исправно работающей системы обмена информацией о правовом статусе недвижимости, единой для всего ЕС»; данное мнение приложено к письму в Министерство финансов от 23 ноября 2005 г. № FI/PTS/IE-3503/2005, с. 11 и след. URL: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/homeloans/comments/ms-pl_minfin-pl.pdf

[71] Feedback... 8.2. S. 45.

[72] Feedback... 8.2. S. 45.

Данный вопрос также поднимался в отзывах, в которых не было однозначно определено отношение к вопросу евроипотеки. В частности, ставился вопрос, является ли неакцессорная модель подходящим решением для Европы. В данном контексте рекомендовалось проведение сравнительного анализа акцессорной и неакцессорной форм обеспечения с целью определения наиболее подходящего варианта.

3. Работа правительственной группы экспертов по вопросам ипотечного кредитования

В связи с многогранностью проблематики принято решение продолжить консультации на правительственном уровне. 31 мая 2006 г. группа правительственных экспертов по вопросам ипотечного кредитования получила рабочую документацию, содержащую вопросы, касающиеся проблематики Зеленой Книги[73]. Среди вопросов, представленных в данной документации, отсутствует проблематика евроипотеки. Однако поиск ответов на содержащиеся в ней вопросы[74], а также тесное сотрудничество в рамках созданной группы должны, по мнению Комиссии, позволить собрать необходимую информацию относительно функционирования кредитного рынка в государствах – участниках ЕС и способствовать углублению и всестороннему анализу всех вопросов, связанных с созданием единого рынка ипотечного кредитования в Европейском союзе.

4. Резолюция по вопросу ипотечного кредитования в Европейском союзе

Вопросом евроипотеки заинтересовался также Европейский Парламент. Экономический и валютный комитет опубликовал 19 октября 2006 г. отчет по вопросу ипотечного кредитования в Европейском союзе[75]. Отчет содержит проект Резолюции, в которой Европейский Парламент призывает Комиссию провести анализ препятствий, усложняющих трансграничное предоставление кредитов, и продолжить исследование потенциала евроипотеки как инструмента, обеспечивающего исполнение обязательств с учетом сопутствующих ей гарантий[76]. Принимая 14 ноября

---

[73] Working Document, Government Expert Group on Mortgage Credit (GEGMC). URL: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/gegmc/gp_ followup-en.pdf

[74] Позиции государств – участников ЕС: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/gegmc_comments_de.htm

[75] Отчет № 2006/2102 (INI), итоговая версия: A6-0370/2006. URL: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0370+0+-DOC+XML+V0//PL

[76] Отчет № 2006/2102 (INI), итоговая версия: A6-0370/2006. Пункт 22 проекта Резолюции Европейского Парламента по вопросу ипотечного кредитования в Европейском союзе (2006/2102 (INI), с. 8.

2006 г. Резолюцию[77], Европейский Парламент уточнил, что речь идет о гарантиях, которые необходимы для установления и использования евроипотеки, в частности в отношении обеспечения публичного доступа к документам и последствий для третьих лиц. В Резолюции содержится рекомендация исследовать соотношение евроипотеки и иных вещных способов обеспечения исполнения обязательств и обратить внимание на ее связь с правом требования; также указывается на необходимость исследования правовых последствий частичного или полного прекращения обеспеченного права требования, изменения основания его оценки или переноса этого права как для кредиторов, так и для третьих лиц[78]. Евроипотека при этом названа факультативным общеевропейским инструментом для упрощения трансграничной кредитной деятельности, над чем еще необходимо работать[79].

Обращено внимание Европейской Комиссии на необходимость определить инструменты, которые могли бы упростить перенос ипотечных кредитов, в том числе исследовать существующие в праве препятствия, замедляющие развитие европейского рынка ипотечного кредитования[80]. Одновременно Европейский Парламент призывает развивать на государственном уровне механизмы, позволяющие использовать так называемую возобновляемую ипотеку[81]. Наконец, была отмечена потребность обеспечить равный, не дискриминирующий доступ к информации о клиентах и о рынке недвижимости, в том числе к информации об ипотечном обеспечении и о праве собственности. Широкий доступ к этим данным при условии сохранения конфиденциальности был признан ключевым фактором, который служит обеспечению равных шансов кредиторам, входящим на рынок[82].

Результаты всех предпринятых действий в рамках Европейского союза, содержащие в том числе как итоговые выводы, сформулированные в

---

77 Резолюция Европейского Парламента по вопросу ипотечного кредитования в Европейском союзе (2006/2102(INI), итоговая версия A6-0370/2006. URL: http://www.europarl.europa.eu/si-des/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2006-0487&language=PL&ring=A6-2006-0370

78 Пункт 23 Резолюции Европейского Парламента по вопросу ипотечного кредитования.

79 Обоснование проекта Резолюции Европейского Парламента по вопросу ипотечного кредитования, с. 15.

80 Пункты 23 и 31 проекта Резолюции Европейского Парламента по вопросу ипотечного кредитования, с. 9; п. 30 Резолюции Европейского Парламента по вопросу ипотечного кредитования, с. 7.

81 Пункт 25 Резолюции Европейского Парламента по вопросу ипотечного кредитования, с. 6.

82 Пункт 35, 36 и 40 Резолюции Европейского Парламента по вопросу ипотечного кредитования, с. 7 и след., а также обоснование проекта Резолюции Европейского Парламента по вопросу ипотечного кредитования, с. 16.

результате консультаций, так и предложения, должны были быть объединены в Белой Книге, которая была опубликована по окончании процесса консультаций 18 декабря 2007 г.[83] Однако документ не содержит анонсированных действий в части евроипотеки[84].

IV. Правовая конструкция евроипотеки

Правовая сущность евроипотеки была и является причиной многочисленных дискуссий как догматического, так и политико-правового характера. С учетом многогранности данной проблематики дальнейшее исследование необходимо ограничить анализом одного из вопросов. В научной дискуссии на первое место ставится вопрос, касающийся правовой формы евроипотеки. Здесь сталкиваются два противоположных мнения: первое отстаивает неакцессорный характер евроипотеки, в то время как второе высказывается в пользу акцессорной конструкции[85].

1. Евроипотека как неакцессорное право

А) Основные положения

Отдельные положения концепций евроипотеки, содержащихся в указанных выше инициативах и проектах, отличаются друг от друга. Их общей чертой является, однако, теория, согласно которой в будущем европейское право залога недвижимости должно иметь неакцессорный характер, а следовательно, должно быть обособлено от требования, которое оно обеспечивает. Как обеспеченное право (требование), так и обеспечивающее право (евроипотека) в таком случае были бы самостоятельными правовыми явлениями, в результате чего могли бы независимо передаваться другим лицам, а прекращение права требования не влекло бы за собой прекращение евроипотеки.

---

[83] Белая Книга, касающаяся интеграции рынков ипотечного кредитования в ЕС, KOM(2007) 807 итоговая версия. URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUr iServ.do?uri=CELEX: 52007DC0807:PL:NOT

[84] «<…> Относительно права, применимого к обеспечению ипотечного кредита, Комиссия не находит причины для отступления от утвердившегося принципа применения права государства, в котором находится недвижимость <…>». (Белая Книга, касающаяся интеграции рынков ипотечного кредитования в ЕС, п. 4.1 in fine, с. 10).

[85] Научную дискуссию, касающуюся (не)акцессорного характера евроипотеки, стоит рассматривать исключительно как один из элементов необычайно сложного целого. Представляется, что не менее значимыми являются более глубокие рассуждения, касающиеся множества иных вопросов, впрочем, частично обсуждаемых в литературе по данной теме. Речь идет, например, о компетенции Европейского союза заниматься вопросами вещного права, обеспечения одинаковой интерпретации норм, регулирующих евроипотеку, а также о возможности их интеграции в правовые системы государств – участников ЕС.

Отделение права залога от обеспеченного им требования имело бы исключительно техническое значение. На место акцессорности должен был прийти договор, который определял бы цель предоставления обеспечения, его правовое основание (*cause*)[86] и был бы связующим элементом между обеспеченным требованием и обеспечивающей его евроипотекой. Таким образом, комплексно правовые отношения должны были бы состоять из трех элементов: кредитного договора, евроипотеки и договора обеспечения.

