DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2 ISSN 2686-9241 (print), 2686-8377 (online)

ПРАВОСУДИЕ/ JUSTICE

2021
Том 3, № 2

2021
Vol. 3, no. 2

Научно-практический журнал

Scientific and Practical Journal

Учредитель и издатель:
Российский государственный университет правосудия

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 проблемы, относящиеся к следующим направлениям: теория права, глобализация и правосудие, современные правопонимание и правовые доктрины, цифровизация и право, судопроизводство, философия права, право и язык. Издатель созданием журнала предлагаемого формата ставит цели представить международному научному сообществу результаты научных исследований российских и зарубежных ученых, ввести в научный оборот публикации по специальному кругу вопросов, касающихся осуществления правосудия. Эти задачи решаются, в частности, посредством публикации статей на английском языке.

Наименование и содержание рубрик журнала соответствуют отраслям науки и Номенклатуре научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени.

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.

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.

Научный редактор Л. Б. Архипова (кандидат юридических наук)
Корректор К. В. Чегулова
Компьютерная верстка Г. С. Гордиенко

Адрес редакции:
Российская Федерация, 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 25.06.2021
Формат 70×100/16
Объем 18,2 усл. печ. л.
Тир. 300

The peer reviewed, academic and scientific journal "Pravosudie/Justice" publishes original articles in accordance with the established requirements, which research the most significant for the domestic and foreign legal science problems in the following areas: theory of law, globalisation and justice, modern legal understanding and legal doctrines, digitalisation and law, legal procedure, philosophy of law, law and language. The publisher of the journal's proposed format aims to present to the international scientific community the results of scientific research carried out by the Russian and international scientists and to introduce to the scientific community publications on a special range of issues relating to the administration of justice. These objectives are addressed, inter alia, through the publication of articles in English.

The titles and contents of the rubrics of the journal correspond to the branches of science and nomenclature of scientific specialities in which degrees are awarded.

All materials submitted to the editorial board undergo a scientific peer review process. All reviewers are recognised experts in the subject matter of the reviewed material. Reviews are stored in the editorial office for five years. The editorial board sends copies of reviews to the Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation upon request.

The journal follows the standards of editorial ethics according to international practices for editing, reviewing, publishing and authorship of scientific publications and the recommendations of the Committee on the Ethics of Scientific Publications.

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

Scientific editor L. B. Ahkhipova (Cand. Sci. (Law)
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 25.06.2021
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. Iustitia est fundamentum regni (правосудие есть основа государства) 8

ОРИГИНАЛЬНЫЕ СТАТЬИ

ОТРАСЛИ И ИНСТИТУТЫ ПРАВА

Монжаль П.-И. Индивидуальные свободы в условиях кризиса в области климата и здравоохранения: размышления о тотализирующей идеологии прав человека 17

Рамос П. Р. Б., Виана П. Н. М. Федерализм. Истоки и пути его развития в истории США и Бразилии..... 62

Кучина Я. О. Регулируя финтех в России: проблемы, возникающие по причине отсутствия его правовой дефиниции (на англ. яз.) 80

Писенко К. А. Актуальные вопросы и проблемы оспаривания в судах правовых актов административно-деликтных производств антимонопольного контроля 103

Прохоров Л. А., Полтавец В. В., Елец Е. А. Специальные правила назначения наказания: концептуальные основы и проблемы взаимодействия 117

Рахманова Е. Н. Жестокое обращение с несовершеннолетними спортсменами (на англ. яз.) 139

Пацация М. Ш. О темпоральных проблемах реализации экстраординарного способа защиты прав конкурсных кредиторов..... 154

Прохорова М. Л., Князькина А. К., Куфлева В. Н. Посягательства на безопасность морского судоходства в российском и международном уголовном праве 172

Торопкин С. А. Пенсионное обеспечение судей в Российской империи 189

НАУЧНЫЕ ОБЗОРЫ

Рябцева Е. В. Коррупция как глобальная проблема современного мира: обзор научных публикаций 205

PERSONA GRATA

Александра Андреевна Дорская 221

Content

EDITORIAL

V. N. Kornev. Iustitia est Fundamentum Regni (Justice is the Foundation of the State) 8

ORIGINAL PAPERS

BRANCHES AND INSTITUTIONS OF THE LAW

P.-Y. Monjal. Individual Freedoms (Civil Liberties) in a Health and Climate Crisis: Reflections on the Totalising Ideology of Human Rights 17

P. R. B. Ramos, P. N. M. Viana. Federalism. The Origins and Ways of its Development in the History of the USA and Brazil 62

Ya. O. Kuchina. Regulating Fintech in Russia: The Issues Raised from the Absence of Legal Definition (in Eng.) 80

K. A. Pisenko. Current Issues and Problems of Challenging Legal Proceedings for Antimonopoly Control of Administrative Offences Legal in Courts 103

L. A. Prokhorov, V. V. Poltavets, E. A. Yelets. Special Rules for Imposing Punishment: Conceptual Framework and Poblems of Interaction 117

E. N. Rakhmanova. The Abuse of Underage Athletes (in Eng.)..... 139

M. Sh. Patsatsiya. On the Temporal Problems of Implementing an Extraordinary Method of Protecting the Rights of Bankruptcy Creditors 154

M. L. Prokhorova, A. K. Knyaz'kina, V. N. Kufleva. Encroachments against the Safety of Maritime Navigation in Russian and International Criminal Law 172

S. A. Toropkin. Pension provision for judges in the Russian Empire..... 189

SCIENTIFIC REVIEWS

E. V. Ryabtseva. Corruption as a Global Problem of the Modern World: A Review of Scientific Publications..... 205

PERSONA GRATA

Alexandra Andreevna Dorskaya..... 221

DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.8-13

Iustitia est fundamentum regni (правосудие есть основа государства)

Какова по своей природе судебная власть? Когда мы говорим о государстве, то в качестве основного признака называем наличие **публичной власти**. Вместе с тем мы эту власть не дифференцируем, она подразумевается единой. Следовательно, важнейшим признаком власти государственной является ее единство: речь не идет о множественности, о разделении государственных властей в государстве. Нельзя не отметить, что относительно существования разделения властей в государстве в юридической науке существуют различные противоположные суждения: от безоговорочного его признания до весьма скептического отношения к теории разделения властей не только как к научной концепции, но и как к конституционному принципу организации и деятельности системы органов власти конкретного государства. Например, такие известные зарубежные теоретики государства, как Г. Еллинек [Еллинек, Г., 1908], Л. Дюги [Дюги, Л., 1909], А. Эсмен [Эсмен, А., 1898], весьма критически относились к теории разделения властей и даже считали ее ошибочной и непригодной к практическому применению. Русские государствоведы начала XX в. исходили из единства государственной власти, считая, что существование самостоятельных властей ведет не к их уравновешиванию и взаимному сдерживанию, а к опасной конкуренции и столкновению. Поэтому А. А. Алексеев, Б. А. Кистяковский, Н. И. Лазаревский обосновывали обособление лишь функций, выражающихся в публично-властных полномочиях единой государственной власти, осуществление которых поручалось соответствующим органам государства [Корнев, В. Н., 2002, с. 124–129]. «Под разделением властей, правильнее – обособлением властей, – писал А. А. Алексеев, – имеется в виду теперь такой порядок, при котором функции законодательства, управления и суда – не власть, ибо власть едина, проявляется же она по трем существенным направлениям – передается различным органам» [Алексеев, А. А., 1910, с. 107]. Учеными обосновывалась концепция не разделения властей, а их совместного властвования. Впервые в русской юридической науке идею о совместности властвования выдвинул и аргументированно обосновал Н. М. Коркунов. Он не без основания утверждал, что нет ни одного государства, где бы законодательство, суд, исполнение были строго обособлены друг от дру-

© Корнев В. Н., 2021

га [Коркунов, Н. М., 1904, с. 271–275]. Идеи Н. М. Коркунова получили развитие в работах других государствоведов России. Так, по утверждению Б. А. Кистяковского, основанному на анализе действовавших на тот исторический момент конституций различных государств, ни один акт государственной власти не может быть издан без содействия и сотрудничества нескольких органов. Б. А. Кистяковский также склонялся к признанию начала совместности властвования. На основе анализа действующих конституций, в которых был закреплен принцип разделения властей, он приходит к заключению, практически аналогичному выводу Н. М. Коркунова. «Таким образом, в современном правовом или конституционном государстве каждый действительно важный акт государственной власти есть всегда результат согласованной деятельности нескольких органов или нескольких учреждений государственной власти. Ни один важный акт государственной власти не может быть издан без содействия и сотрудничества нескольких органов», – писал он [Кистяковский, Б. А., 1999, с. 526].

На разнообразие и противоречивость взглядов на теорию разделения властей в современной юридической науке указывает М. Н. Марченко [Марченко, М. Н., ред., 2013, с. 433–469]. Таким образом, в юридической науке нет единства относительно теории разделения властей и практики ее осуществления.

Когда мы говорим о государственной власти как основном признаке государства, мы рассуждаем, очевидно, **о представительной (законодательной) власти**. Обратимся к Конституции Российской Федерации. В статье 3 закреплено, что носителем и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ. Народ осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления. Высшим непосредственным выражением власти народа является референдум. Таким образом, речь идет о **единой власти государственной**, но не о множественности властей. В государстве провозглашается существование единой и единственной государственной власти, а не разделение власти. Часть 4 ст. 3 Конституции России гласит: «Никто не может присваивать власть в Российской Федерации. Захват власти или присвоение властных полномочий преследуются по федеральному закону». Отсюда также следует, что власть одна и едина, ее публично-властных полномочий много. Мамут Л. С. отмечает, что публичная власть как одна из основных функций всего общества (а также и государства. – *В. К.*) в целом неделима, а та же самая публичная власть в качестве чрезвычайно большой по размерам номенклатуры (разветвленной сложной системы) публично-властных полномочий делится [Мамут, Л. С., 2009]. И в этом нет парадокса, поскольку публичная власть в государстве может выполнять различные по своему характеру и объему функции, т. е. те функции, которые определяются ее компетенцией, установленной Конституцией и иными нормативными

правовыми актами. А значит, можно выделить в их числе и полномочия по осуществлению судебной власти.

Согласно статье 10 Конституции Российской Федерации государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны. Государственную власть в Российской Федерации в соответствии со ст. 11 осуществляют Президент Российской Федерации, Федеральное Собрание, Правительство Российской Федерации, суды Российской Федерации. В этом контексте зададимся вопросом: является ли народ источником судебной власти? Очевидно, что нет. Является ли народ источником исполнительной власти? Очевидно, что нет.

Судебная власть – это порождение единой государственной власти. Понимание природы судебной власти прежде всего формируется на основе догматического анализа норм Конституции Российской Федерации. В статье 2 Конституции Российской Федерации закрепляются обязанности государства по защите прав и свобод человека и гражданина, являющихся наряду с их признанием и соблюдением высшей ценностью, что означает конституционную обязанность государства по созданию надежного и эффективно действующего правового и организационного механизма, способного обеспечить защиту и охрану прав и свобод человека и гражданина в случае их нарушения и оспаривания. Главным звеном такого механизма является правосудие, осуществляемое судами.

Своеобразное определение судебной власти сегодняшней России дал Президиум Совета судей Российской Федерации в Постановлении от 12 февраля 1997 г.: «Таким образом, судебная власть является не профессиональной хозяйственной отраслью либо ведомством, а самостоятельной **составляющей государственной власти** в Российской Федерации, а судейское сообщество – не профессиональное объединение работников, а корпорация носителей государственной (судебной) власти»[1].

Можно сформулировать следующее определение судебной власти, которое указывает на ее природу и функциональное назначение: «**Судебная власть – это функция государственной власти (государства), определяемая решением задач по осуществлению правосудия и реализуемая в специальных правовых (процессуальных) формах**». Ведь решение суда – это не только итог рассмотрения спора, т. е. перевод конфликта в правовые формы, но и форма легитимации такого решения. Иначе говоря, посредством теории функций государства мы можем констатировать, что судебная власть – это не самостоятельный вид государственной власти, а ее функция. Поэтому рассуждать о самостоятельности судебной власти в системе разделения властей можно только с известной

[1] Российская юстиция. 1997. № 4.

долей условности, как об осуществлении специально уполномоченными органами публично-властных полномочий.

Понятие судебной власти дает в своих работах Н. А. Колоколов: «Судебная власть – это разновидность государственной власти, особые общественные отношения, возникновение и существование которых обусловлено способностью социума при необходимости генерировать механизм разрешения конфликтов на основе норм права, обеспечиваемый мощью государства» [Колоколов, Н. А., 2006, с. 12]. А. В. Цихоцкий формулирует следующее определение понятия судебной власти: «Судебная власть представляет собой определенным образом организованную деятельность государства, направленную на преодоление противоречий между индивидуальными интересами человека (объединения людей) и волей государства, отраженной в правовой форме» [Цихоцкий, А. В., 1997, с. 30]. В доктрине имеют место и другие ее определения. Выработка общего понятия «судебная власть» необходима. От этого зависит решение и других проблем, относящихся к статусу судей и судебной власти вообще.

Таким образом, судебная власть имеет все признаки государственной власти. Иного и быть не может, поскольку ее полномочия производны от публичной власти, которая составляет один из основных признаков государства.

Вместе с тем признаки власти государственной приобретают специфический характер применительно к судебной власти. Отличительным признаком судебной власти является то, что согласно отечественной правовой доктрине она, в отличие от законодательной и исполнительной власти, не обладает правотворческими полномочиями. Решения, принятые органами судебной власти, не относятся в полном смысле к праву, ибо носят индивидуальный характер и представляют собой акты индивидуального регулирования общественных отношений. Правом являются акты правотворческих органов, содержащие норму права, которая имеет абстрактный и гетерономный характер по отношению к индивиду и обществу в целом.

Решения суда обязательны к исполнению, однако сам суд не в состоянии принудить субъекта права к исполнению принятого судебного решения, поскольку, даже будучи органом государства, он не обладает такими полномочиями. Необходимо отметить вместе с тем и обратную связь: судебная практика представляет собой тот источник, из которого черпает законодатель, оформляя затем реальные потребности в закон.

Легитимна ли и насколько судебная власть? Может быть два варианта ответа на этот вопрос. Первый: если судебную власть рассматривать как отдельный вид государственной власти, то здесь, как представляется, трудно говорить о легитимности в полном смысле этого слова, поскольку в России нет института выборности судей. Второй: полагая, что судебная власть представляет собой функцию единой государственной власти, можно рассуждать о ее легитимности, хотя и косвенной. Дело в

том, что легитимность судебной власти, носителями которой являются соответствующие органы государства и в целом их система, обусловлена тем, что, как уже отмечалось ранее со ссылкой на ст. 3 Конституции Российской Федерации, носителем и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ. Таким образом, функции судебной власти осуществляются легитимными органами государства. Отсюда и решения принимаются **от имени Российской Федерации**, хотя, по моему мнению, правильнее была бы формула **«от имени многонационального народа Российской Федерации»**, потому как именно воля народа, проявляемая на всеобщих выборах или на референдуме, лежит в основе легитимности публичной власти в России, одну из важнейших функций которой осуществляет судебная власть.

Разумеется, свои функции судебные органы, как и органы законодательной и исполнительной власти, реализуют строго в соответствии с Конституцией, их деятельность также связана другими нормативными правовыми актами, т. е. действующим правом Российской Федерации. Вместе с тем судьи, составляющие ядро органов судебной власти, обязаны руководствоваться общепризнанными принципами и нормами международного права, нормами международных договоров, стороной в которых является Россия. Признавая неоспоримую важность конституционного установления правового смысла независимости судей, все же необходимо отметить, что при выявлении юридической природы указанного принципа в настоящее время нельзя ограничиваться анализом только упомянутых ранее статей Конституции и действующего федерального законодательства. В условиях современных процессов глобализации, когда международное право становится непосредственным регулятором внутригосударственных отношений, с неизбежностью, закономерно и объективно подвергается изменению правовая природа принципа независимости судей. В связи с этим, как представляется, конституционное положение, содержащееся в ст. 120 Конституции Российской Федерации, уже не в полной мере отражает принцип связанности правом деятельности органов судебной власти в Российской Федерации. Границы и пределы независимости судей при отправлении ими правосудия установлены нормами не только действующего внутригосударственного права, но и международного права. Конституция Российской Федерации относит международное право к разряду действующего права. Такой вывод можно сделать на основе анализа положений ч. 4 ст. 15 Конституции: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором установлены иные правила, чем правила, предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Конституция России, а также ряд иных правовых документов составляют необходимую юридическую основу, которая позволяет нам рассматривать

принцип независимости судей не только с позиций норм внутригосударственного права, но и в контексте международно-правовых отношений. В ряду наиболее важных документов можно назвать следующие: Международный пакт о гражданских и политических правах (ст. 14), Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. и Протоколы к ней, Рекомендация Комитета министров Совета Европы «О независимости, эффективности и ответственности судей». О том, что международное право наряду с внутригосударственным имеет все признаки действующего в Российской Федерации права, а значит, судьи, исходя из конституционного понимания принципа независимости, обязаны подчиняться ему в процессе отправления правосудия, свидетельствуют постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации: «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права» от 10 октября 2003 г. № 5[2], «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней» от 27 июля 2013 г. № 21[3]. Перечисленные международно-правовые документы, а также акты Верховного Суда Российской Федерации дают нам основания для существенного вывода относительно характера соотношения международного и внутригосударственного права. По данному вопросу можно сказать, что существуют все легальные основания для того, чтобы рассматривать международное и внутригосударственное право как единую систему действующего в России объективного права. Сформулированный вывод имеет важное методологическое значение для интерпретации юридической природы конституционного принципа независимости судей применительно к особенностям современных правовых реалий. Они свидетельствуют о том, что теперь судья подчиняется и международному праву, поскольку он не только может, но и обязан искать и находить правовые основания для вынесения решения по конкретному делу в нормах и принципах, выраженных не только в системе форм внутригосударственного права, но и в системе форм международного права. В этом случае происходит, по словам французского юриста А. Гарапона, **«экстернализация»** юридического конфликта, т. е. окончательное его разрешение выносится за пределы системы права того или иного государства [Токарев, В. А., 2011, с. 199]. Примером такой экстернализации может служить рассмотрение дел с участием российских граждан в Европейском Суде по правам человека. Российская судебная власть, как и правосудие в других европейских странах, в определенной степени освобождается от «привязки» только к внутригосударственному праву, которому судья обязан подчиняться и, по преимуществу, применять в своей деятельности. Подчинение судей международному праву

[2] Российская газета. 2003. 2 дек.

[3] Российская газета. Федеральный выпуск. 2013. 5 июля.

преобразует судебную власть: она может характеризоваться не только как независимая, но и как автономная по отношению к другим властям в государстве. В этом ее качестве она более способна к претворению в реальность основного принципа правового государства: господства права. В конституционном закреплении принципа судейской независимости нельзя не отметить определенное влияние на его понимание позитивистского подхода, а потому и нет полного соответствия природе и сущности правового государства, в котором, как уже отмечалось, гарантируется реализация принципа господства права. Подчинение судей закону еще не означает подчинение их действующему в России праву, так как право не тождественно букве закона. Верховенство Конституции и закона по отношению к иным нормативным правовым актам – это важный отличительный признак конституционного правового государства, которым и является Российская Федерация. Проведенное исследование функционирования судебной власти подтверждает вынесенный в заголовок тезис: правосудие есть основа государства.

Список использованой литературы

Алексеев А. А. Министерская власть в конституционном государстве: ее основы, роль и современное положение. Харьков : Тип. и литогр. М. Зильберг и С-вья, 1910. 395 с.

Дюги Л. Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства. М. : Изд-во Н. А. Клочкова, 1909. 148 с.

Еллинек Г. Общее учение о государстве. Право современного государства. Т. 1 / под ред. С. И. Гессена. 2-е изд., испр. и доп. СПб. : Изд-во Н. К. Мартынова, 1908. XXIV, 599 с.

Кистяковский Б. А. Государственное право (общее и русское). Лекции, читанные в Московском коммерческом институте в 1908/1909 академическом году // Философия и социология права. СПб. : РХГИ, 1999. 800 с. ISBN 5-88812-047-2.

Колоколов Н. А. Судебная власть как общеправовой феномен : автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2006. 52 с.

Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. 6-е изд., испр. и доп. СПб. : Изд-во Н. К. Мартынова, 1904. 364 с.

Корнев В. Н. Интерпретация теории разделения властей в либеральном государствоведении России начала XX века // Научные труды Российской академии юридических наук. Вып. 2 : в 2 т. Т. 1. М. : Юрист, 2002.

Мамут Л. С. «Разделение властей» или разделение публично-властных полномочий? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 4. С. 3–11.

Общая теория государства и права : академ. курс в 3 т. Т. 1. Государство/ отв. ред. М. Н. Марченко. 4-е изд., пераб. и доп. М. : Норма : Инфра-М, 2013. 576 с. ISBN 978-5-16-0088989-4.

Токарев В. А. «Все имеет отношение к суду…». (Размышления над книгой А. Гарапона «Искусство судить») // Стандарты научности и homo juridicus в свете философии права : материалы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти В. С. Нерсесянца / отв. ред. В. Г. Графский. М. : Норма, 2011. С. 198–205.

Цихоцкий А. В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск : Наука. Сиб. предприятие РАН, 1997. 391 с. ISBN 5-02-031771-3.

Эсмен А. Общие основания конституционного права / пер. с фр. под ред. В. Дерюжинского. СПб. : Изд-во О. Н. Поповой, 1898. 357 с.

References

Alekseyev, A. A., 1910. *Ministerskaya vlast' v konstitucionnom gosudarstve: ee osnovy, rol' i sovremennoe polozhenie* = [Ministerial Power in the Constitutional State: Its foundations, role and current situation]. Kharkov: Printing house and litograph. M. Zilberg and Sons. (In Russ.) ISBN 978-5-458-14079-9.

Dugi, L., 1909. *Social'noe pravo, individual'noe pravo i preobrazovanie gosudarstva* = [Social law, individual law and the transformation of the state]. Moscow: Publishing House of N. A. Klochkov. (In Russ.)

Esmen, A., 1898. *Obshchie osnovaniya konstitucionnogo prava* = [General foundations of constitutional law]. V. Deryuzhinsky, transl. from French, ed. St. Petersburg: Publishing house of O. N. Popova. (In Russ.)

Jellinek, G., 1908. *Obshchee uchenie o gosudarstve. Pravo sovremennogo gosudarstva* = [General doctrine of the State. The law of the modern state]. Vol. 1. S. I. Gessen, ed. 2rd ed., revised and supplemented. St. Petersburg: Publishing House of N. K. Martynov. (In Russ.)

Kistyakovsky, B. A., 1999. [State law (General and Russian). Lectures given at the Moscow Commercial Institute in the 1908/1909 Academic Year]. *Filosofiya i sociologiya prava* = [Philosophy and Sociology of Law]. St. Petersburg: Russian State University of Economics. (In Russ.) ISBN 5-88812-047-2.

Kolokolov, N. A., 2006. *Sudebnaya vlast' kak obshchepravovoj fenomen* = [Judicial power as a general legal phenomenon]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Nizhny Novgorod. (In Russ.)

Korkunov, N. M., 1904. *Lekcii po obshchej teorii prava* = [Lectures on the general theory of law]. 6th ed., revised and supplemented. St. Petersburg: Publishing house of N. K. Martynov. (In Russ.)

Kornev, V. N., 2002. Interpretation of the theory of separation of powers in the liberal state studies of Russia at the beginning of the XX century. In: *Nauchnye trudy Rossijskoj akademii yuridicheskih nauk* = [Scientific Works of the Russian Academy of Legal Sciences]. Issue 2. In 2 vols. Vol. 1. Moscow: Yurist. (In Russ.)

Mamut, L. S., 2009. "Separation of powers" or separation of public authorities? *Pravo. Zhurnal Vysshej shkoly ekonomiki* = [Law. Journal of the Higher School of Economics], 4, pp. 3–11. (In Russ.)

Marchenko, M. N., ed. 2013. *Obshchaya teoriya gosudarstva i prava* = [General theory of State and Law]. An academic course in 3 vols. 4th ed., revised and supplemented. Vol. 1. M.: Norma; Infra-M. (In Russ.) ISBN 978-5-91768-409-3.

Tokarev, V. A., 2011. ["Everything has to do with the court...". (Reflections on the book by A. Garapon "The Art of judging")]. In: V. G. Grafsky, ed. *Standarty nauchnosti i homo juridicus v svete filosofii prava* = [Standards of science and homo juridicus in the light of the philosophy of law]. Materials of the fifth and sixth philosophical and legal readings in memory of V. S. Nersesyants. Moscow: Norma. Pp. 198–205. (In Russ.)

Tsikhotsky, A. V., 1997. *Teoreticheskie problemy effektivnosti pravosudiya po grazhdanskim delam* = [Theoretical problems of the effectiveness of justice in civil cases]. Novosibirsk: Nauka. Sib. enterprise RAS. (In Russ.) ISBN 5-02-031771-3.

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»

УДК 342.72/.73
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.17-61

Индивидуальные свободы в условиях кризиса в области климата и здравоохранения: размышления о тотализирующей идеологии прав человека

П.-И. Монжаль

Университет г. Тур, г. Тур, Франция
pymonjal@mac.com

Аннотация

Введение. В статье проанализирована проблема ограничения прав и свобод человека в современных условиях экологического кризиса и кризиса здравоохранения в связи с пандемией COVID-19.

Теоретические основы. Методы. В исследовании использован формально-догматический подход к анализу нормативной правовой основы европейской системы прав и свобод человека. Сравнительно-правовой анализ позволил выявить общее и особенное в ограничении прав и свобод в государствах Европейского союза. В статье представлен анализ решений Суда ЕС, высших судов Франции и Германии, вынесенных в связи с экологическим кризисом и пандемией COVID-19.

Результаты исследования. Отправной точкой для анализа автором темы исследования является классический вывод о том, что права человека переживали золотой век с конца 1960-х гг. с окончанием коммунистической утопии и утверждением модели либеральной демократии. В социальной сфере раскрепощение морали освободило человека от социальных и семейных структур, которые определяли его место и роль в семье и обществе. В экономической сфере неолиберальная революция позволила полностью реализовывать экономические свободы. Европейская правовая система сопровождала и претворяла в жизнь этот золотой век. COVID-19 и экологический кризис привели к беспрецедентным ограничениям в осуществлении прав и свобод.

Обсуждение и заключение. Изложенное позволило сделать следующие выводы. Права человека – это идеология. Как и у всякой идеологии, ее цель является тотализирующей. Как только мы уходим из области права (нормативистский подход), чтобы использовать право в целях продвижения ценностей (аксиологический подход), сторонники прав и свобод человека окончательно отказываются от серьезной юридической науки. Совокупность свобод стала в какой-то степени условной. За счет стандартизации их методов их выполнение будет зависеть от набора постоянных и универсальных ограничений. Появилась новая парадигма прав и свобод человека, которая строится вокруг «прав-обязанностей».

Ключевые слова: права человека, тотализирующая идеология, правовая система, экологический кризис, пандемия, неолиберальная революция, права, обязанности, ограничения прав

© Монжаль П.-И., 2021

Благодарности. Статья написана специально для журнала «Правосудие/Justice». Редакция журнала выражает благодарность Светлане Николаевне Куракиной за профессиональный перевод с французского языка.

Для цитирования Монжаль П.-И. Индивидуальные свободы в условиях кризиса в области климата и здравоохранения: размышления о тотализирующей идеологии прав человека // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 2. С. 17–61. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.17-61.

Individual Freedoms (Civil Liberties) in a Health and Climate Crisis: Reflections on the Totalising Ideology of Human Rights

Pierre-Yves Monjal

University of Tours, Tours, France
For correspondence: pymonjal@mac.com

Annotation
Introduction. The article analyses the problem of the restriction of human rights and freedoms in the modern conditions of the environmental and health crisis created by the COVID-19 pandemic.
Theoretical Basis. Methods. The study uses a formal and dogmatic approach to the analysis of the normative legal framework of the European system of human rights and freedoms. A comparative legal analysis made it possible to identify both the general and the specific as regards the restriction of rights and freedoms in the states of the European Union. The article presents an analysis of the decisions of the Court of Justice of the European Union, and the High Courts of both France and Germany that were rendered in connection with the environmental crisis and the COVID-19 pandemic
Results. The starting point for the author's analysis of the research topic is the classic conclusion that human rights have experienced a golden age since the late 1960s with the end of the communist utopia and the establishment of the model of liberal democracy. In the social sphere, the emancipation of morality freed a person from social and family structures that determined his place and role in the family and society. In the economic sphere, the neo-liberal revolution made it possible to fully realise economic freedoms. The European legal system has accompanied and implemented this golden age. COVID-19 and the environmental crisis have led to unprecedented restrictions on the exercise of rights and freedoms.
Discussion and Conclusion. The foregoing has allowed us to draw the following conclusions. Human rights are ideology. Like any ideology, its goal is totalising. As soon as we leave the field of law (a normative approach) in order to use law to promote values (an axiological approach), advocates of human rights and freedoms finally abandon serious legal science. The totality of freedoms has become somewhat conditional. By standardising their methods, their implementation will depend on a set of permanent and universal constraints. A new paradigm of human rights and freedoms has emerged, which is built around "rights-duties".

Keywords: human rights, totalising ideology, legal system, environmental crisis, pandemic, neo-liberal revolution, rights, duties, restrictions on rights

Acknowledgements. The article written specifically for the journal "Pravosudie/Justice". The editors of journal thank Svetlana N. Kurakina for the professional translation of this article.

For citation: Monjal, P.-Y., 2021. Individual freedoms (civil liberties) in a health and climate crisis: Reflections on the totalising ideology of human rights. *Pravosudie/Justice*, 3(2), pp. 17–61. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.17-61.

Введение

Права человека занимают основополагающее место в правовых системах европейских государств – членов Совета Европы и в европейском правовом порядке, который кропотливо, но активно строится Европейским Судом по правам человека и Судом Европейского союза (далее также – Суд). Отныне национальные суды, особенно высшие, проводят проверку законности внутренних норм, подпадающих под их юрисдикцию, через призму Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. в ее толковании судьями Страсбурга и Люксембурга.

Для нас в этом исследовании важны как Франция, так и Европейский союз (далее также – Союз). Действительно, недавно Кирхбергский суд, а также Государственный совет Франции приняли совершенно новые решения по охране окружающей среды. По существу, на запрос одного из немецких судебных органов относительно охраны окружающей среды, и в частности качества воздуха, Суд Европейского союза признал, что законодательство Европейского союза не ограничивает возможности применения физического принуждения (задержания) в отношении политических (президента или министра) или административных (должностных лиц) властей земли Бавария (Германия) за несоблюдение европейской Директивы 2008 г., о которой шла речь в данном случае.

Что касается верховного административного суда Франции – Государственного совета, – граждане будут очень удивлены, обнаружив, что в рамках пандемии COVID многие исключительные меры и посягательства на индивидуальные свободы со стороны государственных органов были признаны законными этим судом. Точно так же, но на этот раз в рамках экологического права, все еще в аспекте европейских правил качества воздуха тот же административный суд вынес против государства решение о наложении исключительного штрафа в размере 10 млн евро. Никогда еще государство не осуждалось таким образом и на такую сумму.