Последствия применения такой конструкции следует рассматривать в двух аспектах. Во внешних отношениях она предоставила бы уполномоченному на основании евроипотеки неограниченные возможности по ее использованию. В частности, уполномоченный не был бы обязан доказывать существование права требования, его размер, наступление срока исполнения. Во внутренних отношениях уполномоченный на основании евроипотеки был бы связан положениями, содержащимися в договоре обеспечения. Это ограничивало бы его возможности по использованию евроипотеки и защищало бы собственника обремененной недвижимости от злоупотреблений, в частности от двойной оплаты. Обеспечивающий договор, на основании которого уполномоченный в связи с установлением евроипотеки обязуется перед предоставляющим обеспечение реализовать предоставленное ему право в границах, указанных в договоре, имел бы доверительный характер[87]. В немецком праве, являющемся основой данной конструкции, такой договор не вписывается в кадастровые книги [Jaschinska, M., 2004, p. 139; Eickmann, D., 1997, § 1191, p. 1929, nb. 41] и не требует соблюдения особой формы, хотя на практике обычно заключается в письменной форме [Jaschinska, M., 2004, p. 140; Eickmann, D., 1997, § 1191, p. 1929, nb. 31]. В таком случае возникают сомнения, порождает ли такой договор какие-либо последствия для лица, которое приобретает евроипотеку (цессионария), действуя при этом добросовестно[88].

Отдавая себе отчет в том, какой риск влечет за собой такое решение на европейском уровне, в частности в государствах, для которых данная конструкция является чуждой, некоторые сторонники неакцессорности евроипотеки склоняются к разработке законодательного регулиро-

---

[86] В связи с этим договор обеспечения называют *pactum de hypothecando*; [Kaindl, R., 1993, p. 279; Wehrens, H., 1992, p. 561].

[87] Данной конструкции сопутствует предложение по созданию европейского поверенного права, основанного на немецкой конструкции; ср.: [Stöcker, O., 2006, p. 3].

[88] В немецком праве можно предъявить возражения на основании договора обеспечения также в споре против лица, которое приобрело поземельный долг. Однако если данные возражения не были вписаны в кадастровую книгу, а покупатель действовал добросовестно, ипотечный должник утрачивает возможность ссылаться на них (§ 1157 предл. 2 BGB) [Wieling, H., 2001, p. 476].

вания договора обеспечения [Stürner, R., 1992, p. 387 ff.]. При этом подчеркивается, что при создании евроипотеки необходимо принимать во внимание интересы потребителя и нельзя ограничивать их исключительно до стоимости кредита. Следовательно, вместе с евроипотекой должны быть созданы правовые рамки для договора обеспечения[89], что необходимо, поскольку обострение конкуренции на рынке ипотечного кредитования может спровоцировать, особенно на начальном этапе, тенденцию к предоставлению рисковых кредитов[90]. С этим тесно связан риск формирования обеспечивающего договора в свободной форме, что может противоречить интересам потребителя [Stürner, R., 1992, p. 387 ff.]. Регулирование обеспечивающего договора не должно быть передано в руки законодательных органов государств. Немецкое право не исчерпало своих возможностей развития, а опыт небольшого государства, каким является Швейцария, не может быть распространен на такое большое экономическое пространство, каким является Европейский союз. Поэтому остается единственный выход – создание евроипотеки с законодательно урегулированным договором обеспечения, который был бы субстратом гибкой акцессорности и гарантировал бы собственнику достаточную правовую защиту, в том числе перед цессионарием [Stürner, R., 1992, p. 388]. В свою очередь, отдельного анализа требует соотношение договора обеспечения и евроипотеки в контексте принципа каузальности и абстрактности сделок [Köndgen, J. and Stöcker, O., 2005, p. 114 ff.; ср.: Pisuliński, J., 2001, p. 12 ff.].

В интересах потребителей рассматривается также возможность ограничения использования неакцессорной евроипотеки для обеспечения кредитов, предоставляемых исключительно кредитными учреждениями (банки, страховые компании, государственная казна) [Wolfsteiner, H. and Stöcker, O., 1999, p. 454; Wolfsteiner, H. and Stöcker, O., 1998, p. 265; Wehrens, H., 1992, p. 561]. Некоторые исследователи даже отмечают необходимость представления составленного сторонами договора обеспечения нотариусу с целью проверки его содержания и информирования о правовых последствиях [Kaindl, R., 1993, p. 279; Wehrens, H., 1992, p. 561 ff.].

В отношении вопросов, касающихся возникновения, переноса, формы и видов евроипотеки, концепции в основном опираются на конструкцию немецкого поземельного долга[91], который наряду со швейцарским заемным письмом в течение многих лет неизменно является исходной моделью будущей евроипотеки.

---

[89] Проект правового регулирования договора, определяющего цель предоставления обеспечения, представил Ch. Kiesgen [2004, p. 223 ff.].

[90] Подтверждением этому служит кризис на американском рынке кредитов с низкой надежностью (*subprime*).

[91] О немецком поземельном долге см., например: [Wieling, H., 2001, p. 461 ff.].

B) Экономические преимущества

Аргументом в пользу принятия такой правовой конструкции является ее востребованность в экономических отношениях, проверенная на немецком рынке, где она полностью вытеснила традиционную ипотеку[92]. Неакцессорная евроипотека была бы для кредиторов (банков) очень удобным и надежным средством обеспечения права требования; надежны процесс ее возникновения (возникает независимо от требования), ее существование (изменение права требования не влияет на ее существование), перенос (является независимой, не связанной с требованием), и благодаря этому она легко рефинансируется [Kaindl, R., 1993, p. 279; Wehrens, H., 1992, p. 561]. Это дает возможность ее повторного и многократного использования с целью обеспечения требований, возникающих на основании различных правоотношений, без необходимости установления нового обеспечения[93].

Евроипотека могла бы быть также установлена в пользу собственника недвижимости (евроипотека собственника), который мог бы таким образом осуществлять «резервацию» обеспечения и впоследствии использовать его в любое время с целью обеспечения исполнения обязательства, что могло бы существенно упростить получение нового кредита [Kaindl, R., 1993, p. 279; Wehrens, H., 1992, p. 560 ff.; Stöcker, O., 1991, p. 538].

Особенной простотой в переносе характеризовалась бы евроипотека, установленная в форме письма. Для ее переноса не требовалось бы внесение записи в кадастровую книгу, достаточно было бы передать письмо покупателю. При этом подчеркивается, что с точки зрения защиты потребителя собственник обремененной евроипотекой недвижимости не был бы в менее выгодной ситуации в сравнении с обременением недвижимости «внутригосударственной» ипотекой в настоящее время[94].

Преимущество неакцессорного обеспечения перед акцессорным, следовательно, усматривается прежде всего в возможности более гибкого формирования кредитных отношений. Его сторонники указывают на то, что ипотечные кредиты в настоящее время неустанно изменяются; могут предоставляться и обеспечиваться несколькими субъектами, используются для обеспечения эмиссии ценных бумаг, делятся, переносятся, продаются. Связанная с этим диверсификация рисков, рефинансирование, а также оптимизация структуры собственного капитала требуют постоянных изменений в портфеле ипотечных кредитов. В свою очередь, ситуации, когда один банк предоставляет клиенту кредит и обеспечивает его выплату ипотекой, установленной на одном объекте недвижимого иму-

---

[92] К вопросу, почему поземельный долг вытеснил ипотеку из хозяйственного оборота Германии: [Stürner, R., 1992, p. 380].

[93] Графическое выражение возможности использования неакцессорной евроипотеки: [Luckow, A., 2005, C-1, p. 24 ff.].

[94] Ср.: [Stöcker, O., 2006, p. 3].

щества, а впоследствии в период кредитования данное положение не изменяется, встречаются все реже [Stöcker, O., 2006, p. 3].

Принимая во внимание происходящие изменения, традиционное средство обеспечения кредитов, каким является акцессорная ипотека, не является настолько эластичным, чтобы соответствовать потребностям современного финансового рынка; в частности, она не может использоваться в его новых структурах. В то же время неакцессорная ипотека была бы особенно востребована при предоставлении синдицированных кредитов, кредитов с плавающей процентной ставкой, в иностранной валюте, при секьюритизации и реструктуризации долга, а также при обеспечении инвестиций, финансируемых поэтапно и через посредников[95].

Такая форма обеспечения будет выгодна также для заемщика (потребителя). Ее преимущества видны, в частности, при обеспечении нового кредита. Неакцессорная конструкция позволяет избежать существенных расходов, связанных с ликвидацией старой и установлением новой ипотеки, а также с установлением дополнительных, часто небезопасных форм обеспечения [Wehrens, H., 1992, p. 561].

2. Евроипотека как акцессорное право

А) Понятие акцессорности

Попытки введения в Европейском союзе неакцессорного обеспечения за счет недвижимого имущества до настоящего времени не принесли желаемых результатов. В этой связи все чаще слышны высказывания, что евроипотека должна принять форму акцессорного права [Wachter, T., 1999, p. 49 ff.; Habersack, M., 1997, p. 857 ff.]. Акцессорность в «чистом» виде означает такое отношение зависимости одного права от другого, при котором зависимое право (ипотека) не может возникнуть и существовать без основного права (право требования), а его прекращение влечет за собой прекращение зависимого права. Требование, обеспеченное ипотекой, не может переноситься без ипотеки, а ипотека не может переноситься без требования, исполнение которого она обеспечивает. Следствием акцессорности также является принцип, согласно которому собственник недвижимости, не являющийся лично должником, независимо от того, какие возражения он может предъявить ипотечному кредитору, правомочен предъявлять такие же возражения, какие может предъявить непосредственный должник, в том числе и те, от которых должник отказался после установления ипотеки. Эта зависимость также касается объема и содержания требования, а также возможности его удовлетворения в рамках исполнительного производства[96]. Зависимое право, таким обра-

[95] Ср.: [Luckow, A., 2005, C-1, p. 29 ff.].

[96] О различных сторонах акцессорности: J. Pisuliński [2005b, p. 554 ff.], S. Kircher [2004, p. 41 ff.], M. Habersack [1997, p. 862], D. Medicus [1971, p. 498 ff.].

зом, не может существовать самостоятельно и остается тесно связанным с основным правом, которое оно обеспечивает.

B) Акцессорность в европейской правовой культуре

a) Римское право

Сторонники такой конструкции евроипотеки в первую очередь приводят историко-правовые аргументы[97]. Свои истоки принцип акцессорности берет в римском праве [Wołodkiewicz, W. and Zabłocka, M., 2005, nb. 119 ff.; Habersack, M., 1997, p. 860; Becker-Eberhard, E., 1993, p. 128 ff., 165 ff.; Wegan, J., 1958, p. 156 ff.]. Существует единство мнений относительно того, что уже в классическом римском праве, по крайней мере в отношении *fideiussio*[98], существовали принципы, обосновывающие понятие акцессорной зависимости [Wołodkiewicz, W. and Zabłocka, M., 2005, nb. 334]. Относительно происхождения самого понятия акцессорности следует отметить, что, хотя *fideiussio* и *pignus* неоднократно назывались *«accessiones» principalis obligatio,* а следовательно, дополнением к главному праву, они не имели таких последствий, какие влекут за собой современные поручительство и залог [Becker-Eberhard, E., 1993, p. 127 ff.]. Одновременно как для *fideiussio*, так и для *pignus* существовали принципы, которые *accessiones* в различной мере придавали акцессорный характер по отношению к обеспеченному обязательству. Поручительство могло быть предоставлено на меньшую, но не на бóльшую сумму, чем основной долг. Поручитель мог предъявлять такие же возражения, как и основной должник, а прекращение основного обязательства влекло за собой прекращение поручительства. Аналогично функционировало право залога.

Конечно, римские юристы признавали акцессорный характер поручительства и права залога только в определенных ситуациях. То есть их понимание акцессорности было очень гибким. Поручительство и залог хоть и были акцессорными правами, но не в силу их природы, а в той мере, в какой это соответствовало их функции [Habersack, M., 1997, p. 860]. В период расцвета пандектного права акцессорность стала правовым принципом и оказала влияние на развитие современных правовых систем[99].

b) Французское право

На принципе акцессорности были основаны крупнейшие кодификации гражданского права, имевшие место на рубеже XVIII и XIX вв. Среди них в хронологическом порядке на первом месте необходимо указать *Code civil* (CC). Французский Гражданский кодекс с 1804 г. с самого на-

---

[97] О развитии ипотеки как акцессорного права: [Wegan, J., 1958, p. 152 ff.].

[98] *Fideiussio* было единственной формой поручительства, признанной и зафиксированной в *Corpus iuris* Юстиниана [Habersack, M., 1997, p. 860].

[99] О развитии ипотеки в немецком и австрийском праве под влиянием римского права: [Wegan, J., 1958, p. 158 ff.].

чала сформировал ипотеку как право исключительно акцессорного характера[100]. В такой форме ипотека первоначально должна была использоваться прежде всего в качестве средства обеспечения исполнения краткосрочных обязательств лиц из социальных групп, которые находятся под особой защитой, и не предназначалась для обеспечения долгосрочных кредитов [Kircher, S., 2004, p. 63].

Во французском праве до сегодняшнего дня не существуют неакцессорные формы вещного обеспечения; французскому праву неизвестна также ипотека собственника и ипотека в форме письма. Французское право, однако, допускает определенные исключения из правила акцессорности[101]. Здесь необходимо указать, в частности, на введенную распоряжением от 24 марта 2006 г.[102] новую форму ипотеки *hypothèque rechargeable*[103], которая дает возможность обеспечения новых обязательств, о которых не было известно и которые даже не существовали в момент ее установления[104]. При этом права требования не обязательно должны принадлежать одному и тому же кредитору[105].

c) Австрийское право

Австрийский Всеобщий гражданский кодекс 1811 г. (ABGB)[106] до сегодняшнего дня остается верным принципу акцессорности[107]. Хотя австрийской кодификации также чужды неакцессорные вещные способы обеспечения исполнения обязательств за счет недвижимого имущества, необходимо признать, что кодификация не рассматривает акцессорность как абсолютную догму права. В австрийском праве можно найти ряд исключений, введенных в более позднем периоде[108]. Существующая

---

[100] Статьи 2114–2134 (в настоящее время см. ст. 2393–2425) CC.

[101] Ср.: *Mouly Ch., Jacob F.* в: Juris-Classeur Civil Code art. 2114 á 2117 á art. 2284 á 2488. Paris, 2002. Art. 2114 á 2117, Hypothèques, B. – Limites, тезис 163 и далее.

[102] Ordonnance no 2006/346; на французском, английском, испанском языках – доступны на сайте: http://www.legifrance.gouv.fr/

[103] Статьи 2422–2424 CC.

[104] См.: [Leutner, G. and Lehberg, T., 2006, p. 817 ff.; Klein, Ch. and Tietz, S., 2007, p. 105 ff.].

[105] См.: *Kampf A.* Frankreich reformiert das recht der persönlichen und dinglichen Sicherheiten. URL: http://www.bfai.de/DE/Content/__SharedDocs/Links-Einzeldokumente-Datenbanken/fachdokument.html?fIdent=MKT20060818105802

[106] Краткая история создания ABGB: [Koziol, H. and Welser, R., 2000, p. 9 ff.].

[107] Об акцессорности австрийского права залога недвижимости: [Wegan, J., 1958, p. 159 ff., 163 ff.].

[108] Ср. § 469, 470 предл. 2, 1446 ABGB; § 14 п. 2 австрийского Закона о кадастровых книгах от 2 февраля 1955 г. (Bundesgesetz vom 2. Feber 1955 über die Grundbücher [Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955] // BGBl. 39; BGBl I 2002/76) (далее – GBG).

в настоящее время австрийская конструкция ипотеки, проверенная временем и закрепившаяся в судебной практике, идет навстречу потребностям хозяйственного оборота и позволяет настолько эластично формировать правовые отношения, что в Австрии нет необходимости введения неакцессорного права залога недвижимости по образцу немецкого поземельного долга[109]. Этот факт является знаменательным также в связи с тем, что эти государства близки с точки зрения истории, культуры и языка[110].

d) Немецкое право

И в Германии акцессорность существенно повлияла на работы по кодификации Гражданского кодекса (BGB) [Becker-Eberhard, E., 1993, p. 104 ff.]. Немецкие кодификаторы не отказались от принципа акцессорности; более того, появились такие положения, содержащие данный принцип, как поручительство (§ 765–778 BGB), залог движимого имущества (§ 1204–1259 БГБ), ипотека (§ 1113–1190 BGB)[111]. Присутствие принципа акцессорности, бесспорно, было обоснованным, хотя немецкий законодатель с целью обеспечения сознательно установил исключения из данного правила[112]. Они были обусловлены развитием экономических отношений в период, когда проводилась немецкая кодификация[113].

e) Голландское право

Акцессорный характер вещных способов обеспечения исполнения обязательств не был чертой, характерной исключительно для кодификаций XIX в. Он стал также одним из главных принципов голландского Гражданского кодекса (Burgerlijk wetboek, BW) [Wachter, T., 1999, p. 63 ff.; Habersack, M., 1997, p. 861][114]. Данная наиболее обширная и наиболее современная западноевропейская кодификация частного права XX в.[115] со-

---

[109] J. Wegan [1958, p. 165] утверждает, что австрийская ипотека не зависит от определенного обязательства и является самостоятельной правовой конструкцией.