Этот судебный контекст представляется нам весьма интересным для изучения. Идет ли речь о кризисе в области здравоохранения или окружающей среды, мы видим, что возникает порядок принуждения, который кардинально ставит под сомнение некоторые из наших индивидуальных свобод, таких как свобода передвижения. Этот порядок принуждения, морально принятый и юридически санкционированный, основан на веских оправданиях: защите людей и, соответственно, населения и, почему бы и нет, защите человечества через призму «права» на здоровую окружающую среду.

Таким образом, возникает реальная напряженность между субъективно воспринимаемыми основными правами (человека) и основами любой либеральной индивидуалистической идеологии и новым поколением неколлективных прав человека, поскольку они есть социальные, но универсализированные, если не сказать тотализирующие. Именно эта напряженность представляется нам интересной для изучения, поскольку она

порождает новые нормы – как социальные (мы скажем почему), так и общественно значимые, ставящие под сомнение целые группы заветных прав и свобод личности.

Наша концепция прав человека в Европе, разрабатываемая на протяжении более 30 лет, очень критична [Monjal, P.-Y., 2016]. На это нравоучительное правовое строительство, породившее самые безумные индивидуалистические и коммунитаристские течения и послужившее идеологической основой разрушительного экономического либерализма наших обществ, следует прямо указать.

Мощная и обобщающая идеология – права человека – послужила основой для распада коллективных политических действий, общего блага и социальной борьбы за равенство и справедливость. Общественное начало, которое должно было стать движущей силой прогресса, особенно в европейских и американских левых партиях, вытеснило социальное. Отказавшись от разрушительных сил рыночной экономики и нерегулируемого капитализма, социальное начало и воплощающий его трудящийся народ оказались увлечены ультралиберальной доктриной 80–90-х гг.

Здесь мы хотим показать, что права человека представляют собой тотализирующую, весьма агрессивную идеологию, которая всегда находится на стороне самой жесткой экономической власти, объективным и необходимым союзником которой она является. Либеральная рыночная экономическая система нуждалась в индивидуумах-потребителях для своего развития (право собственности, свобода заключать договоры, свободная конкуренция, свобода перемещения, свобода тела и т. д.). Однако если представить себе новое поколение экологических прав человека, такие универсальные права будут очень полезны для текущих экономических преобразований в промышленности и деятельности новых политических партий, инициированных экологами, которые в реальности оказываются особенно авторитарными. Кроме того, и это будет еще одна грань нашей темы, покажем тотализирующее, «прогрессивное» измерение прав человека, ибо они служат интересам богатейших людей и сохраняют обычное состояние народа, т. е. нищету.

Теоретические основы. Методы

Права человека претерпели необычайные изменения во Франции и Европе, но в разное время. Для европейского юриста-публициста, статус которого мы охотно будем подтверждать, существует принципиальная разница между правами человека и основными правами.

Права человека возникли из так называемой философской мысли Просвещения, начиная с XVII в. во Франции (и в Европе) и особенно – в XVII в. Это так называемый исторический период Нового времени (1492–1789), сменивший тысячелетнее Средневековье (476–1492), характеризующееся абсолютистской религиозной мыслью. Это великий христианский период Западной Европы, когда церковь совместно с Римско-Германской

империей не только управляла зарождающимися монархическими государствами, но и предложила образ мышления о мире, основанный на Божественном Откровении, монотеизме и Боге как сущности мира. Человек Средневековья благочестив, а религия – его философия.

Великий перелом произойдет в эпоху Просвещения, которая возродит вместе с так называемым рассудительным разумом и особенно древнегреческим гуманизмом, сделавшим человека мерилом всего, и в том числе академических знаний (философия, искусство, математика, музыка...), основу восприятия и понимания мира. Просвещение переустанавливает существование личности и избавляет ее от Бога как объясняющей основы ее жизни, ее нравов и ее понимания мира. Права человека, которые провозглашены в Декларации прав человека и гражданина (далее – Декларация прав) от 26 августа 1789 г., полностью пронизаны этим возвращением к разуму даже при том, что эти права были провозглашены «под покровительством Верховного существа» и украшены масонской иконографией (угольник, компас, треугольник, в центре которого – сияющий вездесущий глаз).

Эти права и свободы человека, именуемые также «правами первого поколения», с юридической точки зрения не имели никакой ценности на протяжении десятилетий. Другими словами, они не были противопоставлены французским политическим или судебным институтам. Надо было дождаться решения Конституционного совета 1971 г. при V Республике (1958), чтобы Декларация прав составила то, что во французском конституционном праве называется конституционным блоком[1]. С той поры Конституционный совет может оценивать конституционность законов как с точки зрения основного текста Конституции, так и текста Декларации прав: либо в рамках контроля закона *a priori* (до принятия – ст. 61 С), либо *a posteriori* (с 2008 г. – ст. 61-1). Таким образом, Франция очень поздно решилась легализовать у себя права человека.

Между тем иногда забывают, что в XIX в. германская правовая доктрина построила целую теорию, но не прав человека, которые, по Карлу Марксу, являются «буржуазной» философско-политической конструкцией, а основных прав. Теоретическая разница значительна. Она состоит из трех положений: указанные права являются основополагающими по своей природе и тексту, закрепляющему их, – конституции; они субъективны и, следовательно, могут быть обжалованы в суде; они представляют собой набор правил, которые необходимы для ограничения превышения полномочий государственных органов. Крах немецкого режима в XX в. заключит в скобки эту правовую конструкцию. Но она будет включена в Основной закон Германии 1949 г.

В XX веке вступает в действие Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (далее – Европейская конвенция), принятая

[1] Решение Конституционного совета № 71-44 от 16 июля 1971 г.

4 ноября 1950 г. Более того, в дополнение к 14 основным правам и свободам, на которые можно ссылаться в исках против не соблюдающих их государств – членов Совета Европы, самым ярким достижением остается создание Европейского Суда по правам человека.

Действительно, с момента своего первого решения от 14 ноября 1960 г. (дело «Лоулесс против Ирландии») этот Суд стал осуществлять значительный объем работы по толкованию, обязав государства внести поправки в свое законодательство, противоречащее Европейской конвенции в интерпретации страсбургских судей, и возместить ущерб жертвам нарушений прав и свобод со стороны государств (справедливая компенсация – ст. 41 Конвенции). Деятельность Европейского Суда по правам человека очень важна, но, по нашему мнению, является объектом резкой критики, к которой мы вернемся позже. Следует отметить использование термина «права человека» в названии Конвенции 1950 г. Это объясняется двумя причинами: историческим контекстом, который требовал возвращения к необходимой философской квалификации в отношении варварства, совершенного, в частности, во время Второй мировой войны; в то время правовая теория основных прав еще не получила нового развития.

Со стороны Европейского союза и первоначальных Сообществ вопрос об основных правах решался в четыре этапа. На первом этапе, за исключением принципов равенства, недискриминации и свободы передвижения, закрепленных, в частности, в документах 1957 г. (Римский договор от 25 марта 1957 г., учреждающий Европейское Экономическое Сообщество), не было ни деклараций, ни каких-либо ссылок на права человека.

В 1970–2000-е годы Суд Европейских сообществ (теперь – Суд Европейского союза) фактически импортирует в свои механизмы контроля за законностью актов, принятых европейскими институтами (Комиссией, Советом...), как нормы, содержащиеся в Европейской конвенции, так и толкование их Судом Страсбурга. Эта работа была весьма показательной, при том что Европейский союз не был и до сих пор не является участником Европейской конвенции. Это укрепление законности Евросоюза с опорой на Конвенцию в первую очередь позволило «успокоить» некоторые государства, такие как Германия, Италия и позднее – Франция, которые опасались, что принцип верховенства права Евросоюза не может быть поставлен под сомнение даже тогда, когда производное право (регламенты, директивы, решения...) может оказаться противоречащим конституционным порядкам, а значит, и основным правам государств-членов.

В 2009 году, когда вступил в силу Лиссабонский договор, наделяющий Европейский союз правосубъектностью (ст. 47), одновременно вступила в силу Хартия основных прав, разработанная в 2000 г. Она имеет ту же юридическую силу, что и Договор, и играет ту же роль, что и Декларация прав человека 1789 г. в конституционном порядке Франции.

Как и ожидалось, в 2014 г. Суд Люксембурга вынес заключение, согласно которому проект договора о присоединении Европейского союза

к Европейской конвенции и установленный ею механизм защиты прав противоречат основному закону Европейского союза (Договор о Европейском союзе и Договор о функционировании Европейского союза). Таким образом, Европейский союз выходит из-под контроля Страсбургского Суда (заключение 2/13 от 18 декабря 2014 г.).

Итак, в Европе мы имеем два международных акта, гарантирующих защиту основных прав, – Европейскую конвенцию 1950 г. из 14 статей и Хартию основных прав Европейского союза 2000 г., включающую 54 статьи. При этом два суда по этим основным правам – Европейский Суд по правам человека и Суд Европейского союза – обеспечивают их защиту в рамках отдельных процедур. Было бы ошибкой думать, что все так просто между этими двумя европейскими судами. Как представляется, между этими судами существует конкуренция. В сущности, вопрос сводится к тому, кто будет «лучшим оратором», более эффективным и отважным с точки зрения продвижения и защиты прав человека [Monjal, P.-Y., 2016].

Определив рамки данного исследования, мы сформулируем пять суждений, имеющих как методологический, так и теоретический характер.

Первое суждение касается концепции прав человека. Здесь наш подход носит нормативистский и позитивистский характер. Это объясняет тот факт, что мы будем говорить главным образом об основных правах, а не о правах человека. Отдадим предпочтение субъективистскому подходу к этим правам: это означает, что мы рассматриваем эти основные права как подлежащие судебной защите в государствах-членах или институтах Европейского союза. Поэтому мы выбираем не философский подход, а процедурный метод, хотя следует признать, что граница между этими двумя подходами иногда бывает незаметной.

Второе суждение, которое является продолжением первого (что представляет собой довольно серьезную эпистемологическую трудность), заключается в том, что наша концепция права вписывается в концепцию Венской школы знаменитого юриста Ганса Кельзена («Чистая теория права», 1923 г. и 1960 г.). Мы считаем, что это основополагающий момент, который позволит лучше проиллюстрировать наш доктринальный, достаточно миноритарный подход к основным правам.

Таким образом, следуя за Г. Кельзеном, мы сохраним концепцию, известную как «чистота юридической науки». Но в этом вопросе надо быть осторожным и не следует ошибаться. Чистота здесь навязывается науке и ученому, она касается только научного анализа права. Кельзен действительно очень четко и точно отделяет науку от объекта (наука права) и объект от науки (право, как оно изложено в нормативных актах). Чистота должна руководить созданием научного объекта, поскольку этот объект (который, следовательно, построен наукой) позволяет объективно описывать реальность. В то время как сама эта реальность остается и должна оставаться такой, какая она есть [Brunet, F., 2019, p. 31].

Иными словами, чистота не касается самого права (действующих норм): она направлена лишь на науку о праве и на концепты, которыми она оперирует. На наш взгляд, речь не идет об очищении права путем лишения его культурных, идеологических, политических критериев или отрицания их. Такое, как оно есть, право, без сомнения, не является чистым. Такая оценка «правовой реальности» установленных норм относится не к праву, а, скорее, к политологии, философии. Таким образом, это не право в научном смысле. Более того, если бы эпистемология Кельзена подразумевала чистоту (очищение) действительности, которую она намеревается описать, она была бы в полной мере антипозитивистской, поскольку шла бы вразрез с ее собственными амбициями, искажая реальность права под предлогом его анализа [Kelsen, H., 1962].

Цель Кельзена – создать науку, лишенную идейного, философского, политического уклона. Действительно, как признать истинно научный характер с идеологической точки зрения на право? Нельзя, в сущности, претендовать на научность, интересоваться законностью норм, их происхождением путем подчинения и проверки и в то же время заниматься аксиологической деятельностью. Здесь мы имели бы непреодолимое терминологическое противоречие. Юридическая наука должна содержать хорошо обоснованные и точные знания (теория обоснованности путем создания норм и контролируемых иерархических отношений). Идеология, социология, философия всегда могут быть украшены «нарядами» науки. Но она очень быстро обнаружит свою бессодержательность и интеллектуальный обман, которые станут ее характеристиками, когда она поворачивается к праву, потому что она всегда будет придерживаться субъективной, личной и предвзятой точки зрения в отношении описаний предполагаемой объективной реальности вещей. Юридическая наука не называет то, что должно быть реальностью, – она указывает, какой эта реальность должна быть, чтобы норма была юридической. Таким образом, теория Кельзена основана на аксиологическом релятивизме и необходимом антиюснатурализме.

Сначала – об аксиологическом релятивизме. Современные общества отличаются большим разнообразием и неоднородностью в выборе ценностей. Нельзя сказать, что эти ценности разделяются единодушно, как разделялись в Средние века христианская вера и Святое Писание. Таким образом, исчезновение великих монокаузальных, унитаристских, теологических толкований уступило место идеям Просвещения и великим доктринам XX и XX вв. Разобщенность мира, мультикаузальные подходы к его объяснению, таким образом, конкурируют с Древним миром и его унитарными, божественно-сущностными представлениями. И в этом существующем в аксиологическом конфликте мире Кельзен должен переживать по поводу любой выделяющейся точки зрения, способной отличить хороший выбор от плохого, поскольку не существует надежного и стабильного научного индекса ценностей. Не может существовать эпи-

стемология политических, социальных, религиозных, философских ценностей…; т. е. ценность ценностей, эталон, научно или объективно позволяющий расставлять приоритеты ценностей [Brunet, F., 2019, pp. 35–37].

Продолжая рассуждать, заметим, что ценность не существует сама по себе: она всегда привязана к определенной точке зрения, специфической для того, кто ее продвигает. Мы также говорим об этическом некогнитивизме. Это означает, что ценности непознаваемы как таковые и что знание (а значит, и наука) не в состоянии их определить, расставить приоритеты, оценить. Таким образом, процесс познания не имеет ничего общего с аксиологической установкой. Мы не можем познать ценности, мы можем лишь продвигать их, противостоять им или бороться с ними. Оценивать – не означает знать в научном смысле этого слова. Оценочное суждение есть не что иное, как эмоциональный импульс, эмоциональное проявление мысли.

Далее – об антиюснатурализме. У Кельзена, если говорить кратко, этот отказ от каких-либо дискуссий о ценностях в юридическом плане выражается в неприятии любой формы юснатурализма. Действительно, эти теории утверждают, что существует врожденное, скрытое право, правовой задний план, имманентное естественное право, обнаруживаемое мыслью, выявляемое книгами, взятое из природы вещей. Нет ничего более противоположного кельзеновской позитивистской эпистемологии, противостоящей тому натуралистическому софизму, который полагает, что право может вытекать из состояния вещей. Кельзен стремится обойти ложные метафизические или натуралистические вопросы, вопросы, которые не опираются на позитивное право.

Наука о праве, являющемся творением человека и не существующем в природе, – это наука, которая должна интересоваться только процессом порождения нормы с помощью теории действительности и ставить вопрос только о позитивном праве. Только очищая закон – науку о праве и саму правовую норму – от любого морального, аксиологического элемента, мы можем, но в рамках уже другой дисциплины, задать вопрос с философской, моральной, социальной, общественной точек зрения об обоснованности нормы.

Третье суждение – методологическое – является логическим продолжением предыдущего. Напряжение, существующее между венским позитивизмом, на который мы ссылаемся, и юснатурализмом носит весьма натянутый, даже непримиримый характер. Однако мы должны признать, что наши национальные и европейские правовые нормы представляют собой сочетание этих двух позиций. Это сосуществование стало возможным благодаря медленному распространению теории прав человека в судебной практике верховных судов и постепенному приспособлению общественного мнения, политических и институциональных субъектов к этим теориям. Таким образом, наши правовые порядки представляют со-

бой незаконченный и несовершенный синтез противоположных доктринальных позиций.

Это умиротворение в Доме права и юристов, несмотря на попытки Европейского Суда по правам человека легализовать свои аксиологические решения – эту явную косметику, являющуюся предметом сознательного самовнушения или действий упреждающего характера, не следует понимать как капитуляцию кельзенизма. Наоборот. Более чем когда-либо юристы-позитивисты должны быть бдительны и осторожны, чтобы не попасть в ту ловушку, которую представляет собой теория основных прав в их морализаторском и, следовательно, тотализирующем проявлении.

Эта теория является и останется «аватаром», бледной копией комплекса глубоко культурных ценностей, унаследованных от нашего греко-романо-христианского прошлого, называемого также Традицией, а не от предполагаемого иудео-христианского наследия, убеждающего, что наша европейская культура может быть результатом двух непримиримых концепций мира: культуры вечной мести, воплощенной в иудейском Законе Талиона, и католической культуры искупительного прощения Святого Павла. Иудаизм имеет совершенно ничтожную долю в построении нашего христианского европейского наследия, которое приняло только три формы: католическую, православную и протестантскую. Единственными наследниками этой тысячелетней культуры являются, конечно, церкви Центральной Европы, православные церкви России и католические – Польши.

Эти христианские ценности, не учитывать которые мы больше не можем и которые поклонники Римской контррелигиозной церкви – ультраантикатолические миряне отказываются признавать как основу своих собственных ценностей, теперь эволюционируют в разделенном мире, что проявилось в отказе людей от их земной реальности, в которой Свобода, Равенство и Братство, если говорить о Франции, теперь составляют республиканскую Святую Троицу, воплощенную Марианной – матерью Нации, этой столь же женственной заменой Святой Марии – матери Божьей. «Ничто не теряется, ничто не создается, все трансформируется», – объявил бы Лавуазье. Мы сказали бы поскромнее: никакого творческого воображения и отрицание наследия. Республика – не что иное, как единственная дочь Церкви, а ценности мирян – не что иное, как ее прямое наследие…

Таким образом, эта теория прав человека / основных прав является новым мессианизмом, который, надо заметить, основан на сострадательном представлении жертвы – жертвы нарушения прав человека. Это, без сомнения, современная христологическая фигура, постмодернистская фигура Христа на кресте. Таким образом, Европейская конвенция и Хартия 2000 г. стали светскими Священными писаниями этого нового духовенства, которое является их судьями, совершающими богослужение перед своими верующими, т. е. этими запутавшимися жертвами, имеющими право на возмещение ущерба.

Основываясь на этом наблюдении, мы заявляем, что на данном этапе основные права не относятся к юридической науке. Они представляют собой вредное паразитирование на научном подходе к праву. Но поскольку мы сформированы нашей культурой, пронизаны ею, мы признаем допустимость этих прав как «необходимых нашему времени». В этом случае, и это оценочное суждение, мы осознаем, что аксиологическое должно перевесить юридическое. Мы осознаем, что наш анализ будет уже не научным, юридическим, а просто моральным, этическим. Кельзеновское эпистемологическое требование в данном контексте – аксиологическая жертва из-за невозможности познания ценностей.

Более того, и именно на этой почве мы должны твердо стоять, напомним, что единственной целью юридической науки является описание ее объекта. Наука в кантианской концепции стремится к познанию, не меняя реальности того, что является ее объектом: норма в ее законности, норма в ее особом способе существования (ее правомерность). Знание, по сути, предполагает описание реальности того, что есть, с задействованными для этого научными инструментами. Любой другой подход, в том числе основанный на ценностях, – это шаг в сторону, позиция, которая больше не является для нас юридической. Наука права у Кельзена основана на радикальном различии между описанием и предписанием: «Надо описывать, в отличие от любого другого подхода: создание или изменение закона, спекуляции на нем, призывы подчиняться ему или нет…» [Brunet, F., 2019, p. 39].

Однако вероятность путаницы реальна, если не принять меры предосторожности. Действительно, правовая система состоит из норм, предписывающих путем навязывания модели поведения, содержащейся в высказывании, доступном только человеческому сознанию и разуму. И в этом право не является объектом природы, а представляет собой чисто психическое творение мыслящих существ – оно допускает, разрешает, запрещает… Однако существует вероятность путаницы в описании предписания.

Приведем пример. Норма позитивного права (постановление) гласит, что парковаться на пешеходном переходе запрещено. Эта норма является предписанием, утверждением, принятым в соответствии с правилами действия рассматриваемой правовой системы. Со своей стороны наука права описывает то, что есть, а значит, и предписывающее утверждение, т. е. упомянутый запрет, устанавливает, что запрещено парковаться на пешеходном переходе. Таким образом, поскольку используемые термины одинаковы, одно и то же высказывание «запрещено парковаться» может пониматься как формулировка запрета позитивного права (предписывающий дискурс) или как научное, объективированное описание этой нормы позитивного права (описательный дискурс нормативистской науки права).

И в этом кроется проблема для кельзеновского юриста. Вовсе не потому что позитивное право предписывает некое поведение, наука, за-

нимающаяся этим позитивным правом, может принять это требование на свой счет на том основании, что такое поведение является или было бы надлежащим, является или было бы желательным, или же предписывать или выступать за отмену или приостановление действия нормы на том основании, что она является несправедливой, беззаконной или аморальной… Очевидно, что юрист не должен присваивать себе правовую норму, чтобы оценивать ее в соответствии со своими предпочтениями и ценностями. Научное описание должно быть независимым и не должно соответствовать предписанию нормы – предмета указанной науки.

Четвертое суждение – соображения общего характера, которые хорошо известны. Читатель, следовательно, поймет, что здесь предполагается и утверждается позитивизм, при том что эта задача иногда бывает неблагодарной. Более того, мы утверждаем, что не может быть серьезной юридической науки, не может быть академического юриста вне рамок этого кельзеновского нормативизма. Любая другая позиция, любой предписывающий дискурс, сформулированный под другим знаменем, – это поза, обман, потому что это немыслимо по сути. Говоря точнее, поскольку право охватывает ценности, идеалы, работа «серьезного» юриста состоит в том, чтобы просто описать форму утверждения, его обоснованность и объем и воздержаться от морализаторства.

Права человека, основные права – эта религия атеистов новых времен – имеет своих последователей, защитников, прозелитов. Мы живем, как нам кажется, в эпоху постмодернистской инквизиции, потому что права человека стали тотализирующими, морализирующими. Сомнения в их обоснованности не допускаются. Любая мысль, противоречащая этой doxa, этой imperia dominatrix jus naturalis, является ошибкой, ведущей к немедленной социальной дисквалификации того, кто сомневается. Но каким образом? Через разоблачение, осуждение и общественное порицание, через социальные сети – эти векторы новой добродетели…

Однако в этом своеобразном дрейфе современной академической мысли, где якобы деконструкция терпеливо выстроенных вчера убеждений – это не что иное, как лень разума, отказывающегося от логики в пользу истинной, так называемой прогрессивной идеологии, мы разоблачим два трудно оспариваемых факта: пропагандистский сдвиг в общих академических учениях, касающихся прав человека; отказ от серьезной юридической науки по причине недостатка знаний или из-за редко признаваемого милитантизма. Идея, ценность, предвзятость, идеология взяли, таким образом, верх над легко доказуемой научностью юридической дисциплины.

Именно здесь кроется невероятный парадокс прав человека: изначально предназначенные защищать нас, они в некотором смысле стали устраняться от этой задачи. Как мы увидим, это особенно верно в отношении свободы выражения мнения. *Более того, поскольку права человека явля-*

ются вдохновителями самого грубого либерального индивидуализма, развитого общественного коммунитаризма, мы считаем, что им следует решительно противостоять во имя идеи, основанной на социальном прогрессе, коллективном (а не общем) интересе.

В своем последнем эссе Паскаль Брукнер дает нам ключ к пониманию этого изменяющегося мира. Наша республиканская Троица, стремящаяся быть общим идеалом, созидающим Нацию, – Свобода, Равенство, Братство – после десятилетий подчинения американскому порядку и его интеллектуальным отклонениям, которые французские левые в конечном итоге восприняли, чтобы теперь распространять в университетах в виде постоянной дискуссии, которая является антиподом нашего мировоззрения, эта республиканская троица, таким образом, может быть заменена тремя другими понятиями: Пол, Идентичность, Раса… [Bruckner, P., 2020, pp. 10–20]. Франция может стать мозаикой этих гендерных, расовых и идентифицированных сообществ, широко поддерживаемых и защищаемых в качестве жертв. На этой пагубной для нации почве процветает вся теория прав человека.

Однако будем более конкретны. Мы не выступаем против основных прав. Можно лишь сожалеть о том, что последние существуют вместе с наднациональной судебной системой, что является доказательством ужасающей неспособности государств сохранить и гарантировать права своих граждан – или нет… Но факт есть факт: европейская система прав человека действительно стала свидетельством краха нашей цивилизации в первой половине XX в.

При внимательном изучении прав, содержащихся в Конвенции 1950 г., можно безоговорочно признать, что запрет пыток, рабства, унижающих достоинство жестоких и бесчеловечных наказаний и обращений не вызывает сомнений; права, содержащиеся в Конвенции, основаны на общечеловеческих ценностях, в частности праве на справедливое судебное разбирательство, неприкосновенности частной жизни, свободе совести… Однако здесь обсуждаются не столько достоинства этих прав и свобод как таковых, сколько их толкование семнадцатью судьями в Страсбурге. Обоснованность этих прав и свобод, и мы с этим абсолютно согласны, не является спорной для французского духа, замешанного на своей революционной универсалистской истории, Декларации прав, своей европеизации и, что самое главное, своей христианской культуре, глубоко укоренившейся и выстроенной на почве именно тех ценностей, которые отражены в этих основных правах.

Секуляризация Франции, представляющая собой прежде всего борьбу за дехристианизацию и «демонархизацию» страны в начале XX в. (Закон 1905 г.), в какой-то степени не является успехом. Как уже было сказано, идеология прав человека основана на Священном писании разочарованного мира, но который, как и любой фанатик, религиозный или нет, считает критику, направленную на него, светским богохульством.

Ну что же, «побогохульствуем». В статье [Монжаль, П.-И., 2015] отмечалось, что, несомненно, есть что-то провокационное, если не сказать шокирующее, в желании усомниться в оспоримом или достойном критики характере основных прав (прав человека). Эта ситуация, когда сами европейцы, и в частности французы, рискуют вторгнуться в эту область, тем более изумляет по крайней мере по двум причинам:

– это ставит под сомнение все политические и правовые усилия, которые были предприняты теми же европейцами с 1950 г. (принятие Европейской конвенции) и которые позволили построить новый европейский конституционный порядок, основанный на защите основных прав и свобод человека;

– это означает вести себя как «избалованный и капризный ребенок», у которого есть все (Билль о правах 1789 г., Европейская конвенция, Хартия основных прав...) и который, будучи защищенным со всех сторон, позволяет себе дуться, критиковать эти права, в то время как многие другие страны не находятся даже на стадии их формулирования.

Однако критика, выражение сомнений относительно реальной значимости основных прав, их функции в правовых системах государств – участников Конвенции относятся к свободе выражения мнений, гарантированной ст. 10 Конвенции и судебной практикой Страсбургского Суда. Согласно Постановлению по делу «Фрессоз и Руар против Франции» от 21 января 1999 г. «свобода выражения мнения… относится не только к той “информации” или тем “идеям”, которые получены законным путем или считаются неоскорбительными или незначительными, но и тем, которые оскорбляют или вызывают возмущение. Таковыми являются требования терпимости, плюрализма и широты взглядов, без которых “демократическое общество” невозможно… Каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения. Это право включает свободу придерживаться своих убеждений и получать и распространять всякого рода информацию и идеи без вмешательства со стороны государственных властей и независимо от государственных границ»[2].

Конечно, с этической точки зрения можно утверждать, что такая свобода выражения мнения не должна использоваться для того, чтобы пересматривать те законы, которые ее нам предоставляют. Однако прийти к выводу, состоящему в воздержании от критики основных прав по причине допустимости гипотезы, согласно которой свобода выражения мнения не должна использоваться против той или того, кто вам ее предоставляет (Конвенция и судьи), сопряжено с неожиданным риском. Фактически это означает, что основные права по своим функциям и своей природе не являются оспоримыми, что они находятся за пределами самого поля

[2] Постановление Европейского Суда по правам человека от 21 января 1999 г. Дело «Фрессоз и Руар против Франции» (Affaire Fressoz et Roir c. France); Жалоба № 29183/95. URL: http://www.echr.ru/documents/doc/6032306/6032306.htm

критического обсуждения, потому что было бы объективно недопустимо оспаривать их.

Однако именно с помощью этих вызывающих чувство вины мер тоталитарные или, по меньшей мере, авторитарные порядки стремятся укрепить и оправдать то, что является, по их мнению, законным. Любопытный парадокс, тем более что критика системы, которая дает вам права и предоставляет вам юридические гарантии, сама по себе и априори не кажется спорной. Попутно следует отметить, что одной из основных норм административного судопроизводства и Европейского союза является то, что не причиняющие ущерба действия не подлежат оспариванию, т. е. недопустимо их судебное разбирательство.

Тем не менее легитимность такой сложной системы, как система прав человека, с демократической точки зрения может быть установлена и принята только ценой конфронтации, дебатов и, следовательно, противостояния точек зрения: проще говоря, ценой критики. Именно на основе этой предпосылки мы хотели бы продвигаться вперед, даже если это продвижение будет опасным. Действительно, возражения против прав человека, особенно во Франции, считаются политически некорректными, если не сказать скандальными, в дополнение к тому, что их отстаивают сторонники правых или левых «экстремистских» политических доктрин.

Значит, мы политически некорректны? Нет! Мы научно и интеллектуально любопытны. Чтобы исследование и мысль развивались свободно, они должны иметь возможность столь же свободно и без запретов оперировать понятиями объектов своих изысканий. Значит, мы экстремисты? Это было бы так, если бы мы принимали за истину то, что было изложено выше, и то, что последует далее.

Критика основных прав сама по себе не является недавним явлением. Это направление сформировалось одновременно с появлением в 1789 г. Декларации прав человека: Бентам, Бабеф, Бёрк, Маркс, Местр, Конт, Гегель и другие были его представителями. Сегодняшняя критика представлена недоброжелателями с очень расплывчатой интеллектуальной мотивацией. Мы намереваемся показать три возможных типа критического подхода: критику с позиций историзма, с позиций юридической науки и с позиций органицизма [Монжаль, П.-И., 2015].

В качестве заслуживающей доверия рабочей гипотезы следует отметить тот факт, что вопрос о правах человека осознается, существует и разыгрывается, как уже констатировалось, как все более обширная идеология. Действительно, становится очень трудно занимать критическую позицию по отношению к решениям, вынесенным Европейским Судом по правам человека, или к сторонникам тех или иных высказываний... Так, вопрос об однополых браках больше не является спорным, сомнительным, как и вопрос о вспомогательных репродуктивных технологиях (оплодотворение с медицинской помощью) для пар нестерильных женщин. Более того, граждан, озабоченных подобными вопросами, представ-

ляют реакционерами или, в лучшем случае, гомофобами: такова новая позиция Годвина, которая бросает тень стыда, социально дисквалифицирует и исключает…

Таково отношение и к суррогатному материнству, которое, по правильной юридической логике, должно быть в конечном итоге полностью принято Страсбургским Судом и нашими французскими судами во имя недискриминации и равенства прав. Впрочем, на этот счет могут быть серьезные возражения.

С одной стороны, мы можем задать вопрос, может ли мужская пара, помимо возможности усыновления ребенка, которую следует логически – и, следовательно, справедливо – признать, выступать объектом дебатов о перспективах культурных основ нашего европейского общества?