[110] Определенное сходство можно найти в ситуации, когда австрийский Верховный Суд не признал ограничения, наложенные на обеспеченное ипотекой обязательство, размер которого не был определен на момент установления ипотеки. См.: [Pisuliński, J., 2002, p. 28 ff.].

[111] Об акцессорности в немецком праве: [Medicus, D., 1971, p. 497 ff.].

[112] Например, § 768 абз. 1 предл. 2; § 1137 абз. 1 предл. 2; § 1211 абз. 1 предл. 2 BGB; ср.: [Habersack, M., 1997, p. 860].

[113] Описание истории развития немецких вещных способов обеспечения исполнения обязательств: [Jaschinska, M., 2004, p. 49 ff.].

[114] Более подробно о голландской кодификации: [Nieper, F. and Ploeger, H., 1999, p. 157 ff.; Remien, O., 1994, p. 187 ff.; Hartkamp, A., 1993, p. 664 ff.; Drobnig, U., 1993, p. 171 ff.].

[115] Кодификация длилась более 40 лет; Кодекс вступил в силу 1 января 1992 г.

держит исключительно акцессорное право залога[116]. Стоит подчеркнуть, что голландский законодатель не решился ввести неакцессорные формы залогового права, хотя данная конструкция, несомненно, была ему известна.

f) Право государств Центральной и Восточной Европы

Большая часть государств Центральной и Восточной Европы при проведении основательной реформы своих правовых систем в поисках наиболее оптимальной формы защиты инвестиций основывались исключительно на вещных способах обеспечения акцессорного характера[117]. К таким государствам относится, например, Польша, где акцессорность является одним из основных свойств ипотеки[118]. Попытки введения неакцессорного права залога недвижимости, основанного на немецком поземельном долге, породили в Польше множественные споры и обоснованную критику в доктрине, поэтому до настоящего времени так и не были урегулированы в нормативном акте[119].

g) Распространение принципа акцессорности

Неакцессорное право залога недвижимости существует всего лишь в нескольких государствах Европейского союза [Pisuliński, J., 2005a, p. 842 ff.; Bieranowski, A., 2004, p. 87; Kircher, S., 2004, p. 394 ff.]. К ним относятся[120]

---

[116] Ср. ст. 3:227–3:275 (общие положения 3:227–3:235; залог 3:236–3:259; ипотека 3:260–3:275) BW.

[117] Болгария: ст. 149–155 (общие положения), ст. 156–161 (залог движимого имущества), ст. 162–165 (залог права требования), ст. 166–179 (ипотека) Закона об обязательствах и договорах от 1 января 1950 г. (Закон за задълженията и договорите. Попр. ДВ. бр. 2 от 3 Януари 1950 г., обн. ДВ. бр. 275 от 22 Ноември 1950 г.); G. Ries в: Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa. München, 2007. T. 1, D. III, nb. 24; Чехия: § 152–174 Гражданского кодекса от 26 февраля 1964 г. (Občansky zakonik. 1964. Č. 40. Sb.); A. Schwarz, J. Adam в: Handbuch… T. 1, D. III, nb. 115; Словакия: § 151a–151me Гражданского кодекса от 26 февраля 1964 г. (Občansky zakonik č. 40/1964 Zb.); I. Wemer, A. Wemer в: Handbuch… T. 4, D. III., nb. 36.

[118] Статьи 73, 79, 94 З.к.к.и.; об акцессорности ипотеки в польском праве см.: [Pisuliński, J., 2005b, p. 554 ff.]; историческая справка о польской ипотеке: [Jaschinska, M., 2004, p. 53 ff.; Bardach, J., Leśniodorski, B. and Pietrzak, M., 1976, p. 149; Heropolitańska, I. and Michalski, M., 2001, p. 26 ff.; Rudnicki, S., 2006, p. 13 ff.].

[119] По вопросу введения поземельного долга в Польше высказывались: J. Pisuliński [2005a, p. 837 ff.; 2001, p. 9 ff.], M. Jaschinska [2004, p. 57 ff., 166 ff.], A. Bieranowski [2004, p. 74 ff.], A. Dubicka [2004, p. 99 ff.], R. Sztyk [2003, p. 221 ff.; Pisuliński, J., 2001].

[120] S. Kircher [2004, p. 395 ff.] также включает Швецию и Данию; иначе [Pisuliński, J., 2005a, p. 844]; иначе, чем в шведском праве, также: [Westerman, D. and Hermann, R., 1999, p. 534 ff.]; об ипотеке в Дании: [Hitchcock, T. C. and Paulsen, M. S., 1999, p. 55].

Германия[121], Венгрия[122], Эстония[123] и Словения[124]. В свою очередь, акцессорное вещное обеспечение известно всем европейским правовым системам[125]. В такой ситуации не приходится говорить о всеобщей тенденции к замещению акцессорной ипотеки новыми, неакцессорными формами вещного обеспечения в государствах Европейского союза [Pisuliński, J., 2005a, p. 842 ff.; Bieranowski, A., 2004, p. 87; Pisuliński, J., 2001, p. 12; Wachter, T., 1999, p. 64]. Таким образом, евроипотека акцессорного характера могла бы основываться на известном и закрепившемся в Европе правовом принципе. Европейский законодатель при этом не был бы связан принятыми в конкретных кодификациях решениями, но мог бы в необходимой степени доработать данный принцип и привести его в соответствие с потребностями единого рынка [Wachter, T., 1999, p. 60].

C) Принцип гибкой акцессорности

Сторонники акцессорной евроипотеки подчеркивают, что речь идет не об установлении акцессорности в качестве безусловно обязательной догмы права, а о гибком ее формировании с учетом целей, которым она будет служить. В частности, речь идет об ослаблении связи между вещным обеспечением и обеспеченным обязательством путем введения исключений из правила акцессорности. Впрочем, такие исключения, хоть и в различной мере, известны внутригосударственным кодификациям. Смягчению акцессорности способствует, к примеру, ипотека, обеспечивающая обязательство, размер которого не был определен на момент установления ипотеки, которая может быть использована для обеспечения обязательств, размер которых еще неизвестен, будущих и условных обязательств[126]. В законодательстве европейских стран встречаются также и иные институты, которые служат смягчению акцессорности, например распоряжение освободившимся ипотечным местом[127], ипотека соб-

---

[121] § 1191–1198 BGB.

[122] § 269 венгерского Гражданского кодекса (1959. évi IV. törvény a Polgári Törvénykönyvrol – Закон № IV 1959 г. о Гражданском кодексе); положение, введенное Законом № XXVI 1996 г. об изменении некоторых положений гражданского кодекса Венгерской Республики (1996. évi XXVI. törvény a Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyve egyes rendelkezéseinek módosításáról), вступило в силу 1 мая 1996 г.

[123] § 325 эстонского Закона о вещном праве от 9 июня 1993 г. (Ringi Teataja. 1993. Nr. 39. Poz. 590 (с изм.), вступившего в силу 1 декабря 1993 г.

[124] § 192–200 словенского Кодекса вещного права от 27 декабря 2002 г. (Stvarnopravni zakonik. 2002. Št. 87. S. 9559), вступившего в силу 1 января 2003 г.

[125] Об акцессорности в немецком, французском, итальянском, голландском, английском праве см.: [Habersack, M., 1997, p. 861].

[126] Ср. ст. 102–108 З.к.к.и.; § 1113 п. 2, § 1190 BGB, § 14 п. 2 GBG.

[127] Ср. § 58 GBG; о проекте введения данного правового института в польское право см.: [Swaczyna, B., 2003, p. 211 ff.].

ственника[128], ипотека в форме письма[129], администратор ипотеки[130], а также ипотека на ранее установленной ипотеке (*subintabulat*)[131]. Используя представленные конструкции, можно было бы на европейском уровне осуществить их модификацию и привести к единообразию.