С другой стороны, за суррогатным материнством кроется фундаментальный вопрос о «праве на ребенка», а не о «правах ребенка». Однако как только мы конкретизируем этот вопрос – «право на ребенка для моего личного желания» или «право вылечить мою бездетность» (теория ребенка-лекарства), следует иметь в виду, что право, применимое к суррогатному материнству – это англосаксонский «товарный контракт»: ребенок является покупаемым продуктом (возможно, «дефектным», от которого родители могут затем отказаться в случае болезни, выявленной при рождении), за который получатели (будущие родители) выплачивают денежную сумму производителю (суррогатная мать). Таким образом, в рамках суррогатного материнства ребенок становится покупаемым и потребляемым продуктом (он проверяется, выбирается), подлежащим оплате в денежном выражении за арендное использование матки третьего лица (суррогатная мать, лишенная большинства своих основных прав предполагаемыми приемными родителями, которые, впрочем, могут быть «настоящими» родителями в биологическом смысле).

Наступление общества потребления, которое делает каждого из нас навязчивым потребителем, чей акт покупки представляет собой удовлетворение эгоистичного желания, разжигаемого рекламой, доводится здесь до кульминации: «Я хочу это, значит, я покупаю, а затем я выбрасываю…». Я имею… значит, я есть… Нищета желания есть не что иное, как отражение жалкого состояния homo economicus: затерянное существо на рынке товаров или услуг…

Подвергать сомнению посягательство на человеческое достоинство покупаемого ребенка, подвергать сомнению или обсуждать суррогатное материнство стало невозможным. Просто рассмотрение спорного (в смысле обсуждения) характера такой темы фактически противоречит этой новой, непреложной, истинной догматике: недискриминация, равенство, борьба с гомофобией и расизмом. Все имеет цену, все есть во всем, и вопрос о таких сложных предметах сам по себе и в принципе является, по мнению апостолов эгалитаризма новых времен, недопустимым посягательством на эти бесспорные заповеди.

Если посмотреть внимательно, новый феминизм [Motsch, P., 2019], стоящий у руля этой пропаганды суррогатного материнства, – редкая нелепость [Braunstein, J.-F., 2018]. В самом деле: белые женщины используют сейчас чернокожих женщин (индийских или африканских), чтобы выносить ребенка-вещь. Один из выдвигаемых аргументов в пользу этого – психологический: черная суррогатная мать не привяжется к белому ребенку во время родов. Отрицание как материнства, так и того, что можно назвать «материнским инстинктом»[3], представляет собой насилие над суррогатными матерями и чудовищное посягательство на достоинство человека. Но тогда остаются ли людьми эти женщины, «арендующие» чужие матки? В этом можно усомниться, если учесть, что они всего лишь «кошельки» поставщиков услуг. Тогда нет никакого материнского инстинкта, нет покушения на человеческое достоинство, следовательно, нет сомнений. Эти белые женщины, желающие ребенка, и даже эти мужчины, вполне законно испытывающие ту же потребность, в отсутствие, вне всякого сомнения, материнского инстинкта, который также должен быть чистой социальной конструкцией [Braunstein, J.-F., 2018], – осознают ли они, что отдают в залог свое собственное будущее?

Действительно, «расовые меньшинства», которыми являются эти черные американские женщины, идеологи вечной мести и самопровозглашенные вечные жертвы, питают решительную ненависть к белому человеку – патриарху, расисту и насильнику по своей природе [Coffin, A., 2020] и будут вскоре взращивать столь же неутолимую ненависть к этим белым женщинам, сообщницам своих колонизаторов-мужей, таким же расистам по сути и сверх того являющимся потребителями детей-вещей через порабощение и унижение подобных, т. е. черных женщин – извините, человеческих существ, которых нельзя свести к гендерному и расовому выражению[4]…

Ситуация, вероятно, изменится, когда чернокожая, бедная, гомосексуальная женщина, желающая удовлетворить свою потребность в ре-

---

[3] Выражение, в использовании которого нас упрекают Лиги феминистских добродетелей, часто ненавидящие собственную женственность. Как утверждают эти Лиги, не может быть инстинкта, как не может быть природы, ибо женщина и мужчина – социальные конструкции.

[4] Это называется инклюзивным написанием, при котором слова либо феминизируются, либо вообще не гендерируются. Таким образом, французский язык – это насилие в отношении женщин, поскольку мужской род, являющийся правилом, свидетельствует о патриархальном господстве в нашем обществе. Феминистская борьба носит не социальный, а лексический характер. Тоталитаризм всегда предполагает владение словом и, следовательно, мышлением. Этот знаменитый новояз, изобличенный Дж. Оруэллом в его романе «1984», является инструментом разрушения мысли. За одно простое слово, навязанное средствами массовой информации, стерто десять сложных и разных слов. Потеря смысла, нюансов в мышлении мира неизбежна.

бенке, получит от белой нью-йоркской, сияющей и гетеросексуальной женщины согласие на вынашивание ее ребенка из смеси гамет ее друзей, также гомосексуалистов, оплодотворивших яйцеклетку ее сестры, матери или ее спутницы… Таким образом, мы видим на этом противоположном примере известных и регулярных практик среди определенных белых американских «пар», что полемика очень быстро становится политической, дискуссионной, но приемлемой без оговорок, если мы нарядимся в эгалитаристские и антирасистские добродетели. Поскольку, по сути, различие, меньшинство – это качество, которое можно превозносить и поощрять, особенно если оно шокирует мнение большинства, о котором в этом случае говорят, что оно устаревшее, реакционное, патриархальное.

Тогда то, что мы здесь делаем, больше не будет правом, даже если юристы – специалисты по контрактам – будут выполнять свою работу в сотрудничестве с врачами и частными клиниками, которые все активнее работают в этой области. Рынок овеществленных детей стал экономически прибыльным и является гарантией реализации передовых медицинских исследований. В этом суть вопроса. Что же касается основных прав, провозглашенных в этих случаях высшими европейскими судебными инстанциями или которые направлены против всех форм дискриминации во имя абсолютного равенства между людьми, то они дадут карт-бланш этим авторам контрактов и врачам-экспериментаторам, чья этика, несомненно, измеряется их доходом.

Эти несколько иллюстраций, как мы полагаем, демонстрируют масштабы идеологического дискурса о правах человека. Однако, как и любая другая, эта идеология является тотализирующей, поскольку подготовка умов средствами массовой информации (некоторыми из них) и лигами защиты, активными в названных областях (суррогатное материнство, вспомогательная репродукция, ЛГБТК+…), проникла в интеллектуальную среду левых и французский академический мир, которые в течение последних пятнадцати лет копировали эту так называемую прогрессивную американскую модель 70-х и 90-х гг., которая противоречит нашей европейской культуре. Степень интеллектуального раболепия здесь на пике. Во Франции публично критиковать, обсуждать, задавать темы для обсуждения в академических кругах — слишком сильно феминизированных и недостаточно квалифицированных, а также в журналистских – с теми же характеристиками стало определенно невозможно. Самоцензура становится, таким образом, нормой для тех, кто не хочет противостоять этой американской doxa imperialis, произошедшей от народа, который, не зная цивилизации, перешел непосредственно от варварства к декадансу. Только сопротивление становится альтернативой этому подчинению, этому коллаборационизму. Но какой ценой? Ценой мгновенной социальной смерти после исключения из социума из-за обвинений в социальных сетях и вследствие судебных процессов за государственную измену в борь-

бе с дискриминацией и антирасизмом, если когда-либо эти подпольные борцы сопротивления вообще будут обнаружены.

Пятое, и последнее суждение вписывается в предыдущее и продолжает его в другом ракурсе: ущемление прав и свобод личности самими основными правами. Более того, мы увидим, что эта идеология прав человека всегда была на службе у сильных мира сего, у рынка, у экономики. Последние аморальны, и мы видим, что идеология прав человека, поскольку служит спекулятивным и экономическим интересам, является безнравственной или несправедливой, так как именно народные социальные классы будут наиболее подвержены этому влиянию так называемых прогрессивных идей, которые оказываются на службе у крупного капитала и определенного зажиточного социального класса, как правило, левого толка, редко сталкивающегося с трудностями.

Напомним, что доктрина осуществила классификацию прав человека во временно́м и материальном отношении. Таким образом, условно принято, что так называемые права человека первого поколения, известные также как «права-свободы», охватывают, в частности, свободу выражения мнения, собраний, ассоциаций… Эти права могут быть индивидуальными и/или коллективными (свобода собраний), процедурными, такими как право на презумпцию невиновности и безопасности, а также политическими, такими как право голосовать и быть избранным. Эти права и свободы предоставляют своим бенефициарам определенную автономию «быть» и возможность действовать без предварительного получения административного разрешения. В этом отличие либеральных режимов от авторитарных. Именно эти права признает Декларация прав человека и гражданина от 26 августа 1789 г., и именно они будут постоянно отражаться в национальных, европейских и международных правовых документах.

Права второго поколения – более новые. Их еще называют «права – долговые обязательства». Они способствуют укреплению человеческого достоинства, а также его интеграции в коллективные и социальные слои. Они возникли, в частности, в контексте эпохи после Второй мировой войны. В отличие от прав-свобод они имеют «цену», поскольку требуют вмешательства государства для их практической реализации. Таким образом, речь идет об экономических и социальных правах, таких как право на образование, право на здоровье, право на жилище, право на труд, право на членство в профсоюзах. Во Франции они закреплены в преамбуле Конституции от 27 октября 1946 г. Это утверждение новых прав совпало с созданием государства всеобщего благосостояния, т. е. более интервенционистского государства в экономическом и социальном плане. На европейском уровне эти права будут отражаться и систематизироваться в Европейской конвенции о правах человека 1950 г. и в Хартии Европейского союза благодаря вмешательству судей Страсбурга и Люксембурга.

Следует отметить, что понятие человеческого достоинства тесно связано с этой Конвенцией и представляет собой матрицу этих прав, провозглашенных в 1950 г. Наиболее ярким выражением защиты человеческого достоинства являются право на жизнь (необходимое условие существования и осуществления этих прав), запрещение смертной казни, пыток и унижающего достоинство, бесчеловечного обращения. Однако если это понятие достоинства легко соотносится с указанными запретами, то это соотношение становится труднее понять, когда предполагается, что оно должно оправдать борьбу с дискриминацией по признаку пола. Это касается также вопроса вспомогательной репродукции или суррогатного материнства.

В отличие от других иностранных конституций, таких как Основной закон Германии от 23 мая 1949 г. (ст. 1) или Конституция Испании от 27 декабря 1978 г. (ст. 10), человеческое достоинство прямо не закреплено в Конституции Франции от 4 октября 1958 г. или в текстах, упомянутых в ее преамбуле. Единственное упоминание термина «достоинство»[5] содержится в ст. 6 Декларации прав человека и гражданина 1789 г., объявляющей, что все граждане имеют право на получение государственных рангов, мест и должностей в соответствии с их способностями и без какого-либо другого различия, кроме добродетелей и талантов. «Достоинство» здесь означает «членство в гражданском или военном ордене» (постановление Конституционного совета № 2014-429 QPC от 21 ноября 2014 г.).

В постановлении от 27 июля 1994 г. (решения 94-343/344 DC от 27 июля 1994 г., 2004-498 DC от 29 июля 2004 г. и 2013-674 DC от 1 августа 2013 г.[6]), получившем название «Биоэтика», Конституционный совет Франции вывел конституционно значимый принцип защиты достоинства человеческой личности от любых форм порабощения и деградации из первого предложения преамбулы Конституции 1946 г., сформулированного следующим образом: «На другой день после победы, одержанной

---

[5] Слово «dignité» имеет во французском языке следующие значения: достоинство, благородство, сан, звание, ранг (*примеч. ред.*).

[6] В конституционной судебной практике принцип достоинства человеческой личности применялся, в частности, в следующих областях: биоэтика (решения № 94-343/344 DC от 27 июля 1994 г., № 2004-498 DC от 29 июля 2004 г. и № 2013-674 DC от 1 августа 2013 г.); добровольное прерывание беременности (решения № 2001-446 DC от 27 июня 2001 г. и № 2015-727 DC от 21 января 2016 г.); прекращение жизнеобеспечения (решение № 2017-632 QPC от 2 июня 2017 г.); госпитализация без согласия (решение № 2010-71 QPC от 26 ноября 2010 г.); уголовное право или уголовно-процессуальное право (см., в частности, решения № 2010-25 QPC от 16 сентября 2010 г. и № 2015-485 QPC от 25 сентября 2015 г.); лишение свободы (см., в частности, решения № 2010-14/22 QPC от 30 июля 2010 г., 2010-80 QPC от 17 декабря 2010 г. и № 2015-485 QPC от 25 сентября 2015 г.). На сегодняшний день нет никакой критики в отношении обоснования конституционного принципа защиты достоинства человеческой личности.

свободными народами над режимами, которые пытались поработить и унизить человеческую личность, французский народ вновь провозглашает, что всякое человеческое существо независимо от расы, религии и вероисповедания обладает неотъемлемыми и священными правами». Однако Государственный совет считает, что «уважение человеческого достоинства является одной из составляющих общественного порядка»[7].

Наконец, совсем недавно появилась новая категория основных прав – так называемые права третьего поколения. Их сложно классифицировать или систематизировать. Эти права касаются не только граждан каждого государства, но и предполагают европейское и международное сотрудничество в их защите: право на здоровую окружающую среду, право будущих поколений, право на гуманитарное вмешательство, право на устойчивое развитие. Еще не все они могут быть рассмотрены в судебном порядке, при том что наблюдаются, как мы увидим, некоторые интересные начала такой возможности.

На основе приведенных пяти теоретических суждений мы продолжим наши размышления. Наша аргументация заключается в том, что на основе конкретных последних примеров можно утверждать, что теория основных прав, являющаяся по своей природе тотализирующей идеологией, пропагандируемой средствами массовой информации, политиками и учеными, таит в себе неожиданные ограничения самих прав человека. Выражаясь точнее, так называемые права третьего поколения, вероятно, окончательно и, следовательно, необратимо повлияют на многие кропотливо создаваемые индивидуальные права и свободы.

Результаты

В весьма назидательной статье «Конец прав человека» профессор Ксавье Дюпре де Булуа [Duprè de Boulois, X., 2020] напоминает нам о юридическом развитии теории основных прав[8]. Это напоминание позволяет нам сослаться на два недавних решения, вынесенных Государственным советом Франции и Судом Европейского союза, которые мы прокомментируем.

Эволюция. Отправной точкой для нашего анализа является классический вывод о том, что права человека переживали золотой век в конце 1960-х гг. с окончанием коммунистической утопии и утверждением модели либеральной демократии. В социальной сфере раскрепощение морали освободило человека от социальных и семейных структур, которые определяли его место и роль в семье и в обществе. В экономической сфере неолиберальная революция позволила полностью реализовать экономические свободы. Наша правовая система сопровождала и претворяла в жизнь этот золотой век, поскольку права человека приобрели в нем

[7] CE, Ass., 27 octobre 1995 г., Commune Morsang-sur-Orge, № 136727.

[8] URL: http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-fin-des-droits-de-lhomme/

матричную роль. Ее можно осмыслить на формальном или материальном уровне.

Во-первых, утверждение прав человека во французской и особенно европейской правовой системе привело к тройному феномену, который в значительной степени способствовал изменению ее облика: фундаментализация права, субъективизация права и судебное закрепление права. Фундаментализация и субъективизация отвели судьям новую роль: они стали высшими арбитрами в конфликтах между личными правами и соображениями общественного интереса, в том числе посредством избранных представителей, заседающих в парламенте. Кроме того, им были предоставлены новые средства правовой защиты, в большей или меньшей степени направленные непосредственно на защиту основных прав. Наиболее известные из них – освобождение в порядке упрощенного судопроизводства административным судьей (ст. L. 521-2 Кодекса административного правосудия) и приоритетный вопрос конституционности (ст. 61-1 Конституции) – были введены, чтобы обеспечить контроль судьи за нарушениями основных прав, совершенными соответственно административными органами и парламентом.

Во-вторых, центральное место, которое права человека заняли в нашей правовой системе, можно определить прежде всего через эволюцию грани между законным и незаконным. Это наглядно иллюстрируют два примера: личное и семейное право[9] и трудовое право[10].

«Наступление» COVID – это следующий, весьма тревожный этап. Он стал проверкой в мировом масштабе способности государственных органов совершенно невероятным образом порабощать и ограничивать наши индивидуальные свободы с согласия самих людей, чьи умы были надлежащим образом подготовлены [Riocreux, I., 2016]. Фактически речь идет о бесхозяйственности наших государств, в частности Франции, в области государственных инвестиций в больницы и о бешеной промышленной

---

[9] Развитие личного и семейного права за последние сорок лет было поистине головокружительным. На это в значительной степени повлияло утверждение прав личности (как совершеннолетней, так и несовершеннолетней): декриминализация гомосексуализма, либерализация доступа к абортам, смягчение последствий отсутствия регистрации актов гражданского состояния для трансгендерных лиц, утверждение равенства и свободы в браке, разрешение брака для гомосексуальных пар и либерализация в будущем доступа к репродуктивным медицинским услугам.

[10] «Граждане в городе, рабочие на своем предприятии» – это заявление из отчета, подготовленного министром Жаном Ору (Jean Auroux) для нового президента Республики в сентябре 1981 г., является хорошей иллюстрацией амбициозности законов, принятых новым левым большинством, избранным в июне 1981 г. Еще находясь в зачаточном состоянии, утверждение прав трудящихся (будь то профессиональные права или общественные свободы) получило тогда решающий импульс. Даже если некоторые считают, что предстоит еще долгий путь, стоит задуматься о том, как далеко мы продвинулись.

гонке за спасительную вакцину – 5 млрд доз, предусмотренных в 2022 г., оплаченных самими социальными страхователями.

Что касается обвала мировой экономики, то эта остановка ее активности – просто находка, потому что экономический подъем произойдет через несколько семестров, но на полностью обновленной производственной и технологической базе. Гибель старого мира – это предвестник предполагаемого феерического будущего: дистанционная работа, роботизация, всеобщая зарплата, экономика услуг, главным победителем в котором есть и будет Большая пятерка (GAFAM) [Dupré de Boulois, X., 2020].

Кризис COVID-19 привел к беспрецедентным ограничениям в осуществлении основных свобод. Этот доселе невиданный аспект перемен можно охарактеризовать с двух позиций: масштаба принимаемых мер; смены парадигмы, на которой основана наша правовая система. Здесь кризис продемонстрировал особую роль, и прежде всего в сфере общественного здравоохранения.

Сначала о смене парадигмы. Ограничения на осуществление основных свобод, введенные с марта 2020 г. для борьбы с пандемией, были беспрецедентными по своим материальным масштабам – большинство свобод были ограничены с различной интенсивностью, и эти ограничительные меры были направлены на всех людей, находящихся на территории Франции. Если рассуждать с точки зрения теории режимов свобод, то Франция пережила разворот парадигмы. Премьер-министр и член Государственного совета Эдуард Филипп дал хорошее резюме этой последовательности во время выступления 28 мая 2020 г., объявив о переходе ко второй фазе раскрепощения французского населения: «Во время этой второй фазы свобода снова станет правилом, а запрет станет исключением».

Один известный правительственный комиссар однажды поразительно точно обобщил основы нашей системы свобод: «Чтобы разрешить на общих принципах любое противоречие публичного права, надо исходить из того положения, что свобода – это правило, а ограничение, полиция – исключение»[11]. Однако в течение периода введения ограничений и, возможно, даже в большей степени в период снятия ограничений и a fortiori во время введения новых осенних ограничений, начальная четырехнедельная продолжительность которого была чисто гипотетической, каждый должен был и должен будет ежедневно задавать себе вопрос: «Разрешено ли мне что-либо делать или не делать: выходить, передвигаться, встречаться, демонстрировать, работать и т. д.» [Dupré de Boulois, X., 2020].

Теперь – о материализации ограничений. Франция экспериментировала с так называемым режимом административной полиции: осуществление свобод требует предварительного условия – разрешения, выданного государственными властями. Самой карикатурной материализацией этого полицейского режима было, конечно же, проездное свидетельство, а

[11] Corneille, concl. sur CE, 10 août 1917, *Baldy*, Rec. p. 639.

также передача в полицейский суд дел о нарушении обязательств, определенных указами или приказами. Окончание ограничительных мер не устранило все проявления этого полицейского режима, речь идет хотя бы об обязательстве носить маски в помещениях и даже в установленных общественных местах. Запрет (передвигаться без маски) остается принципом, а свобода (не носить маску) – исключением, подлежащим разрешению властей. Снятие ограничений только усугубило это положение [Dupré de Boulois, X., 2020].

Искушением многих комментаторов, в частности специалистов по праву свобод, было вписать последовательность событий, связанных с COVID-19, в цепочку других событий, произошедших во Франции в период с 2015 по 2017 г. и связанных с чрезвычайным положением в государстве, обусловленным так называемыми «безопасностью» и «террористической угрозой». С юридической точки зрения они действительно имеют сходство: установление режима чрезвычайной ситуации; введение ограничительных мер, оправданных требованиями общественного порядка; продление их применения через юридический механизм, регулируемый правом обычных периодов (Закон об укреплении внутренней безопасности и борьбе с терроризмом от 30 октября 2017 г. и Закон от 9 июля 2020 г. об организации выхода из чрезвычайного санитарного положения). Однако необходимо смотреть шире, чтобы полностью понять значение этой последовательности. Это особенно заметно в связи с масштабами ограничений свободы, введенных в рамках чрезвычайного положения в области здравоохранения, а также в связи с тем, что эти меры касаются всего населения.

Речь уже не шла об ограничении свобод немногих в целях обеспечения защиты всех от террористической опасности. Речь шла об ограничении всех наших свобод, чтобы защитить всех нас. С этой точки зрения этот кризис скорее напоминает политику, проводимую в области общественного здравоохранения. Задача защиты здоровья населения традиционно была «оружием массовых ограничений». Требования, касающиеся общественного здравоохранения, всегда имели особое значение при их согласовании с осуществлением свобод. Они редко подчинялись другим соображениям судебной практики в области конституционного, европейского и административного права. Наиболее наглядным примером является обязательная вакцинация: для людей нет большего вмешательства, чем обязательство пройти вакцинацию. Однако посягательства на личную и физическую свободу традиционно считаются законными с точки зрения охраны общественного здоровья. Это подтверждает также отклонение Государственным советом апелляции на постановление, принятое для обеспечения исполнения Закона от 30 декабря 2019 г.[12], которым увеличено количество обязательных прививок с 3 до 11.

[12] Conseil d'Etat, 6 mai 2019, n° 419242.

В правовом плане кризис COVID-19 стал поводом для заключения свобод в скобки. На данном этапе было бы весьма заманчиво сделать вывод о том, что речь идет скорее о каком-то затмении, а не о конце прав человека. Но этот кризис дал также возможность услышать выступления, оправдывающие пересмотр места прав человека в нашей правовой системе. Эти выступления не новы, но они приобрели новую легитимность в связи с пандемией COVID-19. Все они во имя эффективности борьбы с этой пандемией так или иначе ставят под сомнение ту роль, которую права человека получили в нашем обществе [Dupré de Boulois, X., 2020].

От COVID-19 до глобального потепления всего один шаг. Как мы увидим, он уже пройден. Экологическое право – это полицейское право. Связь между экологическим правом и правами человека обычно рассматривается через призму основных экологических прав. Действительно, право на здоровую окружающую среду и право на участие в решении экологических вопросов получили как конституционное (французская Хартия окружающей среды), так и договорное (судебная практика Европейского Суда по правам человека) освящение. Однако поскольку охрана окружающей среды является источником ограничений и обязательств и тем самым создает экологический общественный порядок [Naim-Gisbert, E., 2014], совершенно очевидно, что соотношение между экологическим правом и правами человека не может привести к гармонии.

Сегодня, когда говорят об ограничениях прав человека во имя защиты окружающей среды, в основном речь идет о свободе предпринимательства и праве собственности. И это касается в первую очередь изменения климата, поскольку выбросы парниковых газов являются результатом в первую очередь экономической деятельности. Этот вывод не является тревожным, поскольку эти свободы часто считаются второстепенными и традиционно подвергаются множественным ограничениям во французском законодательстве. Некоторые даже сомневаются в их принадлежности к категории основных прав [Champeil-Desplats, V., 2007]. Необходимость борьбы с вызванным экономическими причинами потеплением оправдывает сейчас и, главное, может оправдать в будущем гораздо более существенные ограничения экономической деятельности: сокращение движения товаров, квоты или отказ от производства и т. д. Это может нарушить экономическую модель, на которой вот уже полсотни лет базировался мир.

Эта законная экономическая чрезмерность борьбы с глобальным потеплением объясняет тот факт, что экологические обязательства часто воспринимаются как обременительные, в первую очередь на предприятиях. С этой точки зрения список из 149 предложений по реагированию на чрезвычайную климатическую ситуацию, включенных в Гражданскую климатическую конвенцию, опубликованную 18 июня

2020 г.[13], вписывается в эту логику: подавляющее большинство предложений касаются регулирования экономической деятельности. Но как только эти предложения затрагивают непосредственно интересы отдельных лиц, они теряют свою императивность. Они приобретают тональность скорее побуждения, нежели требования.

Одна из немногих ограничительных мер, которая напрямую затрагивает людей, – снижение скорости на автомагистралях со 130 до 110 км/ч также вызвала протест. Это одно из трех предложений, которые Президент Республики отклонил с самого начала. В целом положения упомянутой Конвенции не вызвали большого энтузиазма у специалистов и защитников окружающей среды. Было отмечено, что эти предложения целиком вписываются в траекторию государственной политики, проводимой в последние годы. Таким образом, не может быть и речи о расколе во имя чрезвычайной климатической ситуации. Однако требования, связанные с борьбой с глобальным потеплением, могут в конечном итоге оправдать принятие мер, напрямую затрагивающих население. Таким образом, речь идет не только об экономических операторах, но и обо всех людях. Профессор Ксавье Дюпре де Булуа справедливо отмечает, что усиление ограничений экономической деятельности не может не отразиться на людях, поскольку все они, будучи потребителями, пользователями, работниками и т. д., в той или иной мере являются экономическими агентами [Dupré de Boulois, X., 2020]. Чтобы получить четкое представление о том, чего потребует эффективная борьба с глобальным потеплением, можно обратиться к различным исследованиям, которые были проведены в этой области.

В коллективном манифесте «Возвращение на землю» [Bourg, D., 2020] Доминик Бург упомянул отчет, подготовленный консалтинговой компанией *B&L évolutions* в феврале 2019 г.[14] В этом документе представлена траектория, которая должна ограничить глобальное потепление увеличением средней температуры на поверхности Земли на 1,5 °C по сравнению с доиндустриальным уровнем. В нем определены многие меры, необходимые в различных секторах. Большинство этих мер касаются экономических субъектов, но некоторые из них нацелены непосредственно на людей.

> *Перечислим одиннадцать мер: в 2025 г. введение теплового комендантского часа, отключение не декарбонированных обогревателей с 22.00 до 6.00 для достижения средней температуры в домах 17 °C; площадь, используемая одним человеком, должна быть уменьшена на 20% к 2030 г. с 40 м² на человека в настоящее время до 32 м² на человека; запрет с насто-*

[13] URL: https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/pdf/ccc-rapport-final.pdf

[14] URL: https://www.bl-evolution.com/publication/comment-saligner-sur-une-trajectoire-compatible-avec-les-15c/

ящего времени на продажу новых легких коммерческих автомобилей для специального использования; сокращение на 5% в год пробега легких коммерческих автомобилей для личного пользования; запрет на использование легких коммерческих автомобилей для личного пользования в городских районах: с 2025 г. любой человек, проживающий на расстоянии более 10 км от места работы и имеющий удаленную работу, должен работать дистанционно 2 дня в неделю; с 2020 г. потребление мяса должно сократиться на 10% в год – до 25 кг на человека к 2030 г. по сравнению с примерно 90 кг на сегодняшний день, потребление молочных продуктов следует той же тенденции; введение квот для ограничения потребления импортных продуктов, в частности кофе, шоколада, экзотических фруктов; запрет с 2020 г. на все необоснованные полеты за пределы Европы; к 2030 г. деление на три потребляемого здесь видеопотока; с 2022 г. ограничение на выпуск новой одежды до 1 кг в год на человека.

Проверка. Эти рассуждения, как представляется, отчасти умозрительные, можно проверить на примере двух недавних дел, рассмотренных французским административным судом (Государственный совет) и Судом Европейского союза. Решение последнего нам кажется наиболее иллюстративным. Однако сравнение этих двух решений необходимо, поскольку показывает, как экологический вопрос подрывает правовое государство, как судья становится рычагом для продвижения новых прав, наносящих ущерб индивидуальным свободам (решение Суда Европейского союза).

А. Решения судов. В решении от 19 декабря 2019 г., вынесенном на основании предварительного постановления Высшего административного суда земли Бавария, Суд ЕС на заседании Большой Палаты постановил: первый абзац ст. 47 Хартии основных прав Европейского союза должен толковаться, наряду с прочим, как означающий, что в обстоятельствах, характеризующихся постоянным отказом национального органа подчиниться решению суда, обязывающему его исполнить ясное, точное и безоговорочное обязательство, вытекающее из указанного Закона и, в частности, из Директивы 2008/50/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза от 21 мая 2008 г.[15] о качестве атмосферного воздуха и мерах его очистки в Европе, компетентный национальный суд обязан вынести решение об ограничении свободы лиц, осуществляющих государственную власть, если в соответствии с положениями внутреннего законодательства существует правовая основа для принятия такого решения – достаточно определенная, доступная и прогнозируемая для его применения, и при условии, что ограничение, наложенное в результате

[15] Directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2008, concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe (Директива 2008/50/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза от 21 мая 2008 г. о качестве атмосферного воздуха и мерах его очистки в Европе). Journal Officiel. 2008. L 152. P. 1.

такого решения на право на свободу, гарантированное ст. 6 Хартии основных прав, соответствует другим условиям, установленным в этой связи в ст. 52 (1) Хартии. И напротив, в отсутствие такой правовой основы во внутреннем законодательстве право Евросоюза не дает этому суду права прибегать к такой мере.

Во Франции же Государственный совет 10 июля 2020 г. после того, как в 2017 г. поручил правительству разработать и реализовать планы относительно качества воздуха, позволяющие снизить концентрацию диоксида азота и мелких частиц ниже предельных значений, установленных Европейской директивой от 21 мая 2008 г., транспонированной[16] в Кодекс охраны окружающей среды в 13 географических зонах, вынес решение о наложении штрафа в размере 10 млн евро за полугодие, чтобы заставить государство действовать в этом направлении. Это самый большой штраф, который когда-либо налагал административный суд для обеспечения исполнения его решения как результата реализации Директивы ЕС.

Б. Фактические и процедурные вопросы. В этих двух случаях речь идет о Директиве по качеству воздуха от 21 мая 2008 г. и о ее применении во Франции и Германии компетентными государственными органами. В обоих случаях именно действия ассоциаций лежат в основе вынесенных решений, и в обоих случаях соответствующие суды должны были вынести решение о правовых средствах, подлежащих применению, чтобы обязать указанные органы соблюдать Директиву 2008 г.

1. Что касается «немецкого дела»: по нему было принято четкое и исчерпывающее решение суда (57 пунктов).