«Европеизация» акцессорности предоставила бы возможность для дальнейшего ее развития в направлении большей защиты правового оборота и адаптации данного принципа к экономическим потребностям, не создавая при этом угрозы для интересов ипотечного должника [Wachter, T., 1999, p. 60]. Развивая, например, конструкцию ипотеки, обеспечивающей обязательство, размер которого не был определен на момент установления ипотеки, предлагается сформировать евроипотеку таким образом, чтобы она обеспечивала все (существующие и будущие) требования кредитора в отношении лица, установившего обеспечение, или третьего лица до определенной максимальной суммы без необходимости указания на основание возникновения долга. Евроипотека, обеспечивающая обязательство, размер которого не был определен на момент установления ипотеки, могла бы использоваться для обеспечения нескольких требований, которые принадлежат одному и тому же кредитору. Поскольку такая ипотека служила бы обеспечению требования, размер которого не определен, принудительное исполнение согласно нотариальному документу должно быть допустимо исключительно в отношении существующей и определенной части неудовлетворенного права требования. Несмотря на то что такая ипотека служила бы обеспечению будущих обязательств, принимая во внимание очередность внесения записи в кадастровую книгу, она была бы действительной с момента ее установления. С гибкостью евроипотеки, обеспечивающей обязательство, размер которого не был определен на момент установления ипотеки, во внутренних отношениях, были бы связаны определенные ограничения во внешних отношениях. Поскольку запись о такой ипотеке не содержит сведений о размере требования, доказывание его размера возлагалось бы на ипотечного кредитора. Это позволило бы избежать случаев злоупотребления правом [Wachter, T., 1999, p. 61].

---

[128] Ср. § 1163 п. 1, § 1168, § 1177 BGB; [Eickmann, D., 1997, § 1163, p. 1794 ff., § 1177, p. 1852 ff.]; похожие, хоть и не идентичные конструкции известны австрийскому праву, ср. § 469 абз. 470 предл. 2, § 1446 ABGB; § 53 GBG; [Koziol, H. and Welser, R., 2000, p. 353 ff.; Koch, B., 2007, § 469, p. 455 ff.]; J. Wegan [1958, p. 161] не считает немецкую ипотеку собственника исключением из правила акцессорности, поскольку, по его мнению, ипотека собственника не является залоговым правом, а лишь служит собственнику недвижимости средством резервации места для будущего залогового права.

[129] § 1116–1117, 1160 BGB; [Eickmann, D., 1997, § 1116, p. 1608 ff.].

[130] Можно было бы использовать регулирование, схожее с регулированием администратора зарегистрированного залога; см. ст. 4 п. 1 Закона от 6 декабря 1996 г. о регистрируемом залоге и залоговом реестре (Dz.U. Nr. 149. Poz. 703 (с изм.).

[131] Ср. ст. 65 абз. 4, п. 4, ст. 1081–1085 З.к.к.и.

D) Защита ипотечного должника

Если принять во внимание тот факт, что среди заемщиков существенную часть составляют потребители, а следовательно, лица, находящиеся согласно законодательству Европейского союза под особой защитой, то защитная функция акцессорности приобретает особое значение. Нельзя также забывать о том, что принцип акцессорности не функционирует в правовой системе самостоятельно, но в связи с иными принципами и вместе с ними создает единое целое; она служит прежде всего защите собственника обремененной недвижимости от злоупотреблений со стороны кредитора. Акцессорный характер евроипотеки, таким образом, был бы следствием ее обеспечительного характера. Отказ от нее, в свою очередь, влечет возникновение проблемы защиты интересов ипотечного должника, а в более широком контексте может привести к нарушению функционирования правовой системы.

Недостаточная защита, в частности риск двойной оплаты, является одной из причин нечастого применения неакцессорного права залога недвижимости в Венгрии. В случае отчуждения самого права залога лицо, которое предоставило обеспечение, теряет возможность ссылаться на договор обеспечения, на основании которого данное право возникло. Венгерское право не предусматривает возможности внесения возражений, основанных на договоре обеспечения, в кадастровую книгу[132]. Из этого следует, что лицо, устанавливающее обеспечение, не может выдвинуть возражение о том, что оно уже удовлетворило требование, и будет вынуждено заплатить повторно. Еще не сформировалась венгерская судебная практика, указывающая, какие требования и против кого в данном случае могут быть предъявлены. Из этого следует, что лицо, устанавливающее обеспечение, не может выдвинуть возражение о том, что оно уже удовлетворило требование, и будет вынуждено заплатить повторно. Еще не сформировалась венгерская судебная практика, указывающая, какие требования и против кого в данном случае могут быть предъявлены. В любом случае само требование о возмещении вреда не может быть признано достаточным для защиты интересов собственника обремененной недвижимости. В этой связи в Венгрии более охотно используется традиционная ипотека, а неакцессорное право залога используется только ипотечными банками, т. е. в относительно узком секторе рынка кредитов[133].

---

[132] См. § 16–17 венгерского Закона о кадастровых книгах от 17 декабря 1997 г. (1997. évi CXLI. törvény az ingatlan-nyilvántartásról).

[133] Банк, предоставляя клиенту кредит, обеспечивает свое требование при помощи неакцессорного права залога недвижимости, которое впоследствии (без обеспеченного обязательства) переносит на ипотечный банк. На этой основе ипотечный банк эмитирует ипотечные облигации. Банк, который предоставил кредит, а впоследствии произвел отчуждение его обеспечения, обязан выкупить его по частям. В случае неисполнения данной обязанности ипотечный банк приобретает обеспеченное неакцессорным правом залога требование и как цессионарий

Если принять это во внимание, не вызывает удивления тот факт, что подготовленный недавно под руководством профессора Ласло Векаса проект новой кодификации венгерского гражданского права[134] не содержит положений о неакцессорном праве залога недвижимости. В обосновании проекта в качестве причины такого решения указывается недостаточная защита ипотечного должника[135].

Е) Европейская модель нового обеспечения

В каждом государстве – участнике ЕС существуют специфические проблемы правового и экономического характера, которые, однако, имеют исключительно локальное значение и являются следствием скорее не препятствий системного характера, но принятой банковской практики предоставления кредитов, в частности схем финансирования инвестиций[136]. При формировании структуры евроипотеки необходимо руководствоваться прежде всего общеевропейскими категориями. Реализация попытки учесть все, зачастую очень различные, потребности локальных рынков представляется мало возможной. Впрочем, это не должно становиться целью евроипотеки; напротив, она должна стать импульсом для положительных изменений на этих рынках, создать новые возможности финансирования инвестиций, способствовать интеграции европейского рынка ипотечных кредитов и его динамичному развитию, повысить его эффективность, увеличить ассортимент продуктов и тем самым конкуренцию, а в результате снизить стоимость кредитов.

Принимая во внимание сложность рассматриваемого вопроса и его тесную связь с иными отраслями права, а также распространение принципа акцессорности и его утверждение в европейской правовой традиции, необходимо признать, что процесс интеграции акцессорной ипотеки

информирует об этом должника. В таком случае должнику не грозит двойная оплата, поскольку его кредитор – независимо от того, является ли им банк, который предоставил кредит, или ипотечный банк, – обладает как правом требования, так и обеспечивающим его правом залога. При этом необходимо подчеркнуть, что такое решение является следствием не конструкции неакцессорного права залога, а регулирования, содержащегося в венгерском Законе об ипотечных банках и ипотечных облигациях; см. § 8 п. 6 Закона об ипотечных банках и ипотечных облигациях от 8 мая 1997 г. (1997. évi XXX. törvény a jelzáloghitelintézetről és a jelzáloglevélről).

[134] Проект кодификации, содержащий в том числе положения, касающиеся вещного права, вместе с обоснованием доступен на сайте венгерского Министерства юстиции по адресу: http://irm.gov.hu/?mi=1&katid=193&id=217&cikkid=3316

[135] Проект новой венгерской кодификации, вещное право, с. 139 и далее; http://irm.gov.hu/download/negyedikdologijog.pdf/negyedikdologijog.pdf

[136] Например, в Германии при ипотечном обеспечении инвестиций имеются проблемы с поэтапным финансированием (*Abschnittsfinanzierung*), финансированием через посредников (*Zwischenfinanzierung*). См.: [Wachter, T., 1999, p. 62 ff.; Stöcker, O., 1992, p. 44 ff., 58 ff.].

был бы, несомненно, более простым, чем введение нового института неакцессорного характера, неизвестного подавляющему большинству европейских государств [Wachter, T., 1999, p. 63].

3. На распутье между акцессорностью и неакцессорностью

В поисках новых возможностей найти компромисс между представленными выше конструкциями евроипотеки в немецкой литературе выдвинута концепция, называемая *differenzierte Nicht-Akzessorietät* [Köndgen, J. and Stöcker, O., 2005, p. 117 ff.]. Данная концепция отходит от неакцессорности в ее крайней форме и гласит, что неакцессорная конструкция евроипотеки не является бесспорной юридической догмой и самоцелью; следовательно, нет необходимости настаивать на ней любой ценой. Однако важным является предоставление возможности гибкого применения евроипотеки при одновременном обеспечении необходимой защиты собственника недвижимости. Неакцессорность следует рассматривать не как противоположность акцессорности, а как техническое упрощение для новых финансовых схем, которое позволит осуществить замену права требования и отделить право залога от обеспеченного им обязательства. В качестве одной из возможных модификаций неакцессорности предлагается, например, ввести допустимость выдвижения возражений, которые могло бы представить лицо, предоставляющее обеспечение на основании договора обеспечения, также против очередного лица, которое приобрело евроипотеку. Для достижения такого результата предлагается несколько решений [Köndgen, J. and Stöcker, O., 2005, p. 119]:

a) характер евроипотеки как права, служащего обеспечению исполнения обязательств, мог бы рассматриваться как производный от типа обеспечения;

b) характер ипотеки как средства обеспечения мог бы указываться в кадастровой книге[137];

c) договор обеспечения мог бы иметь вещно-правовые последствия[138];

d) содержащееся в договоре обеспечения требование о перенесении ипотеки на лицо, которое предоставило обеспечение, после того, как было исполнено предназначение обеспечения, могло бы быть гарантировано законодательно предусмотренной записью в кадастровой книге[139]. Таким образом, требование, которое может быть реализовано при участии только лиц, являющихся сторонами договора, обрело бы вещный характер;

---

[137] Это противоречило бы существующей в немецком праве доктрине [Köndgen, J. and Stöcker, O., 2005, p. 119].

[138] Авторы, однако, признают, что в результате это привело бы к трансформации евроипотеки в полностью акцессорную ипотеку [Köndgen, J. and Stöcker, O., 2005, p. 119].

[139] Предлагается сделать допустимой запись по образцу § 1179a п. 1 предл. 3 BGB [Köndgen, J. and Stöcker, O., 2005, p. 119].

это дало бы возможность ссылаться на него также в случае отчуждения евроипотеки третьему лицу.

С высоким уровнем доверия к содержанию кадастровой книги, основанным в том числе на принципе достоверности кадастровых книг, связана возможность утраты уполномоченным лицом права, которое не было записано в кадастровой книге. Это связано с необходимостью обеспечения безопасности правового оборота. Таким образом, законодатель санкционирует преимущество защиты интересов покупателя, действующего добросовестно, перед защитой фактически уполномоченных лиц[140].

В этой связи рассматривается предложение ограничить использование евроипотеки и предоставить возможность ее использования исключительно учреждениям, находящимся под государственным контролем. В данном случае речь идет не о введении специальных норм, регулирующих принцип достоверности кадастровых книг, поскольку в Европе данный принцип урегулирован по-разному, но об общем правиле, согласно которому евроипотека может быть установлена только в пользу кредитора, находящегося под государственным контролем. В данном контексте ключевым моментом считается поиск ответов на следующие вопросы [Köndgen, J. and Stöcker, O., 2005, p. 120]:

a) насколько эффективно удастся избежать двойного (повторного) исполнения обязательства, т. е. исполнения обязательства за счет обремененной ипотекой недвижимости, в случае, если обеспеченное ипотекой требование перестало существовать или было удовлетворено?

b) насколько высоким должен быть уровень защиты должника от двойного исполнения обязательства?

c) какие правовые механизмы необходимо ввести, чтобы исключить двойное исполнение обязательства?

d) в какой мере принцип гарантии достоверности кадастровых книг должен применяться в отношении содержания и объема евроипотеки?

e) должны ли данные вопросы быть урегулированы однообразно во всем Европейском союзе, или их регулирование следует предоставить законодателю государства?

Кроме необходимости защитить интересы собственника недвижимости возникает существенный с экономической точки зрения вопрос о необходимом уровне свободы оборота евроипотеки. Чем выше данный уро-

[140] J. Köndgen и O. Stöcker [2005, p. 120] в данном контексте подчеркивают, что риск двойной оплаты, которому подвержено лицо, предоставляющее обеспечение, не является следствием неакцессорного характера залогового права, а связан с принципом достоверности кадастровых книг, который при добросовестном приобретении права, записанного в кадастровой книге, влечет за собой утрату права выдвигать против покупателя (цессионария) возражения, основанные на договоре, устанавливающем цель обеспечения. Однако это не является уникальной чертой немецкого поземельного долга и касается также акцессорной ипотеки (§ 1138 BGB); также [Kircher, S., 2004, p. 391].

вень, тем большей должна быть гибкость связанных с залоговым правом финансовых инструментов и инструментов рефинансирования. В свою очередь, чем больше обязанностей по информированию[141] будет возложено на кредитора, тем выше будут административные расходы, которые в итоге покрывает должник.

Важной целью дальнейших работ над евроипотекой считается поиск различных элементов акцессорности и определение для каждого из них уровня акцессорности, который с юридико-политической точки зрения следует признать необходимым, а следовательно, – если смотреть с другой стороны – насколько приемлемой была бы неакцессорность евроипотеки с учетом ее гибкости и свободы оборота и при условии защиты собственника обремененной недвижимости. Золотая середина в данном случае видится в формировании евроипотеки как вида неакцессорного залогового права, которое допускает ее точечную связь с правом требования.

V. Выводы

Проблематику евроипотеки нельзя рассматривать исключительно с теоретической точки зрения. Евроипотека должна быть не самоцелью, но инструментом, который помогает достичь цели, которой является дальнейшая интеграция европейского кредитного рынка с учетом интересов всех граждан Европейского союза. Такая цель присуща всем представленным ранее концепциям, а различия между гибкой акцессорностью и умеренной неакцессорностью с практической точки зрения не являются существенными.

С одной стороны, на начальном этапе гармонизации не следует настойчиво внедрять абсолютно чуждые большинству правовых систем стран ЕС решения. Достаточно сложной задачей является создание современного европейского способа обеспечения исполнения обязательств на основе исторически общих элементов. Поэтому при поисках общего знаменателя не следует *a priori* считать принцип акцессорности причиной всех проблем и относиться к нему как к историческому факту, который является лишним в современной правовой системе. Следует принимать во внимание, что подробный анализ институтов, способствующих увеличению гибкости евроипотеки, может привести к выводу, что они еще не полностью использовали свой потенциал и могут быть модифицированы и интегрированы на европейском уровне. Подтвердить это может уверенность в том, что евроипотека, основанная на принципе гибкой акцессорности, смогла бы удовлетворить требования правового оборота. В пользу такого решения свидетельствует также простота интеграции данной конструкции в области права, что в настоящее время относится к компетенции законодателя государства. Дополнительно также можно указать на очень осторожный подход к евроипотеке, что подтверждается результата-

[141] Предназначением которых могло бы быть исключение возможности добросовестного приобретения права.

ми анализа Зеленой Книги, проведенного недавно Европейской Комиссией. На государственном уровне достаточно проанализировать опыт Венгрии и критические замечания к проекту по введению в польское право неакцессорного поземельного долга по немецкому образцу [Pisuliński, J., 2005a, p. 846 ff.]. Сходная ситуация будет иметь место в остальных государствах, находящихся под влиянием французской правовой традиции, в которой в качестве формы права залога на недвижимости выступает только акцессорная ипотека[142].

С другой стороны, право должно идти навстречу экономическим потребностям и создавать инструменты, которые упростят регулирование общественных отношений в условиях изменяющейся действительности. Не существует непреодолимых препятствий для введения конструкции неакцессорной ипотеки в польскую правовую систему. Неакцессорный характер евроипотеки, однако, может – в частности, на начальном этапе применения – порождать многочисленные сомнения и будет требовать разъяснений. Это подтверждается опытом Германии, где поземельный долг в течение многих лет завоевывал свое место на рынке, а его успех основан на многолетней практике, богатых теоретических исследованиях и сформировавшейся судебной практике. В данном контексте знаменательным является тот факт, что несомненное большинство мнений относительно Зеленой Книги, в том числе 100% потребителей, не создало однозначную позицию по отношению к евроипотеке. Эта осторожная нерешительность, даже, можно сказать, отрицательная позиция может быть во многих случаях следствием отсутствия достаточных знаний по данной проблематике и непонимания сущности нового права. На это указывает в том числе позиция немецкого Бундесрата[143]. Если, наконец, законо-

---

[142] [Hofmeister, H., 1991, p. 28], хотя автор утверждает, что неакцессорная конструкция евроипотеки заслуживает особого внимания, он все же признает, что австрийское право не знает конструкции «абстрактных вещных прав», и поэтому такая форма залогового права воспринимается скептически. В связи с этим также приедлагается – вместо «абстрактного» права залога недвижимости – рассмотреть вариант евроипотеки с существенно ограниченной акцессорностью и усиленной защитой цессионария в отношении размера права требования и соединить такую форму (в отличие от австрийской закладной ипотеки) с принципом немедленного приведения в исполнение.