> *Немецкая экологическая организация (Deutsche Umwelthilfe) заявила о несоблюдении руководством земли Бавария минимальных стандартов качества воздуха, предусмотренных Директивой 2008 г. и не отраженных в плане действий Земли. Тогда 9 октября 2012 г. Административный суд обязал землю Бавария включить в план действий необходимые меры для скорейшего обеспечения соблюдения предельного значения диоксида азота в Мюнхене. Это решение приобрело силу судебного постановления. 21 июня 2016 г. Административный суд принимает постановление о наложении на Баварию штрафа в размере 10 000 евро в случае неисполнения судебного предписания в течение одного года с момента его принятия. В рамках процедуры обжалования этого же постановления Высший административный суд Баварии постановлением от 27 февраля 2017 г. назначил земле Бавария штраф в размере от 2000 до 4000*

[16] Транспонирование директивы – это перенос правовых норм Директивы ЕС в национальное законодательство. В рамках Европейского союза транспонирование – это процесс, посредством которого государства-члены вводят в действие директиву, принимая соответствующие меры по ее осуществлению. Перенос обычно осуществляется либо первичным, либо вторичным законодательством (*примеч. ред.*).

евро, если она не примет необходимых мер для соблюдения предельных значений, установленных Директивой 2008/50, включая запрет на передвижение некоторых дизельных транспортных средств в различных городских районах. Это решение также имело силу судебного постановления.

Поскольку земля Бавария не выполнила полностью свои обязательства, вытекающие из постановления от 27 февраля 2017 г., Административный суд Мюнхена по просьбе Немецкой экологической организации вынес в адрес земли Бавария постановление от 26 октября 2017 г. об уплате штрафа в размере 4000 евро. Земля Бавария не стала его обжаловать и выплатила штраф в полном размере.

Земля Бавария не выполнила предписания. Более того, представители Земли, в том числе министр-президент, публично заявили о намерении не выполнять обязательства по введению запрета на передвижение транспортных средств. Постановлением от 28 января 2018 г. Административный суд Мюнхена, по требованию Немецкой экологической организации, подтвердил уплату Баварской землей штрафа в размере 4000 евро за неисполнение пункта постановляющей части решения от 27 февраля 2017 г. и постановил наложить дополнительный штраф на такую же сумму, если Бавария не выполнит в течение нового срока другой пункт резолютивной части этого решения. Вместе с тем этот же суд отклонил ходатайство о вынесении решения об ограничении свободы в отношении министра окружающей среды и защиты прав потребителей земли Бавария или, в отсутствие такового, министра-президента земли Бавария. 28 января 2018 г. земля Бавария обжаловала эти постановления в Административный суд Баварии, который отклонил эти апелляции постановлением от 14 августа 2018 г.

Самым деликатным юридическим вопросом в данном случае является вопрос об ограничении свободы как средстве принудительного исполнения *intuitu personitu*. Немецкое право, по-видимому, исключает такую возможность. А что же тогда с правом Европейского союза? В своем решении о передаче дела в Суд Евросоюза от 9 ноября 2018 г. Административный суд Баварии задает десять преюдициальных вопросов, полностью построенных вокруг следующего центрального вопроса:

«Следует ли толковать право Европейского союза как означающее, что немецкий суд уполномочен – а в соответствующих случаях даже обязан – принимать решение о лишении свободы лиц, осуществляющих государственную власть Земли <…>, с целью обеспечения надлежащего выполнения обязательства, возложенного на эту Землю, по совершенствованию плана по улучшению качества воздуха по смыслу ст. 23 Директивы [2008/50] и придания этому плану определенного минимального содержания, если этой Земле судебным постановлением было предписано усовершенствовать данный план <…> ?».

2. Решение французского Государственного совета укладывается в весьма схожий контекст, за исключением вопроса о лишении свободы.

12 июля 2017 г. в довольно резкой форме Высший суд отменил решения Президента Республики, премьер-министра и министров, отвечающих за окружающую среду и здравоохранение, отказавшихся принять какие-либо полезные меры и разработать планы в соответствии со ст. 23 Директивы 2008/50/ЕС[17], которые позволят снизить концентрации мелкодисперсных частиц и диоксида азота на всей территории страны ниже предельных значений, указанных в приложении XI к этой Директиве. Кроме того, и это интересный момент, Государственный совет предписал премьер-министру и министру, ответственному за охрану окружающей среды, принять все необходимые меры для разработки и реализации в каждой из зон, перечисленных в решении от 12 июля, плана мероприятий, позволяющих снизить концентрацию диоксида азота и мелкодисперсных частиц в воздухе ниже предельных значений, установленных ст. R. 221-1 Экологического кодекса – а значит, и Директивой, и в кратчайшие сроки передать его в Европейскую комиссию до 31 марта 2018 г. Большая группа ассоциаций по охране окружающей среды обратилась 2 октября 2018 г. в Государственный совет в связи с тем, что его решение от 12 июля 2017 г. не было выполнено по состоянию на 31 марта 2018 г., и просила вынести решение о наложении штрафа на государство в размере 100 000 евро за каждый день просрочки, если не подтвердится принятие мер, обеспечивающих исполнение этого решения, в течение одного месяца с момента уведомления о нем.

После тщательного изучения географических районов[18], в отношении которых государство не предприняло никаких (или предприняло слишком мало) мер, позволяющих сделать вывод о соблюдении положений Экологического кодекса, Государственный совет в высшем составе, вынося решение по административным искам, назначил государству штраф в размере 10 млн евро за квартал – самая большая из когда-либо присужденных сумм (54 000 евро в день), которая может быть увеличена, – до тех пор, пока оно не примет предписанные ему меры. Более того, Государственный совет впервые принял решение о том, что, если государство не примет необходимые меры в установленный срок, эта сумма может быть перечислена не только ассоциациям-заявителям, но и субъектам публичного права, имеющим достаточную автономию по отношению к государству и ответственным за качество воздуха, или частным некоммерческим организациям, занимающимся общественной деятельностью в этой области.

Такой смелостью можно только восхищаться, поскольку упомянутые здесь суды приложили реальные усилия, чтобы обеспечить применение

---

[17] Директива, транспонированная Декретом № 2010-1250 от 21 октября 2010 г. о внесении изменений в Экологический кодекс, в частности в ст. R 221-1.-I (Journal officiel République Française. 2010. No. 0247. 23 octobre).

[18] Правительство представило Государственному совету полные данные по: Валле-де-л'Арве, Греноблю, Лиону, Марселю-Экс, Реймсу, Страсбургу и Тулузе по диоксиду азота; Форту-де-Франс по мелкодисперсным частицам и Парижу по диоксиду азота и мелкодисперсным частицам.

в государствах европейских мер по охране окружающей среды. На карту поставлено, и это подчеркнул Суд в п. 38 своего решения, не что иное, как здоровье человека. Непринятие мер, требуемых Директивой, несомненно «подвергает людей риску»[19]. Однако мы не будем разделять этот энтузиазм. Прискорбно, что призванные к ответственности государственные власти – французское государство и земля Бавария в Германии – были настолько небрежны в эффективном применении Акта 2008 г.

Двенадцать лет бездействия с их стороны на фоне судебных разбирательств, и это лишь для того, чтобы напомнить государствам о том, что принятый ими законодательный акт – в данном случае Директива – должен применяться в соответствии с их обязательствами по международному договору. Приведенные здесь решения на самом деле драматичны и ставят под сомнение политическую и правовую волю государств – членов Евросоюза обеспечивать эффективную защиту европейских граждан. Они являются тревожным признаком опасной административной небрежности, против которой позиция судей мало чем может помочь. Таким образом, существует явная диспропорция между этой виновной халатностью со стороны государств и тем удовлетворением, которое можно испытать в связи с вынесенными судебными решениями. Точнее говоря, какими бы смелыми ни были эти решения, они свидетельствуют о невыполнении европейских обязательств членами Союза.

Однако при более внимательном рассмотрении, возможно, наиболее новаторский и даже неожиданный аспект этих дел можно найти в решениях судов Германии и постановлении Суда Евросоюза в отношении ограничения свободы. Для сравнения: 10 млн евро, подлежащих выплате государством (французским) в соответствии с решением Суда, – всего лишь простая бухгалтерская операция, несопоставимая с действительным ущербом.

Прежде чем мы перейдем к этой теме, рассмотрим сначала вопрос о невыполнении обязательств, что в полной мере «констатировалось» Государственным советом и немецким судом. Ясно, что ничто не мешает Комиссии возбудить иск в соответствии со ст. 258 Договора о функционировании Европейского союза по своей собственной инициативе или на основании жалобы, поданной заинтересованными природоохранными ассоциациями. Таким образом, мы можем ожидать второй фазы европейских судебных исков по Директиве 2008 г. с вовлечением в разбирательство тех же властей. Кроме того, ничто не мешает ассоциациям-заявителям – независимо от того, имеется или нет соответствующее постановление Суда, – привлечь к ответственности государство или землю, как на это указывает Суд в п. 54 своего решения.

---

[19] 25 juillet 2008, Janecek, C-237/07, EU:C:2008:447.

Вернемся на минутку к Франции. Напомним: во время скандального дела Беналлы[20] президент Французской Республики Эммануэль Макрон сделал скандальное заявление, которое запомнится надолго: «Если они ищут ответственного за это – скажите им, что он перед ними. Пускай те, кому это так надо, придут ко мне». Возникло политическое возмущение, изменились правовые позиции. В самом деле: можем ли мы «прийти к президенту Французской Республики», чтобы он смог объяснить это неясное дело перед парламентской комиссией по расследованиям? Президентский иммунитет и принцип разделения властей, по-видимому, препятствуют этому, хотя запланированная поправка к ст. 18 Конституции предусматривает такую возможность.

Однако мнения конституционалистов разделились. Так, по словам профессора Доминика Руссо, «президент может быть заслушан комиссией по расследованиям, поскольку ни одна статья Конституции не запрещает эту возможность. Статья 67 запрещает вызов президента судом или административным органом, но не парламентом». Эта позиция кажется нам в высшей степени сомнительной. Статья 16 Декларации прав человека и гражданина 1789 г., которая гарантирует разделение властей, а также ст. 17 и 67 Конституции делают такое слушание невозможным. Кроме того, не ссылаясь на конституционные положения в этой связи, нам кажется невозможным представить, что главу государства могут «вызвать», не подвергая глубокому сомнению природу нашего политического режима в том виде, в каком он обоснован – в достаточно простой форме – законом и практикой. Его институциональный вес и демократическая легитимность исключают любую форму подчинения парламентскому органу, даже если это комиссия по расследованию.

И если мы теперь перенесем дискуссию в область ограничения свободы, как это трактовалось немецким и европейским судами, мы сможем возразить главе государства после его заявления следующим образом: «Что ж, мы идем, господин Президент!» В самом деле, в решении, вынесенном Судом, поставлен на карту вопрос об индивидуальной ответственности политических субъектов, которые не принимают меры, предписанные законодательством Евросоюза, и в частности меры, которые могут быть реализованы для обеспечения действенности и эффективности норм экологического права. Ограничение свободы – это один из многих методов, предоставляемых нам судьей Кирхберга по требованию немецкого суда. И здесь именно следование закону, несомненно прагматическое, преобладает над политическим цинизмом. Нельзя не оценить!

Можно ли во Франции представить себе использование такого «физического» метода, чтобы заставить действовать наших политиков? Если это так, то решение Государственного совета будет казаться нам весьма осторожным и менее действенным, нежели вправе были ожидать фран-

[20] URL: https://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_Benalla

цузские граждане от своих государственных органов в отношении жизненно важной защиты своего здоровья.

Во французском праве понятие «физическое принуждение» было заменено понятием «судебное принуждение», которое не смешивается с понятием «уголовное принуждение» или «судебный контроль». Понятие «судебное принуждение», сфера применения которого более ограничена, чем «физическое принуждение», определено в Законе Пербена II от 9 марта 2004 г.[21] (названном по имени министра юстиции, инициировавшего эту поправку):

«В случае умышленного неисполнения одного или нескольких приговоров к уплате штрафа, вынесенных по уголовным или исправительным делам за преступление, наказуемое тюремным заключением, в том числе за умышленное неисполнение приговоров к уплате налоговых или таможенных штрафов, судья по исполнению наказаний может вынести постановление в порядке, предусмотренном настоящим разделом, о судебном принуждении к тюремному заключению, срок которого устанавливается этим судьей в пределах максимально установленного законом в зависимости от размера штрафа или их совокупной суммы».

Максимальный срок тюремного заключения за неуплату штрафа варьируется в зависимости от его размера: 20 дней – для штрафа в размере от 2000 до 4000 евро; 1 месяц – для штрафа в размере от 4000 до 8000 евро; 2 месяца – для штрафа в размере от 8000 до 15 000 евро и 3 месяца – для штрафа в размере более 15 000 евро. Но, насколько мы можем судить, за исключением случаев, когда речь идет об уголовной ответственности главы государства и министров, очевидно, что французский административный судья не может, в отличие от своего немецкого коллеги, выносить решение о таком судебное принуждении. Таким образом, и позже мы более подробно остановимся на этом вопросе, наказание, наложенное Государственным советом, является единственным имеющимся в его распоряжении средством окончательного давления.

В решении Суда, которое должно быть прочитано и осмыслено в совокупности с решениями, принятыми административными судами Баварии, вопрос о физическом принуждении был проанализирован с точки зрения права Евросоюза lato sensu. Интересно отметить, что немецкие судьи, пребывающие «в отчаянии» от недопустимого бездействия властей Земли в отношении применения Директивы 2008 г., умело объяснили Суду, что блокировать применение такого физического принуждения будет конституционное право Германии, но не право, вытекающее из международных договоров. 5 мая 2020 г. настроение резко изменилось в связи с решением суда Карлсруэ по программе закупок государственных

[21] Статья 749 Уголовно-процессуального кодекса Франции в редакции Закона от 9 марта 2004 г.

ценных бумаг на рынках ЕЦБ[22]... На этот раз принуждение блокировал Основной закон 1949 г. ...

Но вернемся к нашей теме. Если какое-либо государство-участник не выполнило требования п. 1 абз. 2 ст. 13 Директивы 2008/50, не требуя отсрочки исполнения в соответствии с условиями, предусмотренными в ст. 22 этой Директивы, «компетентный национальный суд в случае обращения в него должен принять в отношении национального государственного органа любые необходимые меры, такие как предписание, с тем чтобы этот орган разработал план в соответствии с данной Директивой на условиях, предусмотренных в ней»[23]. В связи с отказом земли Бавария выполнить указанное постановление, вынесенное в судебном порядке, иск Немецкой экологической организации предусматривает принудительное исполнение этого постановления путем принятия решения о лишении свободы министра по делам окружающей среды и защиты потребителей земли Бавария или, в отсутствие такового, министра-президента этой Земли.

С правовой точки зрения на данном этапе уместно, как это сделал Суд в п. 29 и 33, высказать два замечания.

С одной стороны, и это является предметом одного из преюдициальных вопросов Высшего административного суда Баварии, следует ли толковать право Евросоюза, в частности ст. 47 Хартии[24], в том смысле, что при обстоятельствах, характеризующихся упорным отказом национального государственного органа подчиниться решению суда, предписывающего ему исполнить четкое, точное и безусловное обязательство из Директивы 2008/50, «оно уполномочивает или даже обязывает» компетентный национальный суд вынести решение о лишении свободы в отношении лиц, осуществляющих государственную власть?

С другой стороны, как и следовало ожидать, в отсутствие унификации национальных систем принудительного исполнения решений, частью которых, несомненно, является лишение свободы, порядок их осуществления может быть только частью внутреннего законодательства

---

[22] Наш комментарий в «Revue du droit de l'Union Européenne». См. также: [Martucci, F., 2020].

[23] CJUE, 19 novembre 2014, ClientEarth, C404/13, EU:C:2014:2382.

[24] «Каждое лицо, чьи субъективные права и свободы, гарантированные правом Союза, были нарушены, управомочено на эффективное обжалование в суд при соблюдении условий, предусмотренных в настоящей статье. Каждое лицо имеет право на справедливое, публичное рассмотрение его дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, который предварительно учрежден законом. Каждое лицо может пользоваться услугами адвоката, защищать себя и иметь представителя. Тем, кто не располагает достаточными средствами, предоставляется юрисдикционная помощь в той мере, в которой данная помощь необходима для обеспечения эффективного доступа к правосудию».

государств-членов в соответствии с принципом процессуальной автономии[25]. Этот порядок, как известно, должен соответствовать совокупным требованиям принципа эквивалентности – быть не менее благоприятным, чем тот, который регулирует аналогичные ситуации в соответствии с внутренним законодательством, и принципа эффективности – т. е. не создавать невозможных или чрезмерно трудных условий для осуществления прав, предоставляемых законодательством Евросоюза[26].

Исходя из этих соображений, Суд продолжил свою аргументацию и напомнил принимающему дело суду о юридических обязательствах, возлагаемых на государственные органы, ответственные за выполнение законодательства Союза, и особенно – о средствах, имеющихся в распоряжении национальных судов, чтобы обязать эти органы их выполнить. Так, в п. 34 решения Суд заявил: «Государства-члены, применяя право Союза, обязаны обеспечить соблюдение права на эффективное средство правовой защиты, закрепленное в ст. 47, являющейся подтверждением принципа эффективной судебной защиты»[27]. Что касается средств правовой защиты, направленных на соблюдение норм права окружающей среды, в частности, по инициативе природоохранных ассоциаций, как это было в данном случае, «это право на эффективное средство правовой защиты также закреплено в п. 4 ст. 9 Орхусской конвенции, которая связывает Союз в соответствии с решением Совета от 17 февраля 2005 г.»[28].

Мы знаем, что Суд ЕС максимально расширил принцип эффективной судебной защиты, о чем свидетельствует данное решение. Даже складывается впечатление, что Суд ужесточает уровень требований в отношении жизненно важного вопроса, связанного с сохранением качества воздуха и медлительностью немецких властей в обеспечении выполнения Директивы 2008 г., которая, как мы понимаем, имеет прямое действие. Так, в п. 35 и 36 решения Суд напоминает, что «национальное законодательство, которое приводит к ситуации, в которой решение суда остается невыполненным, поскольку у последнего отсутствуют средства для обеспечения его исполнения, игнорирует основное содержание права на эффективные средства правовой защиты, закрепленного в статье 47 Хартии»[29].

---

25 CJCE, 16 décembre 1976, Rewe-Zentralfinanz, aff. 33-76, ECLI:EU:C:1976:188 et Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen, aff. 45-76, ECLI:EU:C:1976:191. URL: https://curia.europa.eu/fr/content/juris/c1_juris.htm

26 CJUE, 26 juin 2019, Kuhar, C407/18, EU:C:2019:537. URL: https://curia.europa.eu/fr/content/juris/c1_juris.htm

27 CJUE, 29 juillet 2019, Torubarov, C556/17, EU:C:2019:626. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0556

28 Décision du Conseil 2005/370/EC du 17 février 2005 (JOUE. 2005. L 124. P. 1).

29 CJUE, 29 juillet 2019, Torubarov, C556/17, EU:C:2019:626. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0556

Суд завершает эту часть аргументации дополнением: «Указанное право было бы иллюзорным, если бы правовой порядок государства-члена позволял окончательному и обязательному судебному решению оставаться неисполненным в ущерб одной из сторон»[30].

Для подтверждения этой аргументации обратимся к практике Европейского Суда по правам человека. По мнению Люксембургского Суда, прецедентное право Европейского Суда по правам человека в отношении ст. 6-1 Европейской конвенции по правам человека должно определять его толкование ст. 47 Хартии[31]. Таким образом, «тот факт, что государственные органы не подчиняются окончательному и подлежащему исполнению судебному решению, лишает это положение какого-либо полезного эффекта в силу известного решения по делу Хорнсби 1997 г. Европейского Суда по правам человека».

В целях обеспечения эффективности своей аргументации, в частности, для ее применения в правовой системе Германии (и государств-членов), а также чтобы предоставить принявшему дело судье все необходимые средства, которые позволили бы ему наилучшим образом удовлетворить заявителей, Суд в п. 39–42 вернулся к сути судебной функции, заключающейся в толковании внутреннего права в контексте законодательства Евросоюза. Так, в п. 39 Суд отметил, что именно национальный судья «…в целях обеспечения эффективной судебной защиты в областях, охватываемых экологическим правом Евросоюза», должен дать своему национальному законодательству «…толкование, которое, насколько это возможно, соответствовало бы как целям статьи 9, параграфов 3 и 4 Орхусской конвенции, так и целям эффективной судебной защиты прав, предоставленных законодательством Евросоюза»[32]. С этой целью – и это точное методическое указание – судья в нашем деле должен, «…принимая во внимание все нормы внутреннего права и применяя признанные этим правом методы толкования, проверить, может ли он дать такое толкование этого права, которое позволило бы ему применить эффективные принудительные меры для обеспечения исполнения государственными органами вступившего в силу судебного решения, например, в виде значительных сумм периодических штрафов, уплата которых в конечном счете не идет в бюджет, из которого они поступают».

С учетом этого, и именно здесь речь идет о лишении свободы, Административный суд Баварии считает, что он не сможет обеспечить соблюдение принципа эффективности права Евросоюза и права на эффективное

---

[30] CJUE, 30 juin 2016, Toma et Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci, C205/15, EU:C:2016:499. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0205

[31] Ibid.

[32] CJUE, 8 mars 2011, Lesoochranárske zoskupenie, C240/09, EU:C:2011:125.

средство правовой защиты, «…если только право Союза не наделит его полномочиями или даже не обяжет его исключить доводы конституционного характера, препятствующие, согласно этому праву, применению наказания в виде лишения свободы в отношении лиц, занимающих должности представителей государственной власти».

Действительно, юридическая аргументация – и, возможно, даже политическая, – приведенная немецким судом, которая, в конечном счете, была подтверждена Судом ЕС в отношении вопроса о сфере действия механизма финансовых санкций, привела к тому, что этот же Суд предпринял попытку подняться на уровень выше в шкале ограничений, позволяющих реализовать уже не фактическое применение права Евросоюза как таковое, поскольку это уже имеет место, а его «эффективное» применение. Таким образом, лишение свободы является конечным механизмом, зависящим от действия внутреннего законодательства в отсутствие согласованности по данному вопросу, однако твердо признанным и закрепленным в рамках Европейского союза.

Рассуждая далее, мы задаем вопрос: мог ли Государственный совет Франции разыграть эту карту «эффективности», даже если наше законодательство не предусматривает такого механизма физического принуждения. Следует отметить, что конституционное право Германии, по-видимому, не допускает в данном конкретном случае решения, следствием которого явилось бы лишение свободы. Тем не менее Суд напоминает о европейских обязательствах, которые налагаются на национальных судей, и тем самым предоставляет им в определенных рамках средства для устранения возможных конституционных препятствий. Во Франции, где конституционные барьеры, по-видимому, не препятствуют физическому принуждению – по крайней мере, в отношении министров или субъектов органов местного самоуправления, – «решение по-немецки», позволяющее эффективно применять экологическое право, может иметь место при определенных условиях. С другой стороны, при наличии конституционных барьеров в отношении личности Президента Республики ситуация представляется неразрешимой.

Возвращаясь к доводам Административного суда Баварии, мы видим, что они основаны, во-первых, на установленных национальным законодательством предельных суммах финансовых штрафов, что попутно заставляет задуматься о размерах этих штрафов во Франции и их соответствии законодательству Евросоюза, и, во-вторых, на юридических условиях применения физического принуждения, которые Суд разъяснил указанным судам.

По первому пункту – финансовым штрафам – интересно отметить, что национальный суд характеризует эти штрафы как исключительные, но позволяющие тем самым обосновать необходимость применения физического принуждения. Действительно, Административный суд Баварии в седьмом пункте уточняет, что «наложение и урегулирование штрафов

не имеют каких-либо заметных принудительных последствий, поскольку выплата штрафов не влечет за собой имущественных потерь для Земли, на которую налагается ответственность по решению суда». По мнению немецкого судьи, этот штраф «является лишь предметом бухгалтерского перевода из одной статьи бюджета Земли в другую суммы, размер которой обусловлен этим штрафом».

Встают вопросы о внутригосударственных предельных суммах этого вида штрафа и его «некарательном» значении. Этот момент, как представляется, применим к делу, по которому было принято решение Государственного совета. Именно по причине отсутствия возможности «наказания» государства назначенный Государственным советом штраф в размере 10 млн евро был перенаправлен в пользу ассоциаций-заявителей. Таким образом, можно понять, почему Административный суд Баварии для преодоления ограниченных – неэффективных – последствий наказания активно занят вопросом физического принуждения. В то же время, чтобы исполнить наказание этого вида, следует преодолеть два препятствия: первое – конституционное; второе – европейское. Конституционное препятствие заключается в следующем. По сути, наказание в виде лишения свободы кажется допустимым в определенной комбинации. В соответствии с первым предложением п. 1 ст. 104 Основного закона «свобода лица может быть ограничена только на основании действующего закона и в соответствии с установленными в нем формами». Пункт 1 ст. 167 Кодекса административной юстиции (далее – КАЮ) гласит, что, «если иное не предусмотрено в этом законе, исполнение регулируется mutatis mutandis восьмой книгой Гражданского процессуального кодекса» (далее – ГПК). В то же время ст. 172 КАЮ содержит противоположное положение, которое в соответствии с вводной формулировкой ст. 167-1 первого предложения этого Кодекса в принципе исключает применение положений о принудительном исполнении, содержащихся в восьмой книге ГПК.

Однако Федеральный конституционный суд уже указал в постановлении от 13 октября 1970 г., что административные суды обязаны, в случае необходимости, учитывать тот факт, что они не связаны ограничениями, вытекающими из ст. 172 КАЮ. Вместе с тем он добавил, что действия законодателя при принятии положения, служащего правовой основой для лишения свободы, должны учитывать цель, для достижения которой это положение отныне применяется. Однако, как считает Административный суд Баварии, с учетом генезиса применимой здесь ст. 888 ГПК[33] по-

[33] Параграфы 1 и 2 ст. 888 ГПК гласят: «1. В тех случаях, когда действие не может быть совершено третьей стороной и зависит исключительно от воли должника, суд, рассматривающий дело в первой инстанции, по требованию приходит к выводу о том, что необходимо обязать должника совершить это действие путем принудительного взыскания, а в случае невозможности взыскания – пу-

ставленное таким образом требование не выполняется в отношении тех, кто выполняет функции, определяемые как «действия государственной власти». Ясно, что законодательная база, опирающаяся на конституционное основание, и постановление Федерального конституционного суда будут препятствовать введению наказания в виде лишения свободы.

Суд ЕС по запросу Административного суда представил свой анализ, напомнив о трех важных с юридической точки зрения моментах: неабсолютная сфера действия права на эффективное средство правовой защиты; необходимость найти баланс между противоречащими основными правами, содержащимися в Хартии; передача дела в национальный суд для принятия решения, необходимого в данном случае.

Так, в п. 42 Суд напомнил, что за неимением возможности толковать национальное законодательство в соответствии с требованиями законодательства ЕС национальный суд, рассматривающий дело в рамках своей юрисдикции, будучи органом государства-члена, обязан не применять любое национальное положение, противоречащее положению права Союза, имеющему прямое действие в рассматриваемом споре[34]. Однако Суд также добавил, что эта судебная практика «…не может быть понята в том смысле, что принцип эффективности права ЕС и уважение права на эффективную судебную защиту, гарантированное ст. 47-1 Хартии, обязывают национальный суд оставить неприменимым положение национального закона или единственное его толкование, которое, по его мнению, соответствует национальной Конституции, если при этом он нарушает другое основное право, гарантированное законодательством ЕС». То есть, как указано в ст. 52-1 Хартии, право на эффективное средство правовой защиты перестает иметь абсолютную или нейтрализующую сферу действия, как только другие права, содержащиеся в Хартии, «сталкиваются» с ним.

Таким образом, баланс основных прав будет здесь ограничением, по меньшей мере – серьезным средством регулирования полномочий принимающего дело судьи.

В пунктах 46–49 Суд развил свою аргументацию. Что касается требований, которым должна соответствовать правовая основа ограничения права, а именно физического принуждения, нарушающего право на свободу, гарантированное ст. 6 Хартии, Суд уже отмечал, что закон, уполномочивающий судью лишать человека свободы, должен, чтобы соответствовать требованиям ст. 52-1 Хартии, быть достаточно доступным,

---

тем физического принуждения. Сумма каждого штрафа не может превышать 25 000 евро. Положения раздела 2, касающиеся лишения свободы, применяются mutatis mutandis к физическому ограничению свободы. 2. Средства принуждения предписываются без предварительного обязывающего предупреждения».

[34] CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49 et CJUE, 24 juin 2019, Popławski, aff. C573/17, EU:C:2019:530.

точным и предсказуемым в своем применении, чтобы избежать любой опасности произвола[35]. Эти условия применяются к любому виду лишения свободы, в том числе в тех случаях, когда оно является следствием необходимости обеспечить исполнение приговора, вынесенного судебным решением, причем независимо от возможности для заинтересованного лица избежать лишения свободы путем исполнения судебного предписания, содержащегося в этом же или предыдущем решении.

Если по-прежнему возникают сомнения в отношении того, будут ли соблюдены условия, позволяющие вынести решение о лишении свободы, предусмотренное германским законодательством в отношении лиц, осуществляющих государственную власть, Суд уточнил: «Только принимающий дело суд должен оценить, является ли применение соответствующих национальных положений с точки зрения их формулировки и существа достаточно доступным, точным и предсказуемым и тем самым позволяет ли оно избежать опасности произвола». Если это не так, национальный судья не может вынести решение о лишении свободы «исключительно на основе принципа эффективности, а также права на эффективную судебную защиту».

Таким образом, вывод, к которому пришел Суд ЕС, следует также из изложенного правового обоснования. Последнее, кроме того, оценивается в соответствии с требованиями, вытекающими из принципа пропорциональности. Для Люксембургского Суда важно помнить, что, «когда речь идет о нескольких основных правах, оценка соблюдения принципа соразмерности должна проводиться с соблюдением необходимого согласования требований, касающихся защиты различных прав, и обеспечения справедливого баланса между ними»[36]. Однако, основываясь на выводах Генерального адвоката, Суд заявил, что, «поскольку решение о физическом принуждении влечет за собой лишение свободы, оно может быть применено только в тех случаях, когда не существует менее строгих мер для достижения поставленной цели».

Это позволило Суду прийти к выводу о том, что «принимающий дело на пересмотр суд должен проверить, есть ли возможность толкования национального законодательства, регулирующего принудительное исполнение, в соответствии с правом на эффективную судебную защиту в том смысле, что оно позволит этому суду принять меры, не нарушающие право на свободу». И только если рассматривающий дело суд решит, что в контексте принципа баланса основных прав ограничение права на свободу в результате решения о физическом принуждении соответствует условиям,

---

[35] Cour EDH, 21 octobre 2013, Del Río Prada c. Espagne (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009) et CJUE, 15 mars 2017, Al Chodor, aff. C528/15, EU:C:2017:213.

[36] CJUE, 22 janvier 2013, Sky Österreich, C283/11, EU:C:2013:28.

установленным в этой связи в ст. 52-1 Хартии, право Союза не только позволит, но и потребует применения такой меры.

Обсуждение и заключение

Права человека / основные права – это идеология. Ее цель, как и у всякой идеологии, является тотализирующей. Как только мы уходим из области права (нормативистский подход), чтобы использовать право в целях продвижения ценностей (аксиологический подход), сторонники прав человека / основных прав окончательно отказываются от серьезной юридической науки, чтобы превратиться в прозелитов.