[143] «…Введение дополнительного, неакцессорного права залога недвижимости в настоящее время не является необходимым. В немецком правовом обороте более 100 лет существует акцессорная ипотека и неакцессорный поземельный долг. На практике при предоставлении кредитов предпринимателями предпринимателям или потребителям поземельный долг применяется более чем в 99% случаев. Существенные недостатки данного правового положения для потребителей в действительности являются незаметными. Возможность выбора между акцессорным и неакцессорным способом обеспечения представляется обоснованной и практичной. Возможности немецкого права являются достаточными также для удовлетворения требований международного правового оборота. Следова-

дательно ограничить применение неакцессорной ипотеки исключительно до кредитов, предоставляемых организациями, находящимися под контролем государства, то на практике это исключит возможность злоупотреблений. В такой ситуации проблема двойного исполнения обязательства или проблема нарушения прав потребителя будет минимизирована и наверняка не будет более серьезной, чем при использовании традиционных средств обеспечения. При таком институциональном ограничении не возникает препятствий для введения неакцессорной ипотеки наряду с существующими внутригосударственными средствами обеспечения. Следует признать целесообразным законодательное урегулирование обеспечительного договора как суррогата акцессорности, в частности определения его *essentialia negotii* и установления для него нотариальной формы.

Гибкая акцессорность и умеренная неакцессорность – это два варианта, которые при соответствующем урегулировании могут привести к аналогичному результату. На современном этапе интеграции, однако, эти пути отличаются по своей сложности. В конце концов необходимо согласиться с точкой зрения, согласно которой успех евроипотеки будет зависеть в меньшей степени от преодоления технических и правовых проблем, а в большей – от экономической выгоды [Wehrens, H., 1992, p. 560].

Подведем итог вышизложенному: идея евроипотеки заслуживает поддержки. Однако создание евроипотеки, которая с момента возникновения и до момента прекращения была бы аналогично урегулирована во всех государствах ЕС, на данном этапе гармонизации гражданского права следует признать невозможным[144]. При этом евроипотека могла бы, несомненно,

---

тельно, введение очередного, неакцессорного права залога недвижимости законодателем ЕС в настоящее время не является целесообразным…» (Bundesrat, Drucksache 744/05 (Beschluss vom 25. November 2005), s. 10).

[144] Это ни в коей мере не изменяет основного значения проблематики интеграции евроипотеки во внутригосударственное право. Чтобы обеспечить кредитору, требование которого обеспечено евроипотекой, реальную аналогичную возможность удовлетворить свое требование, следовало бы, в частности, провести работы по сближению положений, регулирующих взыскание с недвижимости, и разработать, как минимум, одинаковые минимальные стандарты во всех европейских государствах. В первую очередь следовало бы рассмотреть возможность ограничения и приведения к единообразию правил исполнительного производства и обеспечить таким образом одинаковую очередность удовлетворения требований ипотечного кредитора во всех государствах ЕС. В противном случае кредитор, использующий новый способ обеспечения, был бы связан иными методами проведения взыскания в государстве, на территории которого расположена обремененная ипотекой недвижимость. В результате польская, немецкая, французская или английская евроипотека были бы различными по эффективности обеспечения. При этом речь не идет о создании особых наднациональных правил удовлетворения требований, основанных на евроипотеке, и, следовательно, обеспечении ее преимущественной позиции по отношению к иным формам обеспечения; напротив, евроипотека должна иметь возможность конку-

дать импульс для дальнейшей гармонизации гражданского права. Нельзя игнорировать факт, что гармонизация права является искусством поиска компромисса, требует способности объединять часто существенно отличающиеся интересы и решения, возникшие в рамках различных правовых традиций и основанные на противоположных принципах. Поэтому при проведении дальнейших работ существенным будет объединение сил всех исследовательских групп, которые занимаются проблематикой евроипотеки, и разъяснение основных принципов и целей нового института объединениям, которые призваны высказаться по данному вопросу.

Список использованной литературы

Bardach J., Leśniodorski B., Pietrzak M. Historia państwa i prawa polskiego. Warszawa, 1976.

Becker-Eberhard E. Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte. Bielefeld, 1993.

Beysen E. Sachenrecht in Europa / ed. Ch. v. Bar. Osnabrüc, 2001. Bd. 4.

Bieranowski A. Dług gruntowy (uwagi na tle projektowanej regulacji) // Rejent. 2004. Nr. 10.

Drobnig U. Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht // European Review of Private Law. 1993.

Dubicka A. Dług gruntowy – nowe ograniczone prawo rzeczowe // Rejent. 2004. Nr. 10.

Eickmann D. // Münchener Kommentar zum BGB. T. 6. München, 1997.

Ferid M. Das französische Zivilrecht. Frankfurt a. M.: Berlin, 1971. T. 2.

Habersack M. Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts // Juristen Zeitung. 1997. No. 18.

Hartkamp A. Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht // Rabels Zeitschrift. 1993. No. 57.

Heropolitańska I., Michalski M. Hipoteka, listy zastawne, obligacje hipoteczne. Warszawa, 2001.

Hofmeister H. Das liegenschaftsrecht im Zeichen der Annährung Österreichs an die EG // ÖNZ. 1991.

рировать с уже существующими внутригосударственными средствами обеспечения на равных на основе принципов, которые должны, по мере возможности, быть одинаковыми во всем Европейском союзе.

Jaschinska M. Polnische und deutsche Grundpfandrechte im Vergleich. Berlin, 2004.

Kaindl R. Die eurohypothek // Österreichische Notariatszeitung. 1993. No. 12.

Kiesgen Ch. Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit. Köln, 2004.

Kircher S. Grundpfandrechte in Europa. Überlegungen zur Harmonisierung der Grundpfandrechte unter besonderer Beachtung der deutschen, französischen und englischen Rechtsordnung. Berlin, 2004.

Klein Ch., Tietz S. Frankreich reformiert sein Kreditsicherungsrecht // Recht der Internationalen Wirtschaft. 2007.

Koch B. // ABGB Kommentar / ed. H. Koziol, P. Bydliński, R. Bollenberger. Wiedeń, 2007.

Köndgen J., Stöcker O. Die Eurohypothek – akzessorietät als Gretchenfrage? // Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft. 2005. No. 2.

Kostecki S. Kilka uwag na temat długu gruntowego w prawie niemieckim // Rejent. 2006. Nr. 9.

Koziol H., Welser R. Bürgerliches recht. Bd. 1. Wiedeń, 2000.

Leutner G., Lehberg T. Die Entdeckung der Grundschuld: Die "wiederauffüllbare Hypothek" (hypothèque rechargeable) als neues Kreditsicherungsmittel im französischen Recht // Zeitschrift für Immobilienrecht. 2006. No. 22.

Luckow A. // Basic Guidelines for a Eurohypothec. Outcome of the Eurohypothec workshop, November 2004 / April 2005 / ed. A. Drewicz-Tułodziecka // Mortage Bulletin. 2005. No. 21. C-1.

Medicus D. Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht // Juristische Schulung. 1971.

Nieper F., Ploeger H. Sachenrecht in Europa / ed. Ch. v. Bar. Bd. 3. Osnabrück, 1999.

Petrasch F. Kommentar zum ABGB / ed. P. Rummel. Wien, 1983.

Pisuliński J. Hipoteka kaucyjna. Kraków, 2002.

Pisuliński J. O długu na nieruchomości // Transformacje Prawa Prywatnego. 2001. Nr. 1.

Pisuliński J. O planowanej nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece i wprowadzeniu długu gruntowego // KPP. 2005a. R. XIV, Nr. 3.

Pisuliński J. System prawa prywatnego. T. 4: Prawo rzeczowe. Warszawa, 2005b.

Remien O. Das neue Burgerlijk Wetboek der Niederlande und seine Erschließung durch die Rechtsliteratur // Zeitschrift für europäisches Privatrecht. 1994.

Rudnicki S. Hipoteka jako zabezpieczenie wierzytelności. Warszawa, 2006.

Rudnicki S. Komentarz do ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Warszawa, 2002.

Stöcker O. Die "Eurohypothek" – Wegbereiter zu einem Binnenmarkt für den Hypothekarkredit // Zeitschrift für Finanzierung, Kapitalanlage und Immobilienwesen – Der Langfristige Kredit. 1991. No. 16/17.