Эта идеология пытается объявить себя прогрессивной. Она пропагандирует самый ужасающий экономический и потребительский индивидуализм, импортируемый из идей левых течений США: индивид против коллектива, общественно значимое против общества, особенное против общего, «странное» меньшинство – жертва против «нормального» большинства, изначально виновного.

Французская наука, сильно феминизированная и недостаточно профессиональная, отравлена американским идеологическим ядом [Bruckner, P., 2020]. Социальные науки, правоведение представлены батальоном преподавателей-исследователей, которые окончательно отказались рассматривать свою дисциплину как науку и пользуются преимуществами своей большой аудитории для пропаганды – с благими намерениями или нет, а не ради самой науки.

Свободы носят условный характер. Так, борьба с изменением климата предполагает исключение или, по крайней мере, ограничение тех механизмов, которые будут иметь пагубные последствия в области энергетики. Совокупность свобод стала в какой-то степени условной. За счет стандартизации методов их реализация и свобода будет зависеть от набора постоянных и универсальных ограничений [Dupré de Boulois, X., 2020].

Права-обязанности. Помимо факта признания существования нового арбитража, нового баланса между осуществлением свобод, с одной стороны, и потребностями, связанными с коллективным интересом (например, борьба с глобальным потеплением), – с другой стороны, на самом деле речь идет о новой концепции основных свобод. Она была хорошо продемонстрирована Конституционным Судом Колумбии в связи с экологическим спором в отношении Амазонки. В своем решении этот Суд сослался на появление новой парадигмы, которая предполагает переосмысление права в целом и прав человека в частности: «Последние больше не могут пониматься как индивидуальные/либеральные права, основным назначением которых является свобода действий гражданина. Пришло время правовой необходимости, которая строится вокруг «прав-обязанностей».

Позитивная свобода. Размышляя об этой новой концепции свобод, философ Доминик Бург сослался на различие между негативной и позитивной свободой, на которое указывал Исайя Берлин: «Существует, таким об-

разом, фронтальное противоречие между, с одной стороны, либеральным ви́дением, приводящим к негативной свободе и, следовательно, к индивидуальному произволу, выбору стилей жизни и их субстратов с точки зрения потока материи и энергии, и, с другой стороны, тенденцией перехода от выбора стилей жизни к позитивной свободе, а именно – их коллективной и демократической детерминации в экологическом обществе» [Bourg, D., 2019, p. 1]. В интересах своей концепции Доминик Бург сохраняет осторожность в отношении конкретных результатов этой новой теории свободы – «ограничение произвола индивидуальной власти». Однако совершенно очевидно, что такое «коллективное определение» прав означает ограничения на осуществление основных свобод в интересах сохранения планеты. При условии, что негативную и позитивную свободу можно проанализировать как два типа идеала, современный период уже давно отстаивает негативную концепцию свободы, другими словами, свободу, не подвергнутую ограничениям. Требования борьбы с глобальным потеплением будут означать обращение каждого человека в сторону позитивной концепции свободы, т. е. свободы, осуществление которой непосредственно подчинено какой-либо цели [Dupré de Boulois, X., 2020].

Список использованной литературы

Монжаль П.-И. Могут ли быть оспорены европейские основные права? // Российское правосудие. 2015. № 5. С. 39–49.

Bourg D. Retour sur Terre. Paris : PUF, 2020. 96 p. ISBN 978-2-13-082653-8.

Bourg D. L'écologie est-elle autoritaire, voire fasciste? Ou bien résolument démocratique? // La Pensée écologique. 2019. Vol. 2, nº 4. URL: https://lapenseeecologique.com/lecologie-est-elle-autoritaire-voire-fasciste-ou-bien-resolument-democratique-dominique-bourg/

Braunstein J.-F. La philosophie devenue folle: le genre, l'animal, la mort. Paris : Grasset, 2018. 400 p. ISBN-10: 2246811937; ISBN-13: 978-2246811930.

Bruckner P. Un coupable presque parfait ou la construction du bouc émissaire blanc. Paris : Grasset, 2020. 352 p. ISBN-10: 2246826438; ISBN-13: 978-2246826439.

Brunet F. La pensée juridique de Hans Kelsen. Paris : Mare et Martin, 2019. 160 p. ISBN-10: 2849344400; ISBN-13: 978-2849344408.

Butler J. Trouble dans le genre, le féminisme et la subversion de l'identité. Paris : Édition La Découverte, 2006. 281 p. ISBN-10: 2707150185; ISBN-13: 978-2707150189.

Champeil-Desplats V. La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux // Revue de droit du travail. 2007. Nº 1. P. 19–25.

Coffin A. Le Génie lesbien. Paris : Éditions Grasset, 2020. 240 p. ISBN-10: 2246821770; ISBN-13: 978-2246821779.

Dupré de Boulois X. La fin des droits de l'homme. 2020. URL : http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-fin-des-droits-de-lhomme/

Herrera C.-M. La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction. Québec : Presses universitaires de Laval. 2004. 114 p. ISBN 2-7637-8111-X.

Kelsen H. Théorie pure du droit. Paris : L.G.D.J., 1962 (version française). 376 p.

Lafaille F. Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) // Revue juridique de l'environnement. 2018. Nº 3. P. 549–563.

MacKinnon C.-A. Le féminisme irréductible. Paris : Éditions des femmes-Antoinette Fouque, 2005. 576 p. ISBN 978-2-7210-0486-4.

Martucci F. La BCE et la Cour constitutionnelle allemande: comprendre l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande // Le Club des Juristes. 2020. Mai 11. URL: https://www.leclubdesjuristes

Moliner-Dubost C. Droit de l'environnement. Paris : Dalloz – Cours, 2019. 502 p.

Monjal P.-Y. (sous la dir.) La concurrence des juges en Europe. Le dialogue des juges en question(s). Paris : Editions Clément Juglar, 2016. 524 p. ISBN 978-2-908735-28-4.

Motsch P. L'insoutenable légèreté du genre: les trois féminismes paradigmatiques entre quête d'émancipation et poids de la fatalité. 2019. URL: ddoc-appuirecherche-irenee@univ-lorraine.fr

Naim-Gisbert E. Droit général de l'environnement. 2e éd. Paris : Lexisnexis, 2014. 269 p. ISBN 978-2-7110-1921-2.

Riocreux I. La langue des médias: destruction du langage et fabrication du consentement. Paris : L'Artilleur, 2016. 281 p. ISBN-10: 281000696; ISBN-13: 978-2810006960.

Wachsmann P. Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19 // La semaine juridique. 2020. Nº 20–21. P. 948–951.

References

Bourg, D., 2020. *Retour sur Terre*. Paris: PUF. ISBN 978-2-13-082653-8.

Bourg, D., 2019. L'écologie est-elle autoritaire, voire fasciste? Ou bien résolument démocratique? *La Pensée écologique*, 2(4). Available at: <https://lapenseeecologique.com/lecologie-est-elle-autoritaire-voire-fasciste-ou-bien-resolument-democratique-dominique-bourg/>.

Braunstein, J.-F., 2018. *La philosophie devenue folle: le genre, l'animal, la mort*. Paris: Grasset. ISBN-10: 2246811937; ISBN-13: 978-2246811930.

Bruckner, P., 2020. *Un coupable presque parfait ou la construction du bouc émissaire blanc*. Paris: Grasset. ISBN-10: 2246826438; ISBN-13: 978-2246826439.

Brunet, F., 2019. *La pensée juridique de Hans Kelsen*. Paris: Mare et Martin. ISBN-10: 2849344400; ISBN-13: 978-2849344408.

Butler, J., 2006. *Trouble dans le genre, le féminisme et la subversion de l'identité*. Paris: Édition La Découverte. ISBN-10: 2707150185; ISBN-13: 978-2707150189.

Champeil-Desplats, V., 2007. La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux. *Revue de droit du travail*, 1, pp. 19–25.

Coffin, A., 2020. *Le Génie lesbien*. Paris: Éditions Grasset. ISBN-10: 2246821770; ISBN-13: 978-2246821779.

Dupré de Boulois, X., 2020. *La fin des droits de l'homme*. Available at: <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-fin-des-droits-de-lhomme/>.

Herrera, C.-M., 2004. *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*. Québec: Presses universitaires de Laval. ISBN 2-7637-8111-X.

Kelsen, H., 1962. *Théorie pure du droit*. Paris: L.G.D.J.

Lafaille, F., 2018. Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018). *Revue juridique de l'environnement*, 3, pp. 549–563.

MacKinnon, C.-A., 2005. *Le féminisme irréductible*. Paris: Éditions des femmes – Antoinette Fouque. ISBN 978-2-7210-0486-4.

Martucci F., 2020. La BCE et la Cour constitutionnelle allemande: comprendre l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande. *Le Club des Juristes*. Mai 11. Available at: <https://www.leclubdesjuristes>.

Moliner-Dubost, C., 2019. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz – Cours. ISBN 978-2-247-18719-5.

Monjal, P.-Y., 2015. Can European Fundamental Rights be Contested? *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 5, pp. 39–49. (In Russ.)

Monjal, P.-Y., ed, 2016. *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue des juges en question(s)*. Paris: Editions Clément Juglar. ISBN 978-2-908735-28-4.

Motsch P., 2019. *L'insoutenable légèreté du genre: les trois féminismes paradigmatiques entre quête d'émancipation et poids de la fatalité*. Available at: <ddoc-appuirecherche-irenee@univ-lorraine.fr>.

Naim-Gisbert, E., 2014. *Droit général de l'environnement*. 2e éd. Paris: Lexisnexis. ISBN 978-2-7110-1921-2.

Riocreux, I., 2016. *La langue des médias: destruction du langage et fabrication du consentement*. Paris: L'Artilleur. ISBN-10: 281000696; ISBN-13: 978-2810006960.

Wachsmann, P., 2020. Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19. *La semaine juridique*, 20–21, pp. 948–951.

Информация об авторе / Information about the author

Монжаль Пьер-Ив, профессор публичного права Университета г. Тур (Франция), Европейская кафедра имени Жан-Моне, Директор программы NihonEuropA, содиректор Института юридических междисциплинарных исследований г. Тур, содиректор Журнала права Европейского союза, экс-советник юридической службы Министерства экономики, экс-советник латышских и немецких судей в Суде Европейского союза.

Pierre-Yves Monjal, Professor of Public Law at the University of Tours (France), Jean-Monnet European Chair, NihonEuropA Programme Director, Co-director of the Institute for Interdisciplinary Legal Studies (city of Tours), Co-director of the Journal of European Union Law, Former Legal Adviser, Ministry of Economic Affairs, Former Adviser to Latvian and German Judges at the Court of Justice of the European Union.

E-mail: pymonjal@mac.com

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.
The author declares no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 02.11.2020; дата одобрения после рецензирования: 19.05.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 20.05.2021.
Submitted: 02.11.2020; reviewed: 02.02.2021; revised: 12.05.2021.

УДК 342.24
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.62-79

Федерализм. Истоки и пути его развития в истории США и Бразилии

П. Р. Б. Рамос[a], П. Н. М. Виана[b]

Федеральный университет в Мараньау, Сан-Луис, Мараньау, Бразилия

[a] paulorbr@uol.com.br, [b] pedro.moreira.viana@hotmail.com

Аннотация

Введение. Проанализированы исторические аспекты формирования основ федерализма как конституционного принципа, а также причины его зарождения и развития в Соединенных Штатах Америки и Бразилии.

Теоретические основы. *Методы*. Проведено изучение права, законодательства, доктрины, касающихся американского и бразильского федерализма. Исследование бразильских и иностранных научных работ осуществлено на основе междисциплинарного сравнительного исследования с позиций юридической теории.

Результаты исследования. Проведено сравнение американской и бразильской моделей федерализма с анализом некоторых определений концепта федерации, а также его специфики в Бразилии в современный период. Авторы ставят целью осветить процесс развития федерализма в Бразилии, затронув отраженные в Конституции 1988 г. аспекты бразильского федерализма.

Обсуждение и заключение. Анализ Конституции Бразилии показал такие особенности, как множественность образующих федерацию субъектов государства. Бразильский федерализм характеризуется также принципом невмешательства, что означает, что Союз не может вмешиваться в дела штатов-членов, а штаты в свою очередь не могут вмешиваться в дела муниципиев.

Ключевые слова: государственная власть, политический федерализм, субъекты федерации, американский федерализм, бразильский федерализм, разделение функций

Благодарности. Статья написана специально для журнала «Правосудие/Justice». Редакция журнала выражает благодарность Георгию Владимировичу Дранишникову за профессиональный перевод с португальского языка.

Для цитирования: Рамос П. Р. Б., Виана П. Н. М. Федерализм. Истоки и пути его развития в истории США и Бразилии // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 2. С. 62–79. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.62-79.

© Рамос П. Р. Б., Виана П. Н. М., 2021

Federalism. The Origins and Ways of its Development in the History of the USA and Brazil

Paulo R. B. Ramos[a], Pedro N. M. Viana[b]

Universidade Federal do Maranhão, São Luís – MA, Brasil
For correspondence: [a] paulorbr@uol.com.br,
[b] pedro.moreira.viana@hotmail.com

Abstract
Introduction. This article analyses the historical aspects of the formation of the foundations of federalism as a constitutional principle, as well as its origins and development in the United States of America and Brazil.
Theoretical Basis. Methods. The study of law, legislation, and doctrine related to American and Brazilian federalism was undertaken. The study of Brazilian and foreign scientific works was carried out on the basis of an interdisciplinary comparative study from the standpoint of legal theory.
Results. The result is the comparison of the American and Brazilian models of federalism with the analysis of some definitions of the concept of federation, as well as its specificity in Brazil in the modern period. The authors of this study intended to highlight the development of federalism in Brazil, touching upon the aspects of Brazilian federalism as reflected in the 1988 Constitution.
Discussion and Conclusion. The analysis of the Brazilian Constitution shows such features as the plurality of the constituent entities of the state forming a federation. Brazilian federalism is also characterised by the principle of non-interference, which means that the Union cannot interfere in the affairs of the member states, and the states, in turn, cannot interfere in the affairs of the municipalities.

Keywords: state power, political federalism, federal subjects, American federalism, Brazilian federalism, division of functions

Acknowledgements. The article written specifically for the journal “Pravosudie/Justice”. The editors of journal thank Georgy V. Dranishnikov for the professional translation of this article.

For citation: Ramos, P. R. B. and Viana, P. N. M., 2021. Federalism. The origins and ways of its development in the history of the USA and Brazil. *Pravosudie/Justice*, 3(2), pp. 62–79. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.62-79.

Введение

Федерализм традиционно определяется как механизм разделения государственной власти между несколькими субъектами на определенной территории.

Зародившись в Соединенных Штатах Америки и будучи установленным в Бразилии положениями первой Конституции страны в 1889 г., федерализм считается в настоящее время основополагающим принципом. Вместе с тем федерализм следует понимать и как процесс в силу его постоянной эволюции. Целью настоящей работы является, таким образом, исследование конституционализма на разных исторических этапах, при этом основное внимание уделено американскому и бразильскому опыту федерализма.

Стремление к обеспечению баланса государственных институтов, начиная с истоков политической организации Соединенных Штатов, неизбежно вело к установлению контроля над властью посредством установления уровней государственной власти с разделением законодатель-

ных, управленческих и судебных функций. Этот принцип контроля над государственной властью позволил установить гармоничное разделение функций, выполняемых каждой из ветвей власти таким образом, что такую модель организации можно охарактеризовать как продуманную систему полномочий, разделенных между разными сферами принятия политических решений.

В США, где впервые в мире федерализм получил воплощение, был создан невиданный ранее институциональный механизм, позволивший одновременно преодолеть недостатки конфедеративной модели организации и внедрить такую систему, в которой политическая власть оставалась разделенной и рационально ограниченной установлением полномочий местных и федерального центров управления. В такой системе признается одновременное существование двух ветвей политической власти на одной территории, при этом каждая из них наделена полномочиями в своей сфере, и обе они подчиняются нормам, установленным в одном тексте – в Конституции государства.

Высшая форма развития федерализма была институционально закреплена в американской Конституции 1787 г. В положениях этого акта «отцы-основатели» обосновали властные полномочия государства в целом, разграничили его полномочия и возлагаемые обязанности так, что концентрация политической власти существенно ограничивалась, но при этом не устанавливалось никакой иерархии властных полномочий, отправляемых центральным субъектом и входящими в федерацию штатами.

Хотя американцы и не были первыми, кто реализовал троичную структуру функций государства, в Конституции США были закреплены особенности федеративного устройства, выражающие сильные тенденции к контролю за политической властью, среди которых выделяются сосуществование и параллельное действие правовых систем на двух уровнях: федеральной юстиции и юстиции штатов; наделение соответствующими полномочиями; административная и финансовая самоорганизация; законодательная власть и управленческие полномочия. Эти и прочие нормативные, структурные и исторические особенности американского опыта способствовали тому, что по всей планете были посеяны семена федерализма как способа политической организации, делающего возможной национальную интеграцию больших разнородных социальных групп. При этом такие страны, как Бразилия, получили стимул к внедрению макроструктуры, основанной на таких принципах.

Именно в этом контексте в настоящем исследовании анализируются исторические аспекты формирования основ федерализма как основополагающего принципа сложносоставного государства, а также рассматриваются его зарождение и развитие в Соединенных Штатах Америки.

В настоящей работе проводятся параллели между американским и бразильским федерализмом, анализируются некоторые определения концепта федерации, а также ее особенности в условиях Бразилии.

Авторы настоящего исследования ставят также цель рассмотреть развитие федерализма в Бразилии, осветить аспекты бразильского федерализма в положениях Конституции государства 1988 г. Задачей настоящего исследования является способствовать пониманию политического устройства нашей страны в современных условиях, с анализом его истоков и последующего развития.

Для этого в настоящей работе упор сделан преимущественно на библиографические исследования, относящиеся к сфере права и законодательства американского и бразильского федерализма, а также анализ бразильской и иностранных доктрин методом сравнительного междисциплинарного исследования с позиций юридической теории.

Конституционализм и федерализм как принципы политической организации государства

Обозревая историю последних веков, можно констатировать, что конституционализм является практическим результатом деятельности политических движений, развивающих центральную идею рационального ограничения власти правителей и предусматривающих при этом права и гарантии, закрепленные в законах и декларациях.

Можно констатировать, что в русле этих движений находятся различные философские, политические и общественные течения, возникшие в Англии XVII в., со времени принятия Билля о правах. К концу XVIII в. эти течения активизировались в основном во время Великой французской революции (1789–1799) и в результате принятия первой Конституции Соединенных Штатов Америки.

Самыми яркими идеологами этих течений являлись в то время такие всемирно известные мыслители, как Джон Локк, Монтескье и Руссо – вдохновители либерального мышления, способствовавшего падению абсолютистских режимов. Они обосновали доктрину, согласно которой люди обладают достаточной степенью самоопределения для того, чтобы посредством общественного договора добровольно отказаться от некоторых прав и свобод с целью учреждения правительства, облекаемого властью уже не силой, а добровольным выбором людей.

В качестве иллюстрации Хорхе Миранда точно подмечает изменение парадигмы, которым обусловлен анализируемый здесь феномен: «Вместо традиции – общественный договор; вместо всевластия суверена – национальный суверенитет и закон как выражение всеобщей воли; вместо власти одного индивидуума – власть многих; вместо подданных – граждане; и наделение закрепленными в законах правами всех людей уже в силу того, что они являются людьми» [Miranda, J., 2008, p. 96].

Однако в чем именно, в конечном счете, состоял конституционализм и в какой мере его существование является важным для современных демократий? В своем теоретическом аспекте конституционализм есть многогранный концепт в той мере, в какой он может быть осознан и про-

анализирован более чем под одним углом зрения – например, при рассмотрении его как в культурной и исторической перспективе, так и в нормативно-догматическом плане.

В этом контексте Петер Хеберле считает конституционализм «исторически обусловленным культурным процессом, посредством которого можно свести реальную государственную власть к рационально согласованным правилам и ритуалам» [Häberle, P., 2006].

В свою очередь Селсу Рибейру Бастос признает конституционализм «социальным феноменом, имеющим, по сути, правовой характер» [Bastos, C. R., 2010].

Такие авторы, как Эрик Кауфман и Хорст Эмке, полагают, что конституционализм был движением, направленным против монархического абсолютизма с целью ограничения государственной власти, начиная с того, что монарх должен поделиться суверенной властью с парламентом; при этом главной целью являлась организация жизненно важного процесса обретения свободы.

При том что это явление рассматривается в нескольких направлениях из приведенных точек зрения можно вывести общие особенности зарождения конституционалистского движения. Несмотря на определение разных конечных перспектив феномена конституционного устройства, имеет место относительное единство мнений по поводу определяющих его причин.

По словам Хорхе Миранды, «…несмотря на то что [конституционализм] определяется в рациональных и даже желательно в универсальных терминах, в своем историческом воплощении он не может отделяться от определенной социально-экономической и социально-политической ситуации» [Miranda, J., 2008, p. 98]. Отмечаемый Мирандой исторический аспект конституционалистского движения понимается авторами настоящего исследования как основополагающий элемент широкого социокультурного процесса распространения идей, выражающих стремление к запуску процесса «рационального приручения власти» как антропологической предпосылки защиты человеческого достоинства.

В этом отношении конституционализм, выражаемый в стремлении легализовать контроль над государственной властью как реализацию базового консенсуса, являет незаурядные качества устойчивости, обусловленные практическим результатом учета существующих социальных и исторических переменных конкретным способом в каждой человеческой организации. Учитывать влияние таких переменных на динамику действия закрепленных в конституции институциональных механизмов важно для понимания того, какое будущее ожидает конституционализм в современном мире.

При том что понятие конституционализма принято толковать в широком смысле, он должен, по определению Петера Хеберле, отвечать по меньшей мере шести конкретным условиям, обеспечивающим в боль-

шей или меньшей степени его существование и эффективность. По мнению этого автора, подлинно конституционному государству необходимо: 1) обеспечить демократию, построенную на принципах плюрализма, т. е. материально обеспечить фундаментальное право на свободу и на разнообразие идей и способы их выражения; 2) установить фундаментальные права; 3) разделить властные полномочия правительства по различным функциям и видам деятельности; 4) обеспечить административную деятельность, организованную в минимальной степени, с разделением полномочий и процессуальными ритуалами правоприменения; 5) провозгласить верховенство закона («rule of law»); 6) обеспечить действенную юридическую защиту, установив независимость судов, с гарантией конституционной юстиции, способной беспрепятственно толковать положения конституции и действующие правовые нормы [Häberle, P., 2006].

Необходимо отметить, что эти условия носят характер общих ориентиров. К тому же в самых разнообразных формах политической организации проявляется ряд исторических, культурных и социально-политических различий. Канотильу полагает в этом отношении, что существует не один-единственный, но «множество конституционалистских процессов, со свойственными им особенностями и вызовами» [Canotilho, J. J. G., 2003, p. 157].

Имея такие исторические корни, конституционализм как концепция обладает сегодня универсальным характером, и в силу этого можно говорить о множественности вариантов реализации «конституционного государства».

Именно по этой причине, будучи историческим цивилизационным явлением, конституционализм – это еще и человеческий проект, находящийся в постоянном процессе развития, движимый новыми реалиями и потребностями. В этом историческом и эволюционном контексте федерализм можно рассматривать как способ политической организации государства. Вот и поиск иституционального баланса с самых истоков политической организации Соединенных Штатов неизбежно привел к созданию модели контроля над властью с установлением уровней государственной власти при разделении законодательной, исполнительной и судебной функций.

Таким образом, концепция контроля над государственной властью предполагает установление гармоничного разделения функций, которые должны исполняться каждой из властей, и в этом аспекте можно рассматривать эту модель организации как выстроенную с запасом систему полномочий, разделенных между различными центрами принятия политических решений. В первом в мире федеративном устройстве США был установлен невиданный ранее институциональный механизм, позволявший одновременно преодолеть недостатки конфедеративной модели организации и внедрить такую систему, в которой политическая власть была бы распределена и разумно ограничена установлением полномочий местных

и федерального центров принятия решений. В такой системе признается одновременное существование двух центров политической власти на одной территории, каждый из которых отвечает за свой круг вопросов, а их полномочия установлены положениями единого нормативного документа – конституции.

В наше время федеративная система организации, будучи историческим продуктом поступательного движения и отступлений на пути цивилизационного развития, стоит перед новыми важными вызовами своему существованию в нынешнем виде. Это вызвано тем, что если раньше мощная движущая сила конституционализма была направлена на ограничение государственной власти и разделение властных полномочий – эти условия обеспечения устойчивости признаны желательными в ряде стран мира, – то сегодня проблемы представляются гораздо более сложными, и вот почему.

Хорхе Миранда отмечает: «По мере того как государство расширяется до максимальных пределов, развивается структуризация международного сообщества, когда образуются группы государств с особыми функциями, приобретающими относительную автономию <…>. Появляется защита прав человека на международном уровне как выражение тенденции к гуманизации и неприятия давления со стороны политических режимов различных идеологических направлений, а также крепнущего во всем мире осознания человеческого достоинства. Верно то, что в начале XXI в. политическая и конституционная панорама снова характеризуется серьезными трансформациями и нестабильностью. Почти все тоталитарные или авторитарные режимы пришли в необратимый упадок, и можно утверждать, что представительная демократия будет преобладать. Вместе с тем отмечается немало противоречий и неопределенностей <…>. Так что мы не подошли к концу истории – до этого еще очень далеко; мы подошли лишь к концу некоей эпохи или к некоему переходному моменту, когда, несмотря ни на что, могут реализовываться различные возможности» [Miranda, J., 2008, p. 35].

Таким образом, очевидно, что переживаемый человечеством интенсивный процесс глобализации повышает сложность человеческой организации. Это во все большей степени требует понимания того, как большие конституционные системы позволяют решать столь сложные юридические проблемы.

Эти новые вызовы, стоящие перед федерализмом сегодня, в особенности в том, что касается понимания и разграничения содержания прав, позволяют создавать альтернативы традиционным властным структурам. Конечно, создание таких альтернатив является ключевым фактором баланса для контроля над властью и для сохранения собственно федерализма как способа организации, и следует понимать, что неизбежным условием обеспечения прав в демократиях является существование метода управления, способного примирить множество

антагонистических интересов в рамках определенной политической организации, будь то местные, национальные или даже наднациональные интересы.

Для нахождения решения этих разноплановых проблем требуется, прежде всего, осознать ряд исторических аспектов построения основ федерализма как конституционного принципа для рассматриваемого государства, а также причины его происхождения и развития.

Явление федерализма в мире, его истоки и пути развития в США и Бразилии

Будучи порожденной потребностями политической организации, федеративная система в значительной степени изменила формы организации государств. Появившись как политический идеал, взращенная на американской почве федеративная система стала первым в современном мире воплощением такого типа организации, хотя еще в античной истории можно наблюдать проявления этого феномена – в тот период в форме конфедерации.

В то время как такие интеллектуалы и политики, как Александр Гамильтон, Джеймс Мэдисон и Джон Джей [Hamilton, A., Madison, J. and Jay, J., 2003], активно отстаивающие в самых разных кругах американского общества идею единой и сильной нации, с правительством, способным обеспечить надежную защиту и торговый потенциал, который бы привлекал внимание всего мира, продвигали идею федерализма, с этой идеей упорно боролись представители противоположного течения – антифедералисты.

Для антифедералистов установление менее сложной модели организации, в которой гражданам обеспечивалась бы возможность прямого решения вопросов, было бы более адекватным выбором. При этом они придавали слишком большое значение коммунальному характеру небольших административных единиц.

Дискуссии по вопросу лучшей модели построения государства длились долгие годы, что нашло отражение в общественных конвенциях и информационных материалах. Наконец, в публикациях, например газеты «Дэйли Адвертайзер», оформилась позиция, обсуждавшаяся затем на Ассамблее Филадельфии, согласно которой конечной целью должно являться введение федерального устройства. По словам Паулу Роберту Барбозы Рамоса, «…из этих споров федерализм вышел победителем, и Соединенные Штаты Америки формировались в соответствии с почти пророческим предвидением трех упомянутых авторов в отношении развития страны и возможности стать величайшей нацией мира» [Ramos, P. R. B., 2011, p. 19].

Одним из основных аспектов теории федеративной системы, используемой в качестве движущей идеологии с целью убедить американские колонии отказаться от суверенитета (как внутреннего, так и внешнего), была

замена суверенитета на нечто вроде автономии, причем федеративная модель обеспечивала бы приобретения в военной и экономической сферах.

Когда в качестве нормы устройства федеративного государства принимается автономия вместо суверенитета, в конституции приходится прописывать рамки деятельности каждого субъекта, реализуемой в сложной системе разделения полномочий. При этом, анализируя технические аспекты федерализма, можно прийти к заключению, что эта система представляет собой нечто гораздо большее, чем простое разделение сфер деятельности и территории. В этом контексте демократия является важным элементом, который нужно выделить особо.

По этому вопросу Паулу Роберту Барбоза Рамос разъясняет: «...демократия выступает в роли возлюбленной избранницы легитимного федеративного государства, то есть такого, которое отвечает минимально необходимым требованиям сбалансированного разделения власти, поскольку именно демократия стимулирует сознательное участие граждан в государственных делах, способствуя постоянному укреплению прямых связей между политическими субъектами, ведь в конечном счете именно необходимость прямого воздействия решений центральной власти на граждан входящих в федерацию штатов позволила пересмотреть принцип конфедерации и выстроить федеративное государство...» [Ramos, P. R. B., 2011, с. 25].

Эти характеристики Рамос дополняет понятием так называемого «испытания на качество». В рамках такого подхода автор рассматривает одновременно основные элементы и само актуализированное понятие федерализма. Для ученого важным условием признания того, что федерализм существует, является наличие: 1) написанной в четких формулировках конституции, положениями которой разграничиваются властные полномочия и закрепляется критерий разделения полномочий; 2) признание более чем одной сферы политической власти, при этом федеративная модель должна рассматриваться как форма составного государства; 3) упомянутые в предыдущем пункте автономные сферы должны иметь властные полномочия, позволяющие определить каждую такую сферу как единый субъект, обладающий собственным юридическим лицом; 4) неразрывность федеративных уз; 5) наличие конституционного суда как охранителя полномочий и самой конституции [Ramos, P. R. B., 2011].

Одним из основных критериев федерализма, воплощенным в американских реалиях, является объединение множества автономных политических субъектов вокруг общих целей. Это принципиальное условие проявляется в виде субъективного фактора, изначально необходимого для установления федеративного устройства. Это означает, что в определенной точке политического и исторического развития федерализма должно существовать некое условие или обстоятельство экономического, военного, геополитического или социального плана, которое определяло бы единство интересов суверенных субъектов.

Что примечательно, американская история демонстрирует, что союз образуется скорее в силу практических потребностей, нежели в силу только интересов. Это объясняется тем, что интересы могут получить удовлетворение, а как только удовлетворяется общий интерес, дальнейшее существование федерального сообщества становится бесполезным. Этот нюанс позволяет сделать вывод, что союз автономных штатов соответствует чаяниям людей, и это является его сильной стороной. Такой вывод, пусть и в упрощенной форме, показывает явную причину, по которой субъекты отказываются от части своей независимости: существование военной угрозы или необходимость обеспечить экономическое могущество в определенном регионе отличают эту политическую организацию, хотя и не объясняют все ее проявления.

Конечно, руководствуясь своими потребностями и долгосрочными интересами, штатам необходимо объединиться в разумной форме с целью избежать коллапса значительной части процессов принятия и воплощения решений правящими политическими кругами и развития буржуазных производственных и предпринимательских отношений. А ради достижения этих целей в обязательном порядке предстояло добиться: 1) установления нормальных торговых отношений (между входящими в федерацию штатами), регулируемых общегосударственными нормами, способными предотвращать недобросовестную конкуренцию и злоупотребления экономической властью; 2) безопасности внутренних и внешних отношений посредством создания вооруженных сил; 3) определенности правовых отношений между частными субъектами и государством.

Реализация этих условий призвана обеспечить эффективность организации федерализма, если же они не будут реализованы, то успех недостижим. В сложной политической структуре субъекты создают институты и правила административного управления. Такие правила и институты устанавливаются документально оформленным политическим договором, называемым конституцией.

1. Особенности американской федеральной модели

В положениях американской Конституции, определяющих политическую организацию страны, следует осмыслить три важные функции федерализма: 1) ограничение властных полномочий правительства страны; 2) подразумеваемые властные полномочия (necessary and proper clause – «необходимые и уместные» законы); 3) разрешение конфликтов в суде.

Принцип ограничения власти правительства государства является, возможно, одной из характеристик, наиболее явно определяющих федеративный способ организации. Он прямо проистекает из дуального принципа, согласно которому политические полномочия поделены между центральным правительством (представляющим коллективную волю частных субъектов) и штатами. Такая характеристика федеративной системы

очень важна для обоснования и успешной деятельности государственных институтов: это воистину правило сосуществования, разделяющее полномочия между союзом и штатами с целью избежать узурпации власти, а также конфликтов прерогатив. Другими словами, этот базовый принцип федерализма обеспечивает организацию совместной деятельности автономных субъектов и центрального субъекта, полномочия которых изначально закреплены в Конституции. В такой системе федеральное правительство имеет четко очерченный круг властных полномочий, которые делегируются ему согласно положениям Конституции. Это объясняется тем, что в американской федеративной системе именно объединившиеся штаты образовали центральный субъект.

Таким образом, в силу необходимости и полезности союза, а также в силу необходимости обеспечить значительную часть процессов и способность принятия решений, уже реализуемых местными властными кругами (которые уже осуществляли полноценное политическое руководство ко времени заключения федеративного договора), основавшие федерацию штаты договорились об установлении центрального субъекта, полномочия которого на уровне руководства всей страной были бы ограничены настолько, насколько это возможно.

В то время как федеральному правительству вверялась вся полнота власти в вопросах управления всей страной, ограниченная только рамками Конституции, штаты сохраняли остаточные властные полномочия, т. е. все те полномочия, которыми не наделена центральная власть. Это решение изначально не было закреплено в виде четкой формулировки в американской Конституции, однако положениями ратифицированной в 1791 г. «Десятой поправки» эта особенность американской федеративной системы была закреплена, что свидетельствует о консенсусе по поводу сохранения за входящими в федерацию штатами тех властных полномочий, которыми не наделялось правительство Соединенных Штатов. Эта особенность, закрепленная в указанной поправке, стала основным условием федеративной формы политической организации.

Хотя в то время в Америке еще не был сформулирован принцип тройственной структуры функций государства, американская Конституция имеет особенности, в которых выражены другие сильные тенденции контроля за политической властью, среди которых следует выделить полномочие судов объявлять недействующими те или иные законы и нормативные акты. В рамках федеративной системы сосуществуют и параллельно действуют две правовые сферы: общегосударственная система и системы штатов, при этом последние наделены собственными полномочиями, обладают административной и финансовой самоорганизацией, законодательной властью и управленческими возможностями для реализации своих полномочий. Такой принцип, называемый верховенством права, характеризует политическую структуру демократических государств, к которым относится и Бразилия, где разрешение споров по толкованию

законов и полномочиям осуществляется независимо от центральной власти и от субъектов федерации.

Еще одной интересной особенностью американской федеральной системы является концепция подразумеваемых полномочий. Этот принцип, сформулированный в результате разрешения споров о полномочиях между союзом и входящими в него штатами в практике американской федеральной системы, способен обеспечить распределение полномочий в политической деятельности. «Подразумеваемые полномочия» предполагают, что, хотя полномочия федерального правительства по Конституции ограничены, существуют определенные полномочия, вытекающие из Основного закона, которые не обязательно должны быть в нем прописаны. Другими словами, это означает, что властные полномочия федерального правительства не прописаны в мельчайших деталях в положениях Конституции, и в этих обстоятельствах оно руководствуется совокупностью обстоятельств, необходимых для отправления закрепленных в законе официальных полномочий.

Эта концепция является основополагающей для американской федеральной системы в той степени, в которой она позволяла и позволяет сейчас федеральному государству отправлять свои полномочия исходя из требований действительности. Если бы такой концепции не было, должен был бы существовать соответствующий закон с подробно расписанным порядком реализации таких полномочий.

Получившая широкое распространение и признание концепция подразумеваемых полномочий, сформулированная в виде «положения о необходимых и уместных законах» («necessary and proper clause»), в свое время вызвала бурную полемику в ходе обсуждения проекта Конституции на Филадельфийском конвенте, и его включение в текст Основного закона стало объектом критики со стороны тех, кто выступал против ратификации Конституции 1787 г. В то время как антифедералисты выражали опасения по поводу того, что с принятием такого положения федеральному правительству будет предоставлена неограниченная власть, сторонники федерации доказывали, что это положение всего лишь обеспечивает отправление властных полномочий, уже установленных Конституцией.

Александр Гамильтон, например, решительно отстаивал это второе толкование в «Записках федералиста», чтобы сделать вывод о том, что без этого пункта Конституция была бы «мертвой буквой».

На Ратификационном конвенте Вирджинии Патрик Генри представлял противоположную точку зрения, утверждая, что такое положение приведет к установлению неограниченной федеральной власти, что неизбежно поставит под угрозу индивидуальные свободы.

Хотя позиция федералистов победила и была закреплена в Конституции, нельзя считать, что Патрик Генри и другие сторонники антифедерализма заблуждались. Ведь деятельное отправление полномочий всегда может вызывать сомнения или даже расхождения в том, что касается уместности осуществления в определенных вопросах властных полномочий центра.

Если бы право суждения о правомерности принадлежало в конечном счете самому обладателю полномочий, центр как субъект власти постепенно перестал бы соблюдать свои ограничения, закрепленные в Конституции, попросту прибегая к толкованию ее открытых положений и неопределенных значений, когда это способствовало бы достижению того или иного существенного результата.

Из этого следует необходимость рассмотреть третью составляющую – судебное разрешение споров. Само существование судов, которые наделены полномочием толковать положения Конституции, стало порождением американского федерализма.

Конституция США в качестве средства контроля за политической властью выделяет правомочие судов выносить решения о недействительности законов и нормативных актов.

Существование Конституционного Суда является насущно необходимым для действия федеративного договора как такового, поскольку именно на такой суд возложены защита и применение общих юридических норм, регулирующих обязанности и полномочия каждого субъекта федерации. В этом аспекте чрезвычайно важно понимать, как в условиях федерализма гарант Конституции выполняет свою задачу по ее толкованию и особенно как он взаимодействует с другими ветвями власти.

На первом этапе создания американской юридической системы судам и Конституционному Суду предоставлялись неотъемлемые полномочия по защите Конституции: соответственно, за судами было закреплено право толковать действующие правовые нормы – будь то Конституция, принимаемые Конгрессом законы или судебные прецеденты. В соответствии с Конституцией их решения являются обязательными к исполнению всеми остальными властями.

2. Некоторые особенности бразильской модели федерального устройства

Хотя идеологи бразильского федерализма вдохновлялись моделью североамериканского федерализма, историю его становления в Бразилии можно описать как «воплощение собственных идей, практически противоположных тем, которыми руководствовались американцы» [Reverbel, C. E. D., 2012, p. 125]. Это объясняется тем, что если в Соединенных Штатах Америки идея федеративного государства возникла в силу необходимости объединения штатов – бывших британских колоний – с целью их политического усиления, то в Бразилии идея федеративного государства появилась еще во времена Империи, т. е. эта модель зародилась в рамках унитарного государства, становящегося децентрализованным.

Федерализм как концепция возник в Бразилии в силу многочисленных факторов, таких, например, как географическая отдаленность друг от друга центров власти, обширность территории и чувство принадлеж-

ности к определенному сообществу своего региона, хотя все население и оставалось единым под эгидой власти суверена.

Еще в имперский период истории Бразилии появление Дополнительного акта 1834 г. являло собой значительный шаг вперед в развитии бразильского федерализма в силу провозглашаемых этим Актом реформ, особенно в части предоставления тогдашним провинциям права принимать и отменять законы решением провинциальных ассамблей.

Как свидетельствуют историографические исследования Мириам Дольникофф, в годы имперского правления наблюдаются сильные центробежные тенденции в отношениях между полюсами власти и столицей Империи [Dolhnikoff, M., 2007]. Отмеченная тенденция способствует осмыслению факта постепенного развития федерализма в Бразилии, при том что он еще не был юридически закреплен в момент провозглашения Республики Декретом № 1 от 15 ноября 1889 г.

В североамериканском федеративном устройстве особенности организации каждого из входящих в федерацию штатов сохранялись в значительной степени неизменными, чего не произошло в Бразилии.

Бразильская модель федерального устройства долго имела форму унитарного государства. По мнению Ж. А. де О. Барашу, у тех, кто обеспокоен судьбой бразильского федерализма, имеет место «…некоторое уныние по поводу его развития, особенно когда читаем рассуждения о тенденции его развития в направлении централизации, или даже о его упадке, несмотря на выводы о том, что Федерация в Бразилии всегда являлась фактом общественного плана даже до ее политического признания» [Baracho, J. A. de O., 1982]. Можно констатировать, таким образом, что даже после провозглашения независимости в Бразилии фактически так и не была реализована политическая автономия, в отличие от североамериканской модели федеративного устройства.

Вместе с тем с годами происходят значительные перемены в судьбе бразильского федерализма. Каждая новая конституция несет в себе качественные изменения.

В качестве иллюстрации: первая бразильская Конституция – Конституция Империи (1824) не устанавливала модель организации федеративного типа, хотя конфликты между либеральными и консервативными проектами уже вывели в повестку дня необходимость большего внимания государства к потребностям местных элит, что через несколько лет позволило сторонникам бразильского федерализма в определенной степени консолидироваться.

Бразильский федерализм укрепил свои позиции только начиная с 1891 г., с принятием первой республиканской Конституции, в тексте которой установлено: «Бразилия принимает в качестве формы государства с представительным правлением Федеративную Республику, провозглашенную 15 ноября 1889 года», при этом образуется такая форма государства, как «вечный и нерушимый союз бывших бразильских провинций – Соединенные Штаты Бразилии».

В период 1937–1945 гг. федерализм практически исчезает со сцены и затем восстанавливается с принятием Конституции 1946 г., в частности, в сфере муниципальной автономии. В 1967 году в результате появления новой Конституции после военного переворота еще раз имело место ослабление этой формы государственного устройства: основной особенностью этого этапа стало сосредоточение огромных властных полномочий и права принятия решений на уровне Федерального Союза, практически единственного центра исполнительной власти.

Во время политического кризиса во второй половине 1968 г. Федерация была полностью отменена Учредительным актом № 5. В Хартии 1969 г. (EC1/67) отмечается неоспоримое «…преимущество Союза, при том что проявлялось все в большей степени стремление к ограничению его прерогатив, хотя федеративная форма устройства и сохранялась» [Bastos, C., ed., 1995, p. 57].

Бразильский федерализм в Конституции 1988 года

Конституция Федеративной Республики Бразилия является документом, в котором закреплены общие основы политико-административного устройства страны и определены принципы распределения полномочий между членами федерации. Анализ показывает, что именно в этом основном нормативном и политическом документе государства содержится федеративное соглашение.

Со времени первой республиканской Конституции Бразилии принцип неразделимости штатов-членов всегда закреплен в Конституции страны. В 1988 году этот принцип был закреплен в Конституции только с одним отличием от предыдущих конституций, а именно: муниципии стали входить в Союз со статусом паритетных членов.

В статье 18 Конституции 1988 г. закреплена особенность бразильской федерации – множественность образующих Республику субъектов. Согласно положениям этой статьи Союз, штаты, Федеральный дистрикт и муниципии образуют федерацию, при этом все они являются автономными: они наделяются правом административной и финансовой самоорганизации, законодательной властью и управленческими полномочиями.

По Федеральной конституции 1988 г., образующим федерацию субъектам запрещено «устанавливать религиозные культы или новые церкви, или же субсидировать их, препятствовать их деятельности, либо поддерживать с ними или их представителями отношения зависимости или альянса». Таким образом, еще одна черта бразильской федерации – предоставление всем субъектам свободы в религиозных аспектах. Это право обусловлено светским характером государства.

Бразильский федерализм характеризуется также принципом невмешательства, что означает, что Союз не может вмешиваться в дела штатов-членов, а штаты в свою очередь не могут вмешиваться в дела муниципиев.

Как исключение, федеральное вмешательство в наибольшей степени может произойти в ситуациях, описанных в ст. 34 и 35 Конституции, в тех случаях, когда соответствующим декретом о вмешательстве будет признана необходимость: 1) обеспечения целостности страны; 2) отражения иностранного вторжения либо вторжения одного субъекта федерации в другой; 3) пресечения тяжких нарушений общественного порядка; 4) обеспечения свободного осуществления каких-либо властных полномочий в субъектах федерации; 5) реорганизации финансовой системы субъекта федерации; 6) обеспечения соблюдения федерального законодательства, судебных распоряжений или решений; 7) обеспечения соблюдения положений Конституции в части: a) республиканской формы государства, b) системы представительства, c) демократического режима, d) прав человека, e) муниципальной автономии, f) прямой и опосредованной отчетности общественной администрации, g) применения принципа минимального уровня доходов при поддержании и развитии системы образования и в деятельности государственных служб здравоохранения.

Еще один интересный аспект бразильского федерализма отражен в структуре законодательной власти страны. В Бразилии законодательная власть осуществляется двухпалатным парламентом, его двумя органами: Палатой депутатов и Федеральным Сенатом. Согласно положениям ст. 45 Федеральной конституции 1988 г. (CF/88) «в состав Палаты депутатов входят представители народа, избираемые по принципу пропорциональности от каждого штата, каждой территории и от Федерального дистрикта». В статье 46 Конституции устанавливается, что «в состав Федерального Сената входят представители штатов и Федерального дистрикта, избираемые по мажоритарному принципу». Это еще одна особенность бразильской федерации. То есть имеет место равное представительство штатов-членов и Федерального дистрикта в федеральной законодательной власти через сенаторов Республики.

Властные и налоговые полномочия образующих федерацию субъектов определены с учетом особенностей налогообложения каждого конкретного лица в рамках внутреннего общего права. При этом Союз, штаты, Федеральный дистрикт и муниципии приобретают право введения налогов, сборов и «пожертвований на улучшение» в рамках положений Федеральной конституции. Эти сборы распределяются между образующими федерацию субъектами согласно положениям ст. 157, 158, 159 и 161, II Федеральной конституции. Таким образом, обязанность сбора части сумм налогов, перечисляемых в бюджет Союза, распределяется между штатами, Федеральным дистриктом и муниципиями, и, в свою очередь, обязанность сбора части сумм налогов в бюджет штатов распределена между составляющими их муниципиями. Это объективное распределение в конечном счете имеет целью обеспечить социально-экономическое равновесие между штатами и муниципиями, особенно учитывая состояние неравновесия между регионами страны в их развитии и уровне жизни людей.

Таковы своеобразные черты федеративного устройства Бразилии, которые закреплены в Федеральной конституции 1988 г. и которые реализуются при осуществлении политической и экономической деятельности государства в современный период.

Список использованной литературы

Baracho J. A. de O. Teoria geral do federalismo. Belo Horizonte : Fumarc/UCMG, 1982.

Bastos C. R. Curso de Direito Constitucional. 22º ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

Canotilho J. J. G. Direito constitucional e teoria da constituição. 7º ed. Coimbra : Almedina, 2003.

Dolhnikoff M. O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil. São Paulo : Globo, 2007.

Hamilton A., Madison J., Jay J. O Federalista. Belo Horizonte : Editora Líder, 2003.

Häberle P. Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo // Anuário Português de Direito Constitucional / trad. de J. M. Cardoso da Costa. 2006. Pp. 37–62.

Miranda J. Manual de Direito Constitucional. 1º ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2008.

Por uma nova Federação / ed. C. Bastos. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Ramos P. R. B. Federalismo: condições de possibilidade e características essenciais // Constituição e Federalismo no mundo globalizado. São Luís : EDUFMA, 2011.

Reverbel C. E. D. O Federalismo numa visão Tridimensional do direito. 1º ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

References

Baracho, J. A. de O., 1982. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: Fumarc/UCMG.

Bastos, C., ed., 1995. *Por uma nova Federação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Bastos, C. R., 2010. *Curso de Direito Constitucional*. 22ºed. São Paulo: Saraiva.

Canotilho, J. J. G., 2003. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7º ed. Coimbra: Almedina.

Dolhnikoff, M., 2007. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil*. São Paulo: Globo.

Hamilton, A., Madison, J. and Jay, J., 2003. *O Federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder.

Häberle, P., 2006. Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. *Anuário Português de Direito Constitucional*. Trad. de J. M. Cardoso da Costa. Pp. 37–62.

Miranda, J., 2008. *Manual de Direito Constitucional*. 1º ed. Coimbra: Coimbra Editora.

Ramos, P. R. B., 2011. Federalismo: condições de possibilidade e características essenciais. *Constituição e Federalismo no mundo globalizado*. São Luís: EDUFMA.

Reverbel, C. E. D., 2012. *O Federalismo numa visão Tridimensional do direito*. 1º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Информация об авторах / Information about the authors

Рамос Паулу Роберту Барбоза, профессор конституционного права Федерального университета в Мараньау (г. Сан-Луис, Мараньау, Бразилия, Проспект Дос Португесес, Вилла Баканга, 65080-805), прокурор.
Paulo Roberto Barbosa Ramos, Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Maranhão (Av. dos Portugueses, Vila Bacanga, São Luís – MA, 65080-805, Brasil), Promotor de Justiça.
ORCID https://orcid.org/0000-0002-8966-8378.
E-mail: paulorbr@uol.com.br

Педро Нилсон Морейра Виана, магистр в области права и учреждений системы юстиции Федерального университета в Мараньау (г. Сан-Луис, Мараньау, Бразилия, Проспект Дос Португесес, Вилла Баканга, 65080-805).
Pedro Nilson Moreira Viana, Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (Av. dos Portugueses, Vila Bacanga, São Luís – MA, 65080-805, Brasil).
ORCID https://orcid.org/0000-0002-0946-2303.
E-mail: pedro.moreira.viana@hotmail.com

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.
The authors declare no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 07.02.2021; дата одобрения после рецензирования: 20.05.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 21.05.2021.
Submitted: 07.02.2021; reviewed: 20.05.2021; revised: 21.05.2021.

УДК 34.09
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.80-102

Regulating Fintech in Russia: The Issues Raised from the Absence of Legal Definition

Yaroslava O. Kuchina

University of Macau, Macau SAR, People's Republic of China
For correspondence: yakuchina@gmail.com

Abstract

Introduction. Financial technology or fintech is one of the most discussed problems of the modern digitalization. Particular attention is paid to describing what the fintech industry is, how it relates to traditional financial regulation and to what extent the official recognition of financial technologies can affect economic regulation and the global economy.

Theoretical Basis. Methods. The article examines the concept of fintech and the regulatory aspects of the so-called "sandbox", which allows, being based on the comparative legal method and the method of legal expertise, to extrapolate specific problems to the entire situation in the field of fintech regulation. The author offers an overview of the main stages of the formation of legislation on financial technologies and examines the role of the Bank of Russia in this process.

Results. Arguing about the consequences of such a concentration of regulatory mechanisms in the banking sector, the author thinks about the actual leveling of digitalization of banks with banking financial technologies in the science and practice of the Russian Federation. Based on a brief review of academic approaches to the definition of financial technologies, the author draws a number of parallels that allow one to outline the reasons for judicial errors and the reasons for excluding changes in fintech legislation from the attention of domestic courts, and draws conclusions about the general and particular consequences of the current situation.

Discussion and Conclusion. During the study, the author comes to the conclusion that the scientific opinion about the development of the fintech industry and the need for its regulation in the Russian Federation is based on a narrow understanding of fintech itself and the peculiarities of introducing financial technologies into the practice of services. The author believes that the paradigm for the development of the domestic fintech market is focused on the so-called banking fintech, when financial technologies are consumed and built into the ecosystem of specific banks' activities and are not provided by non-banking entities. This leads to the fact that legislative regulation focuses on the development of banking law and, at the same time, excludes from the attention of the legislator and the main regulator – the Central Bank of the Russian Federation – other areas, such as, for example, insurance or non-banking investment. This situation makes it possible to ask the question of how much the image of fintech, formed in domestic law, corresponds to its actual state and market development, and in what proportion is the process of digitalization of traditional banking services understood by fintech.

Keywords: fintech, regulatory sandbox, cryptocurrency, judicial decision, judicial interpretation, regulatory framework

For citation: Kuchina, Ya. O., 2021. Regulating fintech in Russia: The issues raised from the absence of legal definition. *Pravosudie/Justice*, 3(1), pp. 80–102. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.80-102.

© Кучина Я. О., 2021

Регулируя финтех в России: проблемы, возникающие по причине отсутствия его правовой дефиниции

Я. О. Кучина

Университет Макао, Макао САР, Китайская Народная Республика
yakuchina@gmail.com

Аннотация

Введение. Финансовые технологии, или финтех, на сегодняшний день являются одной из наиболее рассматриваемых проблем процесса цифровизации. Особое внимание уделяется описанию того, что такое индустрия финтеха и как она соотносится с традиционным финансовым регулированием, насколько введение и признание государствами финансовых технологий способно повлиять на экономическое регулирование и мировую экономику в целом.

Теоретические основы. Методы. В статье рассматриваются понятие финтеха и регулировочные аспекты так называемой «песочницы», что позволяет на основе сравнительно-правового метода и метода правовой экспертизы экстраполировать конкретные проблемы на всю ситуацию, сложившуюся в сфере финтех-регулирования. Автор предлагает обзор основных этапов формирования законодательства о финансовых технологиях и разбирает роль Банка России в этом процессе.

Результаты исследования. Приводя доводы относительно последствий такой концентрации регулировочных механизмов в банковском секторе, автор делает вывод относительно фактического уравнивания цифровизации банков с банковскими финансовыми технологиями в науке и практике Российской Федерации. Опираясь на краткое рассмотрение академических подходов к дефиниции финансовых технологий, автор проводит ряд параллелей, позволяющих обрисовать причины судебных ошибок и причины исключения изменений в законодательстве о финтехе из внимания отечественных судов, и делает выводы об общих и частных последствиях сложившейся ситуации.

Обсуждение и заключение. В ходе исследования автор приходит к выводу, что научное мнение о развитости финтех-индустрии и необходимости ее регулирования в Российской Федерации базируется на узкоспециальном понимании самого финтеха и особенностях внедрения финансовых технологий в практику услуг. Автор полагает, что парадигма развития отечественного финтех-рынка сосредоточена на так называемом банковском финтехе, когда финансовые технологии потребляются и встраиваются в экосистему деятельности конкретных банков и не предоставляются небанковскими субъектами. Это приводит к тому, что законодательное регулирование концентрируется на развитии банковского права и одновременно исключает из внимания законодателя и основного регулятора – Центрального банка Российской Федерации – иные сферы, как, например, страхование или небанковское инвестирование. Подобная ситуация позволяет задаваться вопросом, насколько образ финтеха, сформировавшийся в отечественном праве, соответствует его фактическому состоянию и развитию рынка и в какой пропорции под финтехом понимается процесс цифровизации традиционных банковских услуг.

Ключевые слова: финтех, регулятивная песочница, криптовалюта, судебная практика, судебное толкование, законодательное регулирование

Для цитирования: Кучина Я. О. Регулируя финтех в России: проблемы, возникающие по причине отсутствия его правовой дефиниции // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 2. С. 80–102. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.80-102.

I. Introduction

As it broadly defined in the academic papers, fintech refers to using technology for the provisions of financial services, sometimes called "the new marriage of financial services and information technology" [Arner, D. W., Barberis, J. N. and Buckley, R. P., 2016, p. 1271]. The phenomenon is now is very widespread and almost every state, especially those interested in digital transformation, are also interested in the modernisation of the financial sector. Fintech, as the World Development Report notes, is the part of the process through which "the world is experiencing the greatest information and telecommunications revolution in human history"[1].

In general, under the definition of fintech the technologies that change the way of banking, investing and crediting are gathered together. Experts in the area highlighted that fintech is a part of contemporary trend – the trend of lifechanging [Maramygin, M. S., Chernova, G. V. and Reshetnikova, L. G., 2019] and that life digitalisation, allows not only to modernise, but also mostly to save time and money of society that is permanently moving. The experts now divide the financial sector into the fintech banking and *banking universalis* – that is, the traditional system, which includes not only bank services, but all the other ways of the "traditional" flowing of the finances [Semeko, G. V., 2020].

The researchers of the digitalisation and the digitalisation regulatory framework observe, that the speeding up of this process is strictly connected to the development of the internet, and we completely agree with this statement. In our opinion, the main impact which is pushing the transformation, is the shift from wired internet connection to wireless one, and the emergence of broadband high-speed internet. Consequently, when so called 4G switches to 5G we can reasonably expect an even greater surge of interest in the fintech – both from the economy and the political spheres. The current COVID-19 pandemic seems to be another catalyst, especially driving the area of paperless connections and communications.

The financial sector of the Russian Federation is no exception from this process, also because the digitalisation and the digital economy are part of the officially stated politics since 2016. The fintech sector of Russia is highly developed, and the state is in the top 0 of the international charts of the biggest fintech players [Vaganova, O. V., Kon'shina, L. A. and Belotserkovsky, E. D., 2020, p. 10]. The industry ranges from distant banking services, developed very successfully, to the first regulatory sandbox on the territories of CIS[2] member-states, established in 2018.

At the same time the regulatory matters of fintech are not that clear and it faces both opportunities and challenges. They emerge from the number of

---

[1] World Development Report "Digital Dividends" // World Bank Group website. URL: https://www.vsemirnyjbank.org/

[2] Commonwealth of Independent States.

issues coming from the legal society of practitioners and academical uncertainty. The reason for this uncertainty is the question if the "non-traditional" fintech changes the traditional business models of financial institutions. On the other hand, using fintech introduces a number of issues related to the regulation of personal data and cyber security. All these risks should be taken into account and implemented in the law that has so far been enacted and as well as new laws and amendments to be made in the future.

II. Theoretical Basis. Methods

In our previous papers we constantly raise the question about the combination and separation of the technical and non-technical components of digitalisation in the eyes of the law and the law enforcement officer, especially of the court. We consider both general problems and particular interpretations, over and over again coming to the conclusion about causality when considering legal relations with a technical component, which is caused, in each of the cases, by the architecture of a particular technology, which has unique features. We regularly conclude that in a situation where the digitalisation process collides with the current (and long-standing) system of law, the legislator should be as careful as possible with amendments to the legislation, and the regulator should constantly keep in mind the need to individually approach the process of extrapolating existing legal norms to the individual characteristics of the technology and legal relation.

Fintech is not an exclusion of this statement. Moreover, as a phenomenon that combines an innovative view of a particular sector of financial law and financial services, expressed in the form of a technological solution, it raises even more challenges than other technologies hitherto considered.

The core issues of this article are built on the example of a judicial decision regarding a claim for the protection of consumer rights for poor quality banking services. The claim was filed by a consumer of a banking service developed on a complex technology that integrates online-banking services, robo-advising, sms-banking and electronic banking.

The reason for the claim was as follows. The plaintiff received a message about attempts to withdraw funds from her bank card by an unknown person. She immediately blocked the card in the online-banking system and called the bank operator with a request to block the account transaction. However, despite the actions, two hours after her actions, the amount over 200 000 rubles was transferred from her account to the account of the fraudsters. The lawsuit contained a requirement to return the illegally withdrawn funds and pay a fine for a poor-quality service.

During the trial, the bank representatives stated that when the consumer called the bank operator, the system interpreted the demand to block the transaction as a demand to terminate the service of using her bank card. Also, it was stated that the process of blocking the card through the online-banking system is not immediate. The plaintiff explained to the court that these facts

were not obvious either from the messages she received from the system and sms-banking service, or from the conversation with the bank operators and the robo-advising system. On the contrary, both the service and the messages give her the impression of an immediate response to a customer's request or requirement. Moreover, she was not informed about these features of the technologies when concluding agreements with a bank for the issuance and use of bank cards, nor when concluding an agreement when installing the system on a mobile phone. The court of first instance dismissed the claim, arguing that the plaintiff did not make all the necessary efforts to prevent the withdrawal of money. The higher court overturned the decision and clarified that the court of first instance, on the contrary, did not consider the circumstances of the case in accordance with the peculiarities of the legal relationship, and did not take into account all the features of the services provided[3].

The described case is, contrary to the prevailing perception, the case of the use of fintech in banking services. We use this example as a reference in the analysis of the problem, caused, in our opinion, by a number of causes and consequences. In addition to the method of legal examination of the case, we will analyse the existing doctrine of the interpretation of the concept of fintech and resort to a comparative legal study of the above-mentioned problem.

III. Fintech of the Russian Federation and its Definition

Fintech includes many areas, such as payment systems, financial P2P (peer to peer) platforms (within which there are many specific financial products targeted of different types of consumers – crowdfunding, crowd-investing, crowd-landing), cryptocurrencies [Eyal, I., 2017, pp. 39–40], robo-advising and robo-investing, and Internet banking, etc. [Lee, D. K. C. and Low, L., 2018].

The increase of financial technologies began in 2008, after the world financial crisis of the period. This process occurred in parallel with the development of Internet technologies in general, most of which was based on the principle of virtualization [Anderson, T., et al., 2005], cloud computing, cryptocurrencies, and blockchain, etc. Sometimes it is called Fintech 2.0 [Arner, D. W., Barberis, J. N. and Buckley, R. P., 2016] to contrast it to the currently developing Fintech 3.0.

The portability of the devices and the access-on-demand services create the mobile generation (called digital nomadism [Willment, N., 2020, p. 391] and gives the opportunity to move most of the social activity into the virtual dimension e. g. digitalise it. This big shift generates a need for a new financial service and, as a consequence, built the basic concept of fintech. In the Russian academic papers and in the legal texts this process, in general, is called "digitalisation".

---

[3] Determination of the Ninth General Jurisdiction Court of Cassation dated March 16, 2021 in case No. 2-1628/2020 // Archive of the court.

So, the first point that should be clarified is that digitalisation is the process of integration of the digital technologies in different social spheres, which is directly linked to the key changes of them. In most opinions the digitalisation follows the changing of the legal regulation. So, as the academics say, fintech should not be an exclusion.