Stöcker O. Die "Eurohypothek", zur Bedeutung eines einheitlichen nicht-akzessorischen Grundpfandrechts für den Aufbau eines "Europäischen Binnenmarktes für den Hypothekarkredit" mit einer Darstellung der Verwendung der Grundschuld durch die deutsche Hypothekarkreditpraxis sowie des französischen, spanischen und schweizerischen Hypothekenrechts. Berlin, 1992.

Stöcker O. Die Eurohypothek – ein Sicherungsinstrument der Zukunft // Immobilien Manager. 2006. No. 6.

Stürner R. Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft // Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag / ed. U. Huber, E. Jayme. Heidelberg, 1992.

Swaczyna B. Rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym i hipoteka właściciela (Uwagi na tle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego) // KPP 2003. R. XII, Nr. 1.

Sztyk R. Dług gruntowy w praktyce notarialnej // Rejent. 2003. Nr. 12.

Wachter T. Die Eurohypothek – grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt // WM. 1999. No. 2.

Wegan J. Die Hypothek als akzessorisches Recht // Festschrift artur Steinwenter zum 70. geburtstag. Graz ; Köln, 1958.

Wehrens H. Überlegungen zu einer eurohypothek // Wertpapier Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht. 1992. No. 14.

Westerman D., Hermann R. Sachenrecht in Europa / ed. Ch. v. Bar. Bd. 1. Osnabrück, 1999.

Wieling H. Sachenrecht. Trier, 2001.

Wolfsteiner H., Stöcker O. Nicht-akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa // ZBB. 1998. No. 4.

Wołodkiewicz W., Zabłocka M. Prawo rzymskie, instytucje. Warszawa, 2005.

References

Bardach, J., Leśniodorski, B. and Pietrzak, M., 1976. *Historia państwa i prawa polskiego.* Warszawa.

Becker-Eberhard, E., 1993. *Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte*. Bielefeld.

Beysen E., 2001. *Sachenrecht in Europa.* Ed. Ch. v. Bar. Osnabrück. Bd. 4.

Bieranowski, A., 2004. Dług gruntowy (uwagi na tle projektowanej regulacji). *Rejent*, 10.

Drobnig, U., 1993. Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht. *European Review of Private Law*.

Dubicka, A., 2004. Dług gruntowy – nowe ograniczone prawo rzeczowe. *Rejent*, 10.

Eickmann, D., 1997. In: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 6. München.

Ferid, M., 1971. *Das französische Zivilrecht*. Bd. 2. Frankfurt am Main; Berlin.

Habersack, M., 1997. Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts. *Juristen Zeitung*, 18.

Hartkamp, A., 1993. Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht. *Rabels Zeitschrift*, 57.

Heropolitańska, I. and Michalski, M., 2001. *Hipoteka, listy zastawne, obligacje hipoteczne.* Warszawa.

Hofmeister, H., 1991. Das liegenschaftsrecht im Zeichen der Annährung Österreichs an die EG. ÖNZ.

Jaschinska, M., 2004. *Polnische und deutsche Grundpfandrechte im Vergleich*. Berlin.

Kaindl, R., 1993. Die eurohypothek. Österreichische Notariatszeitung, 12.

Kiesgen, Ch., 2004. *Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit.* Köln.

Kircher, S., 2004. *Grundpfandrechte in Europa. Überlegungen zur Harmonisierung der Grundpfandrechte unter besonderer Beachtung der deutschen, französischen und englischen Rechtsordnung.* Berlin.

Klein, Ch. and Tietz, S., 2007. Frankreich reformiert sein Kreditsicherungsrecht. *Recht der Internationalen Wirtschaft*.

Koch, B., 2007. In: *ABGB Kommentar*. Ed. H. Koziol, P. Bydliński, R. Bollenberger. Wiedeń.

Köndgen, J. and Stöcker, O., 2005. Die Eurohypothek – akzessorietät als Gretchenfrage? *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2.

Kostecki, S., 2006. Kilka uwag na temat długu gruntowego w prawie niemieckim. *Rejent*, 9.

Koziol, H. and Welser, R., 2000. *Bürgerliches recht.* Bd. 1. Wiedeń.

Leutner, G. and Lehberg, T., 2006. Die Entdeckung der Grundschuld: Die "wiederauffüllbare Hypothek" (hypothèque rechargeable) als neues Kreditsicherungsmittel im französischen Recht. *Zeitschrift für Immobilienrecht*, 22.

Luckow, A., 2005. In: Drewicz-Tułodziecka, A., ed. Basic Guidelines for a Eurohypothec. Outcome of the Eurohypothec workshop, November 2004 / April 2005. *Mortgage Bulletin*, 21. C-1.

Medicus, D., 1971. Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht. *Juristische Schulung*.

Nieper, F. and Ploeger, H., 1999. *Sachenrecht in Europa.* Ed. Ch. v. Bar. Bd. 3. Osnabrück.

Petrasch, F., 1983. *Kommentar zum ABGB.* Ed. P. Rummel. Wien.

Pisuliński, J., 2001. O długu na nieruchomości. *Transformacje Prawa Prywatnego*, 1.

Pisuliński, J., 2002. *Hipoteka kaucyjna.* Kraków.

Pisuliński, J., 2005. O planowanej nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece i wprowadzeniu długu gruntowego. *KPP*, XIV(3).

Pisuliński, J., 2005. *System prawa prywatnego. T. 4: Prawo rzeczowe*. Warszawa.

Remien, O., 1994. Das neue Burgerlijk Wetboek der Niederlande und seine Erschließung durch die Rechtsliteratur. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*.

Rudnicki, S., 2002. *Komentarz do ustawy o księgach wieczystych i hipotece*. Warszawa.

Rudnicki, S., 2006. *Hipoteka jako zabezpieczenie wierzytelności*. Warszawa.

Stöcker, O., 1991. Die "Eurohypothek" – Wegbereiter zu einem Binnenmarkt für den Hypothekarkredit. *Zeitschrift für Finanzierung, Kapitalanlage und Immobilienwesen – Der Langfristige Kredit*, 16/17.

Stöcker, O., 1992. *Die "Eurohypothek", zur Bedeutung eines einheitlichen nicht-akzessorischen Grundpfandrechts für den Aufbau eines "Europäischen Binnenmarktes für den Hypothekarkredit" mit einer Darstellung der Verwendung der Grundschuld durch die deutsche Hypothekarkreditpraxis sowie des französischen, spanischen und schweizerischen Hypothekenrechts*. Berlin.

Stöcker, O., 2006. Die Eurohypothek – ein Sicherungsinstrument der Zukunft. *Immobilien Manager*, 6.

Stürner, R., 1992. Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft. In: U. Huber and E. Jayme, eds. *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag.* Heidelberg.

Swaczyna, B., 2003. Rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym i hipoteka właściciela (Uwagi na tle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego). *KPP,* XII(1).

Sztyk, R., 2003. Dług gruntowy w praktyce notarialnej. *Rejent*, 12.

Wachter, T., 1999. Die Eurohypothek – grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt. *WM*, 2.

Wegan, J., 1958. Die Hypothek als akzessorisches Recht. In: *Festschrift artur Steinwenter zum 70. geburtstag.* Graz; Köln.

Wehrens, H., 1992. Überlegungen zu einer eurohypothek. *Wertpapier Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 14.

Westerman, D. and Hermann, R., 1999. *Sachenrecht in Europa*. Ed. Ch. v. Bar, Bd. 1. Osnabrück.

Wieling, H., 2001. *Sachenrecht.* Trier.

Wolfsteiner, H. and Stöcker, O., 1998. Nicht-akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa. *ZBB*, 4.

Wołodkiewicz, W. and Zabłocka, M., 2005. *Prawo rzymskie, instytucje*. Warszawa.

Информация об авторе / Information about the author

Вударски Аркадиуш, профессор польского и европейского частного права и сравнительного права Европейского университета Виадрина (Германия, г. Франкфурт-на-Одере); заведующий кафедрой гражданского права, гражданского процесса и сравнительного частного права Зеленогурского университета (Польша, г. Зелена-Гура)

Arkadiusz Wudarski, Professor of Polish and European Private Law and Comparative Law, European University Viadrina (Frankfurt am Oder, Germany); Head of the Civil Law, Civil Procedure and Comparative Private Law Department, University of Zielona Góra (Zielona Góra, Poland).

E-mail: wudarski@europa-uni.de; сайт в Интернете: www.wudarski.eu

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 25.11.2020; дата принятия статьи к опубликованию: 02.02.2021.

Submitted 25.11.2020; revised 02.02.2021.