In our opinion, digitalisation is also the main point of the diversity. It effectively developed as the new sector of IT, and the fintech of Russia faces issues in the area of regulation. The reason for this is that the technological part of digitalisation (meaning the transferring of non-digital areas to the digital format and virtual world) is taking place faster than the part of creating the associated legal framework, and, usually, *much* faster. For example, there was an eight years gap between the emergence of the first national cloud computing services and the associated first cloud computing regulation.

Having analysed a number of reports and expert opinions on the development of the industry, we can highlight the following features of the Russian fintech sector:

1. A high level of digitalisation that concentrated mostly in the urban areas than in countryside (especially compared to China as the main leader);
2. A low margin of banking products and services;
3. The high level of state players in the sector, which in the last few years has not been as fast as a number of highly competitive private industries.

This has led to the situation when the area of fintech involvement is not higher than 50% and concentrated in the urban areas (so called city-millionaires) like Moscow, Saint-Petersburg, Novosibirsk, Sochi, etc. But, even in these conditions, the new market is actively gaining volume. According to the most recent Deloitte estimates[4], in 2018 the market volume amounted to 54 billion rubles. In 2019 the volume of the fintech market grew to 60 billion rubles (+ 11%), and in 2020 – up to 65 billion rubles (+ 8%).

This is supported by the permanent raise in number of people using internet technologies on daily basis: according to the experts in 2019 it was up 61.64% of the population [Zaborovskaya, A., et al., 2021, pp. 50–51]. More than 60% of these people use mobile internet technologies. Unfortunately, the predictions were made before the pandemic and its influence on the economy of the whole world.

At this moment the experts also point out two more tendencies that also have a positive impact on the area and arise from the third feature mentioned above. One is the tendency of replacement the traditional financial niche by non-financial businesses. These are IT-companies, large retailers and manufacturers that are more client-orientated [Musaev, V., et al., 2021], than traditional banks. This situation causes the next tendency under discussion, namely the reformation of the banking services and organisations, and the in-

[4] See here: The report on digital banking. URL: https://www2.deloitte.com/ru/ru/pages/research-center/articles/digital-banking-maturity-2020.html

crease of their partnership with start-ups and IT-monopolists of the national market. In this area banks are on the same position with the newcomers that also causes more competitive situations.

However, at the same time, the independent fintech projects in Russia are les developed compared to the other states of the top-10 Fintech developers. The main concentration of technological competencies is in the banking system, because of the lack of interest of investors (including international) in Russian fintech projects. According to the report of Venture Barometer, the percentage of venture investments in Russian projects has grown slightly from year to year but is not higher than 28%[5]. Only 1% of the international venture investors are ready to invest in the Russian fintech market.

After analysing a number of legal acts and expert opinions, we come to the preliminary conclusion that the reason for this is the legal regulation of fintech in Russia. Let us describe how this regulation is structured at the moment and how it has been developed.

IV. Fintech and the Bank of Russia

The Central Bank of the Russian Federation (Bank of Russia) is a special public law institution in Russia, the main bank of the first level. The legal status of the Bank is established by Article 75 of the Constitution of the Russian Federation which states that the Bank has the exclusive right to issue currency (Part 1) and to protect the ruble and ensure its stability, which is actually its main function (Part 2). The status, aims, functions and powers of the Bank of Russia are defined by Federal Law No. 86-FZ, dated July 10, 2002, on the Central Bank of the Russian Federation (Bank of Russia) and by other federal laws[6]. In other words, it is a financial body strictly fitting and defining the financial sector.

According to Article 3 of that Federal Law, the goals of the Bank of Russia are:

1) to protect the ruble and ensure its stability;

2) to develop and strengthen the banking system of the Russian Federation;

3) to ensure the stability of and to develop the national payment system;

4) to develop the financial market of the Russian Federation and ensure its stability.

The Bank of Russia is an independent entity. It is a special public legal institution that has the exclusive right to issue currency and organise its circulation. The Bank of Russia is dualistic in its status – being not a body of

---

[5] Research of the Russian Venture Capital Market “Venture Barometer 2019”. URL: https://www.rvc.ru/press-service/news/investment/151970/

[6] Federal Law of July 10, 2002 No. 86-FZ “On the Central Bank of the Russian Federation (Bank of Russia)”.

state power, it has powers that, in effect, are the functions of a such a body [Ochakovsky, V. A. and Volkov, A. A., 2017]. That is why the Bank of Russia, which is, in nature, acting as the main coordinating and regulating body of the entire credit system of the state, is the main economic management body of Russia.

That is also the reason why the Bank of Russia is the body that established the basics of the regulatory framework of fintech in the state, even though it was not the first that implemented the technologies in its system. The creating of this framework started on February 28, 2016, when the Bank of Russia established the Working Group to analyse financial technologies and innovations. Among the priority issues was the study of blockchain, as well as new technological achievements in the mobile banking, online payments and other areas.

As the Vice-Chairmen of the Bank pointed out, the development of the modern financial market is inseparable from the development of financial technologies, because "financial services are rapidly digitalising, new business models and ecosystems of market participants are emerging, and the behavior of consumers of financial services is changing"[7].

According to the position of the Bank, the high-tech financial market needs a high-tech regulator, which must thoroughly understand the essence of new financial processes and technologies and their possible usage in future. After that on April 25, 2016, the Bank of Russia announced the establishment of the Fintech Department as a part of its structure. That is the date of official recognition of fintech as a regulated area, even though the law itself still did not exist.

The first result of the group's work was the Main Directions of Development of Financial Technologies for the Period 2018–2020 published in February 2018. This paper is the main national non-legal document on fintech.

The introduced paper describes trends, development strategy and plans for the introduction of innovative technologies in the field of finance and it is closely related to the State Program on the Development of the Digital Economy[8]. In addition, a roadmap has been published that regulates the timing of the development of fintech projects[9].

---

[7] The Central Bank has documented fintech. A basic document on the development of new technologies in the financial market has been published // Kommersant. 2018. 2 July. URL: https://www.kommersant.ru/doc/3541614

[8] Passport of the national project National Program "Digital Economy of the Russian Federation" (approved by the minutes of the meeting of the Presidium of the Council under the President of the Russian Federation for Strategic Development and National Projects of 04.06.2019 No. 7).

[9] See: Main directions of development of financial technologies for the period 2018–2020 ("Main directions"), as well as the Action Plan ("road map") for their implementation ("Road map"). URL: http://www.cbr.ru/StaticHtml/File/36231/roadmap_18_20.pdf

The key points of the paper include analysis, research and development of proposals for the use of the new financial technologies, the creation and development of elements of digital financial infrastructure, legal support in the development of financial technologies, increasing flexibility and adaptability of regulation, creating a regulatory platform for the Bank of Russia for piloting innovative financial technologies, and the transition to electronic interaction between the regulator, public authorities, financial market participants and their clients.

Among the main elements of the digital financial infrastructure were platforms for remote identification, fast payments, a marketplace platform for financial products and services, as well as new platforms based on distributed ledgers and cloud technologies for effective interaction of market participants in the digital environment. The key connecting element of the financial market infrastructure is an Open API (a public application programming interface).

The next step, according to that project, was the creation of a regulatory sandbox. On the 19th of April 2018 the special regulatory plot of the Bank of Russia (regulatory sandbox) was established to ease the transition to the digital economy in the Russian Federation[10]. At the first stage, piloting in the form of "testing" is implemented within the framework of the regulatory platform of the Bank of Russia. This form involves modelling the target process of applying an innovative financial technology or service of fintech in a test environment with the absence of risks for consumers of the tested service.

According to the papers of the Bank, the regulatory sandbox is a special legal mode that allows companies to test innovative financial services and products without the risk of violating existing legislation. The sandbox was created after the analysis of the existing sandboxes of UK, Singapore and Australia. The sandbox of Russia allows not only to test the service that will be provided to the customers, but also allows the evaluation of how the particular tested fintech fits into the regulation – not only on issues of violation, but also on the lack of legal framework or legal practices, that is relevant to so called "regulatory guillotine" also suggested by the Bank.

The structure of the sandbox is different from those existing in other states and consists of two parts or process stages. The first part is a testing of the new technology without risks for the consumer. In essence, this is modelling of the new processes. On that stage the Bank of Russia and relevant departments examine the application and assess potential risks of a tested fintech project and make a decision about the advisability of introducing services. Technological testing is also possible on the infrastructure of the entity that submitted the application, or on the infrastructure of the Bank of Russia. It was decided that the duration of such testing should not exceed one and a half month, as opposed to six months to two years in other states [Alekseenko, A. A., 2018].

---

[10] The regulatory "sandbox" of the Bank of Russia. See: Official website of the Bank of Russia. URL: https://www.cbr.ru/ fintech/regulatory_sandbox/

The second stage of the regulatory sandbox assumes testing in real conditions, with a restriction cap on the number of clients and the money transactions sums. This second stage is only possible if testing at the first stage reveals any process flaws or requires more detailed elaboration.

The next two years – 2019 and 2020 – were the years of sustainable development of standards and policy on fintech. The Bank of Russia turned into an ecosystem and a part of the infrastructure of the financial market, to which other players can connect, and offer "public platforms". The platforms are controlled by a consortium of organisations, credit or non-credit, and have as the main aim the provision of different types of standard services or registries that will be used by everyone, and none of the market players will have either control or the capability to "sell only their own" service or use registry.

Such an initiative will allow the provision of antimonopoly politics in the field of fintech development [Vikulina, E. A., 2020, p. 307]. This opinion is supported by the following example of Sberbank – the oldest and most influential bank organisation of Russia [Martynovich, V. I., Naydenkov, V. I. and Spiridonova, S. A., 2019, p. 32]. The project allows to effectively overcome the monopoly of Sberbank in the P2P-payments market. As experts mentioned, none of the market participants could cope with this problem on their own [Nikulina, O. V. and Pechenin, K. K., 2016]. Alfa-Bank (one of the five biggest banks of the state) is one of the first connected to the platform. Also, such platforms help small banks that cannot afford large and independent fintech projects of certain areas of business.

In general, such platforms increase the real competition for the client. Public platforms will enable customers to choose really favourable terms, not just the size of the bank. This will provide an opportunity for the development of medium and small market players.

The next step for the development of both platforms and standards was open API (application programming interfaces) for the banking sector. The Bank of Russia identified three types of Open APIs: commercial, infrastructure API and regulatory [Ponomarenko, V. V. and Detkina, D. A., 2018, p. 49]. The pilot projects were established in 2020, and the law on Open APIs should be developed in the first quarter of 2021. As it was noted in the Bank, the standardisation of Open APIs will provide convenience and optimisationof technological costs in the exchange of information between participants and accelerate the time to market [Ogorodnikova, E. P., 2020].

In August 21, 2019, it became known that the Bank of Russia acted as the coordinator of a pilot project in the field of Open APIs for integrating banking services within the Eurasian Economic Union (EAEU)[11]. That became the first international project of such a kind being led by Russia. In the future, the de-

[11] For more information about the EAEU and transnational digitalization, see the EAEU Shared Information Resources and Open Data Portal: https://opendata.eaeunion.org/ru-ru

velopment of open APIs will allow individuals to receive financial services from a bank of any EAEU country.

The pandemic caused the issuing of the fintech rules and standards in 2020 because of the pandemic. On April 2020 the Central Bank of the Russian Federation allowed banks to remotely open accounts for small and medium-sized businesses. The norm was declared temporarily and was issued to support on-distance and paperless services in the time of self-isolation.

At the end of December 2020, the Bank introduced plans to develop a universal payment address, which will ensure the crediting of funds to the recipient when the bank details are changed. The regulator expects to simplify the process of changing the servicing bank for clients.

Such a mechanism can be launched if the market is in demand, and it is referenced to the draft strategy for the development of the National Payment System for 2021–2023, which the Bank of Russia sent to the industry representatives[12]. The Bank plans to determine the conditions for such a transition. The launch of mechanisms for a simplified bank change should promote the development of competition, says this document. It also should help to promote the diversity on the financial market where about 65% of bank accounts are concentrated onto the one player – namely Sberbank.

V. Fintech in the Russian Federation in the Papers of Scholars, and its Definition

From the above, it is obvious that the current regulation of fintech in Russia is concentrated within the powers and competence of the Bank of Russia. In the whole list of its papers, at the moment, there is no concept of fintech definition as an exhaustive list of services – or lists of characteristics that could make it possible to differentiate fintech from other digitalisation of the banking sector. The situation is similar at the level of federal legislation.

Digital banking and fintech are not the parts of the same concept. The scholars point out that digitalisation of banking was the step between traditional financial services and fintech, together with the cryptocurrencies, blockchain and cloud computing [Stulz, R. M., 2019]. However, there is a distinction between these two. The distinction can be summarised thus:

1. Digital banking means the process of the digitalisation – moving from the analogue process and services to the digital, internet-based. Online-banking, sms-banking, ATM are examples of the ways of providing the traditional banking through the digital technology. They are not truly innovative.

2. The aim of digital banking is to speed up the communication between the customer and the bank via digital channels, when the main aim of fintech is to provide totally new business models.

---

[12] The national payment system provides non-cash payments and payments of citizens and legal entities // The official website of the Bank of Russia. URL: https://www.cbr.ru/PSystem/#:~:text

3. Digital banking fits the existing financial and banking legal regulation, and fintech is outside of its scope.

Currently there is no single unified opinion on whether the digital banking should be included into the fintech or whether it should be considered as a transition step from the traditional banking to the fintech. In our opinion the digital banking should be differentiated from the fintech applied in the banking sector. However, the reasons for this position are out of scope of this article. In this paper we only highlight the conclusion that in the approach of the Central Bank digital banking is part of fintech. This is obvious from the papers and documents of the Bank of Russia, cited above.

The second conclusion, that also can be found out from different academic opinions, is that fintech of Russia has not been legally defined. In the papers and reports of the Bank, discussing the financial technologies as such, we could not find any terminological construction or even a definitive framework to conclude the opposite.

That is the reason why almost all papers and articles about the subject have referred to the technological, financial or political sources written by national and international authors. After the analysis of a selection of these, we can conclude that the academic definitions created on the base of a legal understanding of fintech are quite rare. However, we can highlight at least three approaches to define fintech without recourse to a legal definition.

Firstly, an approach is to describe fintech as a number of technologies, when an author mostly refers to the technological understanding and terminology to cover the area related to financial technologies [Koposov, A. V., 2017].

Secondly we can understand fintech as a separate branch of the economy, consisting of organisations that provide a special type of product – financial technology or fintech [Eskindarov, M. A., et al., 2018]. In that approach experts usually separate fintech as economic phenomena and fintech as products and/or services in particular.

Thirdly we have the approach when authors try to define fintech by themselves [Sviridov, O. Yu. and Nekrasova, I. V., 2019], but, because of the special characteristics of it, they produce a technological or economical description, means they end at the same point as the two groups above.

This terminological uncertainty is based on both translation and definitive difficulties. The same tendency can be seen in case of cloud computing, which was later solved by the NIST Hogan M., Liu F. and others, 2011] and UNCITRAL [Ramos, R. F., 2018].

The question may be raised – why this is so significant when many jurisdictions ignore the definition and successfully refer to the technological description? The answer for this question can be given on the example we mentioned in section II of the article – on the judicial decision mentioned in it.

VI. The Absence of Fintech Definition and the Issues of the Interpretation of it in Courts and Legal Practice

The role of legal definition is very well known. Briefly, a social relation enters into the legal system only through its terminological definition in the rule of law. Such a term can be included in legislation in several ways: by simple mentioning, by disclosing its content through concepts or by means of an aggregate interpretation of its characteristics. Legal definition must meet the following quality requirements: it should be systemic, not dependent on the context, short, unambiguous in interpretation, simple (understandable) for all participants of the legal relationship, contemporary, unique (not to have legal synonyms and homonyms) [Urmatova, A. D., 2017].

Consistency is the most important characteristic. It presupposes the integrity and internal unity of law, the operation of legal norms in close interaction with many other rules in the composition of legal institutions and industries, predetermines the fact that legal concepts are related and interdependent on each other [Gubaeva, T. V. and Pigolkin, A. S., 2000]. In the absence of a legal definition, the systematic nature of a regulated phenomenon is extremely difficult to establish. The concepts proposed by academics in their papers, with all their positive features, are not able to eliminate the gap – firstly, due to the absence in Russian law of the institution of a mandatory doctrine of academic interpretation, and secondly, because of the fragmentation of the content of attempts at such an interpretation. The most recent papers include the following examples of such attempts:

– Fintech is innovative technologies for the provision of financial services via the internet [Povetkina, N. A. and Ledneva, Yu. V., 2018];

– Fintech is a complex system that unites the sector of new technologies and financial services, start-ups and related infrastructure [Maslennikov, V. V., Fedotova, M. A., and Sorokin, A. N., 2017];

– Fintech is a development and implementation of innovative technologies in the financial sector (the main goal is to improve the efficiency of banks and the financial system in general) [Nikonov, A. A. and Stel'mashonok, E. V., 2018];

– Fintech as a general way of digitalisation and virtualisation of the "traditional" banking services.

The definition approach influences the way of understanding which technologies should be included into the scope of fintech. According to the analysed papers [Lee, I. and Shin, Y. J., 2018], there are four financial sectors in this scope:

1) Fintech in the sector of financing (crowdfunding, crediting and factoring);

2) Fintech in assets management (social trading, digital (robotic) consulting, customer finance management, investment and banking);

3) Fintech of payments (alternative payment methods, blockchain and cryptocurrencies);

4) Fintech of insurance.

As we can see, this classification is totally opposite to those that can be found in the official papers of the Bank of Russia. Moreover, the classification and the definitive approaches from the above are based on international experience and academic papers, and not on domestic.

We also see that when defining fintech, not legal, but technological and economic features of the phenomenon are used, which allows free interpretation of the specific diversity of financial technologies and their affiliation. This, among other things, causes the discussion, we have mentioned, on the including of digital banking services in the scope of fintech.

At the same time, the fact that the legal regulation of fintech is represented only and exclusively by acts of the Bank of Russia forms an idea of the limitations of financial technologies in banking or their belonging to the banking sector of the market. At the same time, the limits of adoption of acts are limited by the competence and powers of the Bank of Russia, due to which from the list of financial technologies practically excludes crowdfunding, cryptocurrencies, insurance, etc. This is evidenced by the fact that the legal act on cryptocurrencies – the act on financial digital assets – is a federal law, not the act of Bank of Russia.

Such a solution is not the only one – as we can see from the comparative analyses, in different states these different approaches can be found. The limitation of the sector to the regulator's competence is usual and not unique, however, it means the different sectors of the regulating and the unified legislative act of the high level, means, the federal law in the Russian legal system. For example, this can be found in the Hong Kong SAR, the United States – where there is the federal law and more concentrated law of states [Gerlach, C., Simmons, R. and Lam, S., 2016], and UK [Chen, C., 2020], Japan, and also Brazil [Suzuki, Y. and Oue, R., 2016]. In Hong Kong, where three regulatory sandboxes are established for three market sectors, there are three regulators responsible for the legal application (they provides strictly regulatory relief to accepted entities and limit the sector of the area of regulation): HKMA (Monetary Authority), Insurance Authority, Securities and Futures Commission (SFC), but the legislator is still a single legislative body [Huang, R. H., Yang, D. and Loo, F. F. Y., 2020].

Also, our domestic approach does not take into account the specifics of judicial enforcement. The absence of a federal law essentially excludes such changes of the legal relationship in the eyes of the court – the court objectively does not have the opportunity to notice such changes and amendments, unless the category of legal relationship is the judicial specialisation, as is the case with arbitration courts of Russia.

In courts of general jurisdiction, we often see a situation when a legal relationship, the essence of which has been changed by a technological component, is considered by inertia without taking into account such a component – and this always leads to miscarriages and unintentional judicial mis-

takes. We have already mentioned, and we will repeat again that in such a situation the correct application of the law entirely depends on the erudition and competence of the parties in the trial, their technical knowledge of the awareness of the digitalisation in the state. This approach cannot be called correct.

VII. Discussion and Conclusion

The main feature of Russian fintech is that a key role in its development, in contrast to other states, is played by leading banks of the industry, which are characterised by centralised decision-making under the influence of regulators. That is the reason why the main technological potential is concentrated directly in the banking system. It is the banks who are very active in the development of digital technologies and innovative products, promoting digital sales and online services for customers, using advanced identification systems, cloud technologies, big data analysis and artificial intelligence. However, banks are also the main consumers of fintech products, because the main leading banks sell the fintech products to the smaller players of the market. That situation directly reflects on the regulation framework and clearly have a great influence on it.

The analysis made for this paper allows to suggest, that among the reasons, hindering the development of the industry, most often called economic – are an insufficient number of venture and foreign investors, as well as investors in general. We believe that this approach misses two more areas requiring further research.

Firstly, I did not find enough objective marketing research that would make it possible to draw a conclusion about the need for independent fintech services on the market. At the same time, in the papers concerning the research of the banking sector, the conclusion about the reasons for the predominance of the top-five banks throughout the state has been yet justified – distrust of small banks on the part of the consumer, especially individuals. This feature of the Russian banking sector, in which the overwhelming majority prefers to receive services and products from banks with a long-standing reputation, directly affects the development of independent fintech companies.

In addition, such less significant banks are regional – that is, they operate on the territory of one or several regions of Russia, which, again, negatively affects the demand from the client, who needs access to banking services throughout the country and abroad. This combination of distrust of independent and new market players, and a clear preference for reputable banks should most likely affect the formation of the fintech market. However, this conclusion is hypothetical, since it requires extensive research.

Second, a comprehensive analysis of banking regulation and the above-mentioned areas is required. In most of the papers, I found only a link to the relationship between the dominance of banking fintech and the development of fintech regulation. Academics note that the leadership of banks as

the main players in the fintech market leads to a bias in the banking industry regulation. Accordingly, they are critical of the development of independent fintech legislation that will not focus on the banking sector. And here it is impossible not to agree – the above data show that the current regulation of fintech is carried out not only according to the model of banking legislation, but also by a banking authority, namely the Bank of Russia. In other words, the current regulation does not form a fintech legal framework, but a fintech-oriented part of banking law.

Therefore, I believe that before drawing conclusions on the further development of fintech legislation, it is necessary not only to analyze the economic prerequisites for the emergence of independent fintech products and services, but also to conduct research on market demand, as well as to analyse the existing financial and banking law of Russia. In particular, it is necessary to understand exactly which of the articles of banking law can be, without changes, introduced into the implementation of fintech products and services.

Taking into account the peculiarities of all Russian law, it is necessary to determine the difference between the nature of banking services and fintech, and, when forming legislation, rely not on the priority of the banking sector, but on the development of the fintech industry. Without such research, in my opinion, the fintech sector in Russia will remain at the level at which it is now and there will be no progress in future.

References

Alekseenko, A. A., 2018. The legal status and operating procedure of the regulatory sandbox of the Central Bank of the Russian Federation. *Alleya nauki* = [Alley of Science], 2(7), pp. 508–512. (In Russ.)

Anderson, T., Peterson, L., Shenker, S. and Turner, J., 2005. Overcoming the Internet impasse through virtualization. *Computer*, 38(4), pp. 34–41. DOI: 10.1109/MC.2005.136.

Arner, D. W., Barberis, J. N. and Buckley, R. P., 2016. The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm? *SSRN Electronic Journal*, 47(4), pp. 1271–1319. DOI: 10.2139/ssrn.2676553.

Chen, C., 2020. Regulatory Sandboxes in the UK and Singapore: A Preliminary Survey. In: M. Fenwick, S. V. Uytsel, A. B. Ying, eds. *Regulating FinTech in Asia: Global Context, Local Perspectives*. Forthcoming, August 2020. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3448901>. DOI: 10.1007/978-981-15-5819-1.

Eskindarov, M. A., Abramova, M. A., Maslennikov, V. V., et al., 2018. The directions of fintech development in russia: expert opinion of the financial university. *Myr novoy ekonomiki* = [World of New Economy], 12(2), pp. 6–23. (In Russ.)

Eyal, I., 2017. Blockchain technology: Transforming libertarian cryptocurrency dreams to finance and banking realities. *Computer*, 50(9), pp. 38–49. DOI: 10.1109/MC.2017.3571042.

Gerlach, C., Simmons, R. and Lam, S., 2016. US Regulation of FinTech-Recent Developments and Challenges. *Journal of Financial Transformation*, 44, pp. 87–96.

Gubaeva, T. V. and Pigolkin, A. S., 2000. Linguistic rules of legislative technique. In: V. M. Baranov, ed. *Problemy yuridicheskoj tekhniki* = [Problems of legal technique]. Collection of articles. N. Novgorod. Pp. 279–284. (In Russ.)

Hogan, M., Liu, F., Sokol, A. and Tong, J., 2011. NIST cloud computing standards roadmap. *NIST Special Publication*, 500–291(2), Version 2, pp. 6–11. Available at: <https://tsapps.nist.gov/publication/get_pdf.cfm?pub_id=909024>.

Huang, R. H., Yang, D. and Loo, F. F. Y., 2020. The development and regulation of cryptoassets: Hong Kong experiences and a comparative analysis. *European Business Organization Law Review*, 21(1), pp. 1–29. DOI: 10.1007/s40804-020-00174-z.

Koposov, A. V., 2017. Analysis of modern digital technologies' implementation in the financial sphere. *Sbornik nauchnyh trudov po materialam mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii "Finansy, nalogi i uchet v stranah dal'nego i blizhnego zarubezh'ya: innovacionnye resheniya"* = [Collection of scientific papers based on the materials of the international scientific-practical conference "Finance, taxes and accounting in the countries of far and near abroad: innovative solutions"]. Belgorod: Agency for Advanced Scientific Research. Pp. 237–241. (In Russ.)

Lee, D. K. C. and Low, L., 2018. *Inclusive fintech: blockchain, cryptocurrency and ICO*. New York: World Scientific. ISBN 9789813238633 (hardcover); ISBN 9789813272767 (softcover).

Lee, I. and Shin, Y. J., 2018. Fintech: Ecosystem, business models, investment decisions, and challenges. *Business Horizons*, 61(1), pp. 35–46. DOI: 10.1016/j.bushor.2017.09.003.

Maramygin, M. S., Chernova, G. V. and Reshetnikova, L. G., 2019. Digital transformation of the financial services market in russia: trends and specificity. *Upravlenets* = [Manager], 10(3), pp. 70–82. (In Russ.)

Martynovich, V. I., Naydenkov, V. I. and Spiridonova, S. A., 2019. Digitalization of Banking Services (on the example of PAO "Sberbank"). *Nauka i obshestvo* = [Science and Society], 2, pp. 32–35. (In Russ.)

Maslennikov, V. V., Fedotova, M. A. and Sorokin, A. N., 2017. New financial technologies change our world. *Vestnik Finansovogo Universiteta* = [Bulletin of the Financial University], 21(2), pp. 6–11. (In Russ.)

Musaev, V., Khobotova, S., Knyazeva, I., et al., 2021. Assessment of the Economic Results of the Digital Transformation of the Client-Centric System of Sberbank of Russia. *SHS Web of Conferences*, 93, pp. 1–11. DOI: https://doi.org/10.1051/shsconf/20219304007.

Nikonov, A. A. and Stel'mashonok, E. V., 2018. Analysis of modern digital technologies' implementation in the financial sphere. *Nauchno-tehnicheskie vedomosty SPbGPU. Ekonomicheskie nauki* = [Scientific and Technical Statements of SPbSPU. Economic Sciences], 11(4), pp. 111–119. (In Russ.)

Nikulina, O. V. and Pechenin, K. K., 2016. Creation and introduction of financial innovations in bank activity (on the example of PAO "Sberbank"). *Ekonomika ustojchivogo razvitiya* = [Economics of Sustainable Development], 1, pp. 283–293. (In Russ.)

Ochakovsky, V. A. and Volkov, A. A., 2017. [The legal position of the Central Bank of Russia as a body carrying out financial activities of the state]. In: S. S. Chernov, ed. *Sbornik materialov XXXVI mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii "Zakonnost' i pravoporyadok v sovremennom obshchestve"* = Collection of materials of the XXXVI International scientific and practical conference "Legality and law and Order in modern society". Krasnodar: KubSAU Publishing House. Pp. 158–163. (In Russ.)

Ogorodnikova, E. P., 2020. [Digitalization in Russia, the main directions of development]. In: I. A. Man'kovsky, ed. *Sbornik statej mezhdunarodnoj zaochnoj nauchno-prakticheskoj konferencii "Cifrovaya ekonomika – obrazovaniyu i nauke Soyuznogo gosudarstva Belarusi i Rossii"* = [Collection of articles of the international correspondence scientific and practical conference "Digital economy – for education and science of the Union State of Belarus and Russia"]. Minsk: Belarusian State Agrarian Technical University. Pp. 89–91. (In Russ.)

Ponomarenko, V. V. and Detkina, D. A., 2018. Key areas of transformation of the bank industry during the era of digital economy. In: V. V. Ermolenko, ed. *Problemy obshchestva i ekonomiki, osnovannyh na znanii: innovacii i neoindustrializaciya* = [Problems of society and economy based on knowledge: innovation and neo-industrialization]. Collection of research articles of young researchers. Krasnodar. Pp. 49–63. (In Russ.)

Povetkina, N. A. and Ledneva, Yu. V., 2018. Fintekh and regtekh: boundaries of legal regulation. *Pravo. Jurnal Vysshey shkoly economiki* = [Law. Journal of the Higher School of Economics], 2, pp. 46–67. (In Russ.)

Ramos, R. F., 2018. Cloud Computing: legal aspects and the latest work carried about by the UNCITRAL on this issue. *Anuario Espanol Derecho Internacional Privado*, 18, pp. 441–448.

Semeko, G. V., 2020. New financial technologies: global trends and features of russia. *Ekonomicheskie i socialnye problemy Rossii* = [Economic and social problems of Russia], 1, pp. 50–74. (In Russ.)

Stulz, R. M., 2019. Fintech, bigtech, and the future of banks. *Journal of Applied Corporate Finance.* 31(4), pp. 86–97. DOI: 10.3386/w26312.

Suzuki, Y. and Oue, R. FinTech legislation in Japan. *Global banking and financial policy review*. Available at: <https://1.33.188.235/IFLR_The_Global_Banking_and_Financial_Policy_Review_2016.pdf>.

Sviridov, O. Yu. and Nekrasova, I. V., 2019. [Trends in the development of fintech ecosystems in the Russian economy]. *Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta. Ekonomika* = [Bulletin of the Volgograd State University. Economics], 21(4), pp. 197–206. (In Russ.)

Urmatova, A. D., 2017. [Normative Legal Terminology]. *Tavricheskiy nauchnyi obosrevatel'* = [Tavrichesky Scientific Observer], 2(19), pp. 99–102. Available at: <https://cyberleninka.ru/article/n/normativnaya-pravovaya-terminologiya> (Accessed: 5 April 2021). (In Russ.)

Vaganova, O. V., Kon'shina, L. A. and Belotserkovsky, E. D., 2020. Prospects for the development of key fintech segments in Russia. *Nauchniy resul'tat. Ekonomicheskie issledovaniya* = [Scientific Result. Economic Research], 6(2), 3–12.

Vikulina, E. A., 2020. Russia and the Netherlands: two views on the regulatory sandbox system. In: M. I. Sidorova and E. V. Ogloblina, eds. *Sbornik nauchnyh statej studentov po rezul'tatam provedeniya VI Mezhdunarodnogo foruma Finansovogo universiteta i Fakul'teta mezhdunarodnyh ekonomicheskih otnoshenij* = [Collection of students' scientific articles on the results of the VI International Forum of the Financial University and the Faculty of International Economic Relations]. Moscow: Nauch. Tekhnologii. Pp. 307–311. (In Russ.)

Willment, N., 2020. The travel blogger as digital nomad: (Re-)imagining workplace performances of digital nomadism within travel blogging work. *Information Technology & Tourism*, 22(3), pp. 391–416. DOI: 10.1007/s40558-020-00173-3.

Zaborovskaya, A., Gruzdeva, K., Borzemska, et al., 2021. Russian Banking Sector Under the Influence of Fintech Innovations. *XV International Conference "Russian Regions in the Focus of Changes" (ICRRFC 2020).* Moscow: Atlantis Press. Pp. 49–57. ISBN: 978-94-6239-336-3.

Список использованной литературы

Алексеенко А. А. Правовой статус и порядок работы регулятивной песочницы Центрального банка Российской Федерации // Аллея науки. 2018. № 2(7). С. 508–512.

Ваганова О. В., Коньшина Л. А., Белоцерковский Е. Д. Prospects for the development of key fintech segments in Russia // Научный результат. Экономические исследования. 2020. № 6 (2). С. 3–12.

Викулина Е. А. Россия и Нидерланды: два взгляда на систему регулятивной песочницы // Сборник научных статей студентов по результатам проведения VI Международного форума Финансового университета и Факультета международных экономических отношений / под ред. М. И. Сидоровой, Е. В. Оглоблиной. М. : Науч. технологии, 2020. С. 307–311.

Губаева Т. В., Пиголкин А. С. Лингвистические правила законодательной техники // Проблемы юридической техники : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 279–284.

Копосов А. В. Анализ сегмента финтех-технологий и их роль в развитии финансового рынка // Сборник научных трудов по материалам международной научно-практической конференции «Финансы, налоги и учет в странах дальнего и ближнего зарубежья: инновационные решения». Белгород : ООО «Агентство перспективных научных исследований», 2017. С. 237–241.

Марамыгин М. С., Чернова Г. В., Решетникова Л. Г. Цифровая трансформация российского рынка финансовых услуг: тенденции и особенности // Управленец. 2019. Т. 10, № 3. С. 70–82.

Масленников В. В., Федотова М. А., Сорокин А. Н. Новые финансовые технологии меняют наш мир // Вестник Финансового университета. 2017. Т. 21, № 2. С. 6–11.

Мартынович В. И., Найденков В. И., Спиридонова С. А. Цифровизация банковских услуг (на примере ПАО «Сбербанк») // Наука и общество. 2019. № 2. С. 32–35.

Никонов А. А., Стельмашонок Е. В. Анализ внедрения современных цифровых технологий в финансовой сфере // Научно-технические ведомости СПбГПУ. Экономические науки. 2018. Т. 11, № 4. С. 111–119.

Никулина О. В., Печенин К. К. Создание и внедрение финансовых инноваций в банковскую деятельность (на примере ПАО «Сбербанк») // Экономика устойчивого развития. 2016. № 1(25). С. 283–293.

Огородникова Е. П. Цифровизации в России, основные направления развития // Сборник статей международной заочной научно-практической конференции «Цифровая экономика – образованию и науке Союзного государства Беларуси и России» / под ред. И. А. Маньковского. Минск : Белорус. гос. аграр. технич. ун-т, 2020. С. 89–91.

Очаковский В. А., Волков А. А. Правовое положение Центрального банка России как органа, осуществляющего финансовую деятель-

ность государства // Сборник материалов XXXVI международной научно-практической конференции «Законность и правопорядок в современном обществе» / под ред. С. С. Чернова. Краснодар : Изд-во КубГАУ, 2017. С. 158–163.

Поветкина Н. А., Леднева Ю. В. «Финтех» и «регтех»: границы правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 46–67.

Пономаренко В. В., Деткина Д. А. Ключевые направления трансформации банковской индустрии в эпоху цифровой экономики // Проблемы общества и экономики, основанных на знании: инновации и неоиндустриализация : сб. науч. ст. молодых исследователей / под ред. В. В. Ермоленко. Краснодар : Кубан. гос. ун-т, 2018. С. 49–63.

Свиридов О. Ю., Некрасова И. В. Тенденции развития финтех-экосистемы в российской экономике // Вестник Волгоградского государственного университета. Экономика. 2019. № 21(4). С. 197–206.

Семеко Г. В. Новые финансовые технологии: глобальные тренды и особенности России // Экономические и социальные проблемы России. 2020. № 1. С. 50–74.

Урматова А. Д. Нормативная правовая терминология // Таврический научный обозреватель. 2017. № 2(19). С. 99–102. URL: https://cyberleninka.ru/article/n/normativnaya-pravovaya-terminologiya

Эскиндаров М. А., Абрамова М. А., Масленников В. В. и др. Направления развития финтеха в России: экспертное мнение Финансового университета // Мир новой экономики. 2018. Т. 12, № 2. С. 6–23.

Anderson T., Peterson L., Shenker S., Turner J. Overcoming the Internet impasse through virtualization // Computer. 2005. Vol. 38, issue 4. P. 34–41. DOI: 10.1109/MC.2005.136.

Arner D. W., Barberis J. N., Buckley R. P. The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm? // SSRN Electronic Journal. 2016. Vol. 47, issue 4. P. 1271–1319. DOI: 10.2139/ssrn.2676553.

Chen C. Regulatory Sandboxes in the UK and Singapore: A Preliminary Survey // Regulating FinTech in Asia: Global Context, Local Perspectives / eds. M. Fenwick, S. V. Uytsel, A. B. Ying. Forthcoming, August 2020. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3448901. DOI: 10.1007/978-981-15-5819-1.

Eyal I. Blockchain technology: Transforming libertarian cryptocurrency dreams to finance and banking realities // Computer. 2017. Vol. 50, issue 9. P. 38–49. DOI: 10.1109/MC.2017.3571042.

Gerlach C. A., Simmons R., Lam S. US Regulation of FinTech-Recent Developments and Challenges // Journal of Financial Transformation. 2016. Vol. 44. P. 87–96.

Hogan M., Liu F., Sokol A., Tong J. NIST cloud computing standards roadmap // NIST Special Publication. 2011. No. 500–291. Version 2. P. 6–11. URL: https://tsapps.nist.gov/publication/get_pdf.cfm?pub_id=909024

Huang R. H., Yang D., Loo F. F. Y. The development and regulation of cryptoassets: Hong Kong experiences and a comparative analysis // European Business Organization Law Review. 2020. Vol. 21, issue 1. P. 1–29. DOI: 10.1007/s40804-020-00174-z.

Lee D. K. C., Low L. Inclusive fintech: blockchain, cryptocurrency and ICO. New York : World Scientific, 2018. 499 p. ISBN 9789813238633 (hardcover); ISBN 9789813272767 (softcover).

Lee I., Shin Y. J. Fintech: Ecosystem, business models, investment decisions, and challenges // Business Horizons. 2018. Vol. 61, issue 1. P. 35–46. DOI:10.1016/j.bushor.2017.09.003.

Musaev V., Khobotova S., Knyazeva I., et al. Assessment of the Economic Results of the Digital Transformation of the Client-Centric System of Sberbank of Russia // SHS Web of Conferences. 2021. Vol. 93. P. 1–11. DOI: https://doi.org/10.1051/shsconf/20219304007

Ramos R. F. Cloud Computing: legal aspects and the latest work carried about by the UNCITRAL on this issue // Anuario Espanol Derecho Internacional Privado. 2018. Vol. 18. P. 441–448.

Stulz R. M. Fintech, bigtech, and the future of banks // Journal of Applied Corporate Finance. 2019. Vol. 31, issue 4. P. 86–97. DOI: 10.3386/w26312.

Suzuki Y., Oue R. FinTech legislation in Japan // Global Banking and Financial Policy Review. URL: https://1.33.188.235/IFLR_The_Global_Banking_and_Financial_Policy_Review_2016.pdf

Willment N. The travel blogger as digital nomad: (Re-)imagining workplace performances of digital nomadism within travel blogging work // Information Technology & Tourism, 2020. Vol. 22, issue 3. P. 391–416. DOI: 10.1007/s40558-020-00173-3.

Zaborovskaya A., Gruzdeva K., Borzemska M., et al. Russian Banking Sector Under the Influence of Fintech Innovations // XV International Conference “Russian Regions in the Focus of Changes” (ICRRFC 2020). M. : Atlantis Press, 2021. P. 49–57. ISBN 978-94-6239-336-3.

Информация об авторе / Information about the author

Yaroslava O. Kuchina, LLM., Cand. Sci. (Law), Research Assistant, PhD Student (University of Macau, Macau SAR).

Кучина Ярослава Олеговна, LLM., кандидат юридических наук, доцент, докторант Университета Макао (г. Макао САР).

ORCID https://orcid.org/0000-0003-1681-1038.
E-mail: yakuchina@gmail.com

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.
The author declares no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 09.04.2021; дата одобрения после рецензирования: 27.04.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 12.05.2021.
Submitted: 09.04.2021; reviewed: 27.04.2021; revised: 12.05.2021.

УДК 342; 34.03
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.103-116

Актуальные вопросы и проблемы оспаривания в судах правовых актов административно-деликтных производств антимонопольного контроля

К. А. Писенко

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

Аннотация
Введение. Рассматриваются актуальные вопросы и проблемы оспаривания в судах правовых актов административно-деликтных производств, возникающих из отношений антимонопольного контроля. В центре внимания – проблематика обеспечения баланса интересов и взаимосвязи увеличения нагрузки на судебную систему и административно-процессуального регулирования порядка оспаривания таких актов.
Теоретические основы. Методы. Теоретическую основу составили труды отечественных и зарубежных исследователей в сфере юриспруденции, прежде всего административного и административно-процессуального, антимонопольного (конкурентного), предпринимательского права и смежных научных областей. Методологическую основу настоящего исследования составляет комплекс философских, общенаучных и частно-научных методов познания.
Результаты исследования. Изучение административно-процессуального антимонопольного регулирования показало отсутствие в законодательстве продуманной системы правовых средств, обеспечивающих баланс интересов с точки зрения процессуальной экономии, эффективности использования государственных и частных ресурсов. В результате по одним и тем же событиям предполагаемых нарушений множатся административные и судебные производства в отсутствие объективной необходимости задействования многих из них. Это приводит к перегруженности судебной системы, необоснованному расходованию публичного ресурса и издержек участников процесса, создает неоправданные экономико-правовые барьеры, отвлекая силы и средства государства и частного сектора от решения задач социально-экономического развития и общественно полезной предпринимательской деятельности.
Обсуждение и заключение. Для преодоления сложившейся комплексной проблемы очевидно востребованы законодательные изменения, а в их отсутствие необходимо, как представляется, более уверенное использование принципов права, аналогии права и закона, что позволит сформировать подходы, обеспечивающие объективные потребности баланса соответствующих интересов. В настоящей работе сформулированы конкретные предложения по развитию таких подходов.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство, административный процесс, административный акт, антимонопольный контроль, баланс интересов, оспаривание, суд, решение, предписание, предупреждение, постановление, судебная система

© Писенко К. А., 2021

Для цитирования: Писенко К. А. Актуальные вопросы и проблемы оспаривания в судах правовых актов административно-деликтных производств антимонопольного контроля // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 2. С 103–116. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.103-116.

Current Issues and Problems of Challenging Legal Proceedings for Antimonopoly Control of Administrative Offences Legal in Courts

Kirill A. Pisenko

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

Abstract

Introduction. The article is devoted to the development of methods of solving the current issues and problems of how to challenge legal acts of administrative offence proceedings for antimonopoly control in the courts. The focus is on the problem of the balance of interests between support for, and on the other hand increasing the burden on the judicial system of administrative procedural regulations for challenging such acts.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of this article is the works of domestic and foreign researchers in the field of jurisprudence. This is primarily the administration and administrative procedures, antimonopoly (competition) law, business law and their related scientific fields. The methodological basis of this research is a combination of philosophical, general scientific and private scientific methods of cognition.

Results. This study of administrative and procedural antimonopoly regulation has shown that there is no well-thought-out system of legal means in the legislation that meets the needs of ensuring a balance of interests in terms of approaches to procedural economy and the efficiency of using public and private resources. As a result, administrative and judicial proceedings increase for the same events of alleged violations whilst there is an absence of an objective need to engage in many of them. This leads to overloading of the judicial system, an unreasonable expenditure of public resources and costs of participants in the process. It creates unreasonable economic-legal barriers, resulting in the distraction of the forces and resources of the state and the private sector from solving problems of social-economic development and socially useful business activity.

Discussion and Conclusion. To overcome this complicated problem, obviously, requires legislative change, confidently using the principles of law, and an analogy of law that will form the approaches for the objective needs of the balance of interests. This paper contains specific proposals for the development of such approaches.

Keywords: antimonopoly law, administrative process, administrative act, antimonopoly control, balance of interests, challenge, court, decision, injunction, warning, resolution, judicial system

For citation: Pisenko, K. A., 2021. Current issues and problems of challenging legal proceedings for antimonopoly control of administrative offences legal in courts. *Pravosudie/Justice*, 3(2), pp. 103–116. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.103-116.

Введение

В числе задач совершенствования судебной системы, порядка судопроизводства в целях повышения уровня обеспечения прав и законных интересов граждан, установления баланса интересов выделяется комплекс проблем, связанных с разрешением административных дел. Обобщенно в сфере административного судопроизводства это проблемы обеспечения единообра-

зия судебной практики [Казаков, Р. Ю., 2007], действенной защиты прав и законных интересов от административного эксцесса (произвола), с одной стороны, и формализма – с другой, являющегося, к сожалению, давней и плохоискореняемой проблемой [Аргунов, А. В., 2019], допускаемого в рамках различных видов частной и государственной, в том числе контрольно-надзорной, деятельности; обеспечения пропорциональности и соразмерности применения мер властного характера и санкций; экономической и иной обоснованности актов администрации, устанавливающих обязательные требования для физических и юридических лиц, и др.

Что касается принципа пропорциональности, то, будучи изначально продуктом немецкого права, где активно применяется и поныне [Lübbe-Wolff, G., 2014], он впоследствии был распространен на европейское право в целом. В настоящее время этот принцип все более активно применяется во многих юрисдикциях [Sieckmann, J., 2018], в том числе и на постсоветском пространстве, включая не только национальный уровень, но и право ЕАЭС [Дьяченко, Е. Б., Энтин, К. В., 2019]. Применительно к проблематике административного эксцесса следует отметить особую роль понимаемого широко административного судопроизводства в обеспечении баланса интересов. При этом в сравнительно-правовом плане нелишним будет заметить, что, как отмечено в одном из решений Европейского Суда по правам человека, «Государственному совету Франции удалось превратить административное судопроизводство в инструмент защиты индивида от эксцессов со стороны государственных органов, сблизив его с гражданским процессом, с той единственной разницей, что контроль за законностью административной деятельности осуществляется органами административной юрисдикции»[1].

Внутри самой судебной системы «головной болью» является в том числе перегруженность судей [Зырянов, С. М., 2017; Корешкова, А. О., 2016; Малько, А. В., Захаров, В. Н. и Малько, Е. А., 2013], необходимость рассматривать невероятное количество дел в течение одного дня судебных заседаний, что не может не сказываться на качестве судопроизводства, эффективности судебной защиты и обеспечении баланса интересов.

Как показывает практика, указанные группы проблем во многом имеют общий источник, а именно: неэффективность административно-процессуального регулирования и в ряде случаев – правоприменения. В связи с этим снижение нагрузки на судебную систему может быть достигнуто не только через организационную оптимизацию порядка рассмотрения судами дел, возникающих из административно-правовых отношений. В значительной мере решение проблемы лежит в плоскости совершенствования процессуальных средств регулирования.

---

[1] Постановление Европейского Суда по правам человека от 19 марта 1997 г. «Хорнсби (Hornsby) против Греции» (жалоба № 18357/91) [рус. (извлечение), англ.]. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

Результаты исследования

Достаточно ярко проявляет себя указанная проблематика в сфере антимонопольного правового регулирования.

Административный антимонопольный процесс представляет собой сложный комплекс административных процедур [Артюшенко, Д. В., 2017; Францифоров, А. Ю., 2019]. При оспаривании в суде актов антимонопольного органа, вынесенных по результатам контрольно-надзорных административно-деликтных производств, вся эта сложность транслируется в последующие судебно-процессуальные отношения, в результате чего по одним и тем же событиям предполагаемых нарушений множатся административные и судебные производства, при том что объективная потребность в них, как представляется, отсутствует. Естественно, это приводит к дополнительной перегруженности судебной системы, росту необоснованных процессуальных издержек сторон, снижению динамики развития предпринимательской деятельности и реализации различных государственных задач в множественности, повторяемости судебных процессов, что приводит к общему увеличению длительности ожидания итоговых решений по делам, без которых затруднено или невозможно продолжение хозяйствующими или властными субъектами деятельности по отдельным направлениям и проектам.

Переходя непосредственно к проблемным вопросам, напомним общие контуры административно-деликтных производств по делам о нарушении антимонопольного законодательства[2]. Они включают для начала предварительное рассмотрение материалов до возбуждения дела. После рассмотрения дела созданная для этого комиссия антимонопольного органа (далее – комиссия) выносит решение и в большинстве случаев также предписание, обязательное к исполнению. Отказ в возбуждении дела, решение и предписание могут быть оспорены в суде.

Решение согласно ст. 28.1 Кодекса об административных правонарушениях[3] (КоАП РФ) является также поводом к возбуждению дела об административном правонарушении по событию, указанному в решении комиссии. Соответствующее постановление также подлежит оспариванию.

При этом согласно законодательству выдача предписания не исключает привлечения лица к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, поскольку это параллельные, а не последовательные производства. Исключение составляет только случай выдачи предписания о взыскании в бюджет незаконного дохода: такое

---

[2] Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ (ред. от 1 апреля 2020 г.) «О защите конкуренции» // Российская газета. 2006. 27 июля.

[3] Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (ред. от 1 апреля 2020 г., с изм. и доп., вступ. в силу с 12 апреля 2020 г.) // Российская газета. 2001. 31 дек.

предписание не выдается, если лицо привлекается за данное нарушение к административной ответственности.

Неисполнение предписания образует еще один состав административного правонарушения – по ст. 19.5 (глава 19) КоАП РФ и влечет административную ответственность, причем соответствующие акты о привлечении к административной ответственности также могут быть оспорены.

Остается добавить, что на стадии предварительного рассмотрения материалов до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства по некоторым составам нарушений Федеральным законом от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о конкуренции) установлена обязанность антимонопольного органа без возбуждения дела направить лицу предупреждение. При этом предупреждение также можно оспорить в суде [Потеева, А., 2013; Чоракаев, К., 2014], что подтверждено и судебной практикой, и интерпретационными актами Верховного Суда Российской Федерации[4]. Право на оспаривание важно, так как на практике предупреждения оказывают воздействие на права и законные интересы лиц, ибо по сути содержат требования, сопоставимые с требованиями предписаний, в том числе такие требования, как перечисление в бюджет суммы дохода, полученного от нарушения антимонопольного законодательства [Писенко, К. А. и Зюзин, В. А., 2020].

Рассмотрим подтверждаемые административной и судебной практикой[5] основные сценарии умножения административных и судебных производств по тем же событиям и составам антимонопольных нарушений или признакам таких нарушений:

1) антимонопольный орган выдает предупреждение. Лицо реализует право на оспаривание (далее – оспаривает);

2) в процессе рассмотрения судами дела о законности предупреждения истекает срок его исполнения, и антимонопольный орган возбуждает дело о нарушении антимонопольного законодательства;

---

[4] Обзор по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 г.) // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 9.

[5] См., в частности, пример возбуждения антимонопольного административного дела в период продолжения судебных разбирательств о законности предупреждений: Решение Арбитражного суда г. Москвы от 8 июня 2018 г. по делу № А40-61576/18-147-675. Доступ из справочной правовой системы КонсультантПлюс; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14 августа 2018 г. № 09АП-38075/2018 по делу № А40-61576/18. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»; Определение ФАС России о назначении дела о нарушении антимонопольного законодательства № 1-10-74/00-18-18 (ФИПИ). URL: https://fas.gov.ru/documents/18-37571-18

3) по итогам разбирательства антимонопольный орган в лице комиссии выносит решение и выдает предписание, обязательное к исполнению; и то и другое оспаривается в суде;

4) на основании решения комиссии антимонопольного органа как повода к возбуждению по ст. 28.1 КоАП РФ антимонопольным органом возбуждается дело об административном правонарушении (например, по ст. 14.31 «Злоупотребление доминирующим положением») и выносится постановление о привлечении к административной ответственности[6]. Последнее также может быть оспорено в судебном порядке;

5) если лицо не исполнило предписание и оно не было отменено судом как незаконное или лицо исполнило его с нарушением срока – антимонопольный орган возбуждает дело об административном правонарушении по ст. 19.5 КоАП РФ и выносит соответствующее постановление о привлечении к административной ответственности, которое также оспаривается в судебном порядке;

6) антимонопольный орган в соответствии с Законом о конкуренции имеет право в случае неисполнения предписания обратиться в суд с заявлением о его исполнении в судебном порядке[7].

---

[6] Протокол об административном правонарушении № 044/04/14.31-104/2019, которым действия Общества квалифицированы по ч. 1 ст. 14.31 КоАП РФ, по факту поименованного в названном решении антимонопольного органа нарушения составлен 5 июня 2019 г. Параллельно в суде оспаривалось решение антимонопольного органа, по факту которого было возбуждено указанное дело об административном правонарушении. При этом окончательный судебный акт о законности решения был вынесен только 10 февраля 2020 г. См. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2020 г. № 301-ЭС19-27213 и историю дела. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс». По другому делу протокол об административном правонарушении был составлен 1 марта 2018 г., а итоговый судебный акт о законности решения УФАС России был вынесен только 6 декабря 2018 г. См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 6 декабря 2018 г. № 301-КГ18-19883 по делу № А38-10921/2017. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс». При этом постановление о привлечении к административной ответственности также было оспорено в судебном порядке. См. постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 13 февраля 2019 г. № Ф01-7141/2018 по делу № А38-3854/2018 и историю дела. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс». В другом деле УФАС по Чувашской Республике протокол был составлен 17 ноября 2015 г., а точка в деле о законности решения комиссии УФАС, которое стало поводом возбуждения дела по КоАП РФ, была поставлена окружным судом только 24 октября 2016 г. При этом решение УФАС было признано незаконным всеми тремя судебными инстанциями. См. постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 24 октября 2016 г. № Ф01-4420/2016 по делу № А79-11990/2015 и историю дела. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[7] Кроме того, по некоторым составам, по которым, правда, не предусмотрена выдача предупреждений, антимонопольный орган в соответствии с решением ко-

Указанный перечень имеет и перспективу продолжения в связи с положениями Закона о конкуренции, позволяющими антимонопольному органу пересматривать свои решения и предписания в связи с новыми или вновь открывшимися обстоятельствами. Закон о конкуренции не устанавливает при этом общего срока давности, указывается лишь на 3 месяца с момента обнаружения таких обстоятельств. Однако согласно ч. 4 ст. 51.2 Закона о конкуренции по ходатайству лица, обратившегося с заявлением, пропущенный срок подачи заявления может быть восстановлен антимонопольным органом при определенных условиях.

С учетом законодательного регулирования отношений по пересмотру срок, в течение которого может измениться судьба решения и производных от него актов, даже если они уже давно оспорены в суде, может достигать года и более с учетом не только сроков давности подачи заявления для пересмотра и их продления, но также и времени рассмотрения заявления и длительности самого производства по пересмотру решения. За это время судебное дело может пройти уже не одну судебную инстанцию.

При этом Закон о конкуренции не содержит четких ответов на вопрос, какова судьба ранее вынесенных актов, в том числе оспоренных в суде. Все эти ранее вынесенные предупреждения, решения, предписания, постановления должны аннулироваться, необходимо новое решение комиссии и круг запускается заново? Или они остаются в силе? Если первое – ведь речь идет именно о пересмотре ранее вынесенного решения, – то тогда открывается новая проблема – процессуальные средства прекращения действительности ранее вынесенных актов и судебных процессов по ним.

Помимо изложенного, согласно ч. 9 ст. 44 Закона о конкуренции антимонопольный орган наделен правом возбудить антимонопольное дело, если заявитель представляет доказательства нарушения антимонопольного законодательства, неизвестные антимонопольному органу на момент принятия такого решения. Это возможно в двух случаях:

– если ранее антимонопольный орган отказал в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в связи с отсутствием признаков нарушения антимонопольного законодательства (п. 2 ч. 9 ст. 44 Закона о конкуренции);

– если ранее комиссией антимонопольного органа было принято решение о прекращении рассмотрения дела (п. 1 ч. 1 ст. 48 Закона о конкуренции)[8].

миссии по делу о нарушении антимонопольного законодательства вправе также в определенных законом случаях, если существо дела предполагает возможность применения такой меры, обратиться в суд с иском о признании торгов и ряда иных процедур, а также заключенных по их результатам сделок недействительными.

[8] В пункте 4 ч. 9 ст. 44 содержится отсылка не к п. 1, а к п. 2 ч. 1 ст. 48 Закона о конкуренции, и это явная ошибка (забыли исправить ссылку с п. 2 на п. 1 ч. 1

По обоим случаям возможно наличие к этому моменту судебных процессов, а именно – по оспариванию предупреждений, выданных антимонопольным органом. Согласно ст. 39.1 Закона о конкуренции антимонопольный орган в случае неисполнения ранее выданного лицу предупреждения обязан возбудить дело при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства. Буквальное толкование и практика свидетельствуют, что, если антимонопольный орган приходит к выводу об ошибочности своего предупреждения и убеждается в отсутствии признаков нарушения уже после его выдачи, возбудить дело он не имеет права. Однако во многих случаях предупреждение уже к этому времени оспорено в суде. И если антимонопольный орган получит новые доказательства, изучение которых приводит к выводу о наличии признаков нарушения, он обязан согласно ч. 4 ст. 44 возбудить дело. При этом на рассмотрении суда находится или уже завершено дело об оспаривании предупреждения.

Второй случай также связан с оспариванием предупреждения. Например, антимонопольный орган прекратил дело, ранее выдав предупреждение, которое стало предметом спора в суде. После возбуждения дела по тому же событию по новым доказательствам опять возникает ситуация параллелизма судебного и административного процессов. Пока суд разбирается с предупреждением, антимонопольный орган готовит новое решение, предписание, постановление, которые так же будут оспорены в суде...

Итак, все указанные правомочия властного субъекта, права частных лиц на обращение в суд возникают в связи с одним и тем же событием и составом предполагаемого нарушения соответствующего запрета антимонопольного законодательства. С этим же событием связаны и дела о привлечении к административной ответственности за неисполнение предписаний, выданных в связи с нарушением данного запрета, и дела об оспаривании соответствующих постановлений о привлечении к административной ответственности. По сути, и здесь необходимо ответить на вопрос, а было ли предписание законным, чтобы понять, была ли обязанность его исполнять. А решение вопроса о законности предписания во многом (если не связано с процессуальными нарушениями его выдачи) зависит от установления или опровержения факта законности решения, на основании которого предписание выдано [Лысенкова, Е. Н., 2012].

ст. 48). В предыдущей редакции нынешний п. 1 был п. 2 и ссылка имела смысл: если ранее дело было прекращено комиссией, но затем появились новые доказательства, антимонопольный орган вправе возбудить дело, несмотря на свое предыдущее решение по нему. Теперь п. 2 ч. 1 ст. 48 устанавливает в качестве основания прекращения дела ликвидацию юридического лица. Рассматривать этот случай как основание для возбуждения дела при наличии новых доказательств неверно как по сути, так и в историко-сравнительном плане с учетом ранней редакции Закона. Просто забыли внести правки в п. 4 ч. 9 ст. 44 Закона.

Итак, налицо ситуация, когда в отношении одного и того же события и состава антимонопольного нарушения, тех же основных фигурантов «наматывается клубок» все новых и новых административных и судебных дел и производств.

Таким образом, суды многократно, в зависимости от активности сторон – а такая активность велика, – погружаются в разных процессах, в разных составах, в разных инстанциях в одно и то же дело.

Обсуждение и заключение

Как представляется, эта ситуация не свидетельствует о цивилизованном подходе, процессуальной экономии для всех, когда ценятся как государственные время, силы и средства, так и частные. Сложившая ситуация во многом обусловлена отсутствием продуманного административно-процессуального регулирования, прямых правил о приостановлении различных последующих производств до вынесения окончательных судебных решений по предыдущим. Для преодоления сложившейся комплексной проблемы очевидно необходимы законодательные изменения, а в их отсутствие, как представляется, следует уверенно использовать принципы права, аналогию права и закона, что позволит обеспечить баланс интересов.

Хотя действующее регулирование в некоторых случаях и содержит нормы, предписывающие учитывать в антимонопольных производствах наличие судебных решений, однако их применение для решения указанного выше блока проблем затруднено. Во-первых, эти нормы не регулируют весь спектр проблемных отношений. Во-вторых, имеют место неопределенность регулирования и высокая доля административной дискреции в этом вопросе, что не является залогом формирования стабильной и единообразной практики правоприменения.

Так, согласно п. 6 ч. 9 ст. 44 Закона о конкуренции антимонопольный орган наделен полномочием принять решение об отказе в возбуждении дела, в частности, в случае, когда вступившим в законную силу решением суда или арбитражного суда установлено отсутствие нарушения антимонопольного законодательства в действиях лица, в отношении которого подано заявление, поступили материалы. Применение этой нормы для целей отказа в возбуждении дела, когда судом установлена незаконность предупреждения, как представляется, затруднено, в частности, тем обстоятельством, что предупреждение выдается лишь на основании так называемых «признаков нарушения антимонопольного законодательства», в то время как *факт нарушения* устанавливается комиссией по итогам возбуждения и рассмотрения дела.

Таким образом, в рамках действующего регулирования суд, вероятно, не устанавливает факт отсутствия нарушения антимонопольного законодательства, признавая предупреждение незаконным, следовательно, для целей отказа от возбуждения дела о нарушении антимонопольного зако-

нодательства п. 6 ч. 9 ст. 44 Закона неприменим. Иными словами, по данному пункту наличие протекающего или завершившегося судебного дела о законности предупреждения не является основанием для отказа в возбуждении дела.

В большей степени применима, однако, ч. 11 ст. 44 Закона о конкуренции. Согласно данной ч. 11 принятие решения о возбуждении дела по результатам рассмотрения заявления, материалов может быть отложено в случае нахождения на рассмотрении в суде другого дела, выводы по которому будут иметь значение для результатов рассмотрения заявления, материалов, до принятия и вступления в силу соответствующего решения по данному делу. Однако указанная норма носит диспозитивный характер, предоставляя антимонопольному органу действовать в этом вопросе по усмотрению, на основе широкой дискреции.

Похожая диспозитивная норма содержится и в ч. 3 ст. 47 Закона о конкуренции, согласно которой комиссия антимонопольного органа может приостановить рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства, в частности, в случае и на срок рассмотрения судом другого дела, имеющего значение для рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства [Борзило, Е. Ю., 2014]. Применение данной нормы позволяет антимонопольному органу самому по усмотрению приостановить рассмотрение антимонопольного дела, если, в частности, судом рассматривается в это же время дело о законности ранее вынесенного предупреждения по тому же событию, что и антимонопольное дело.

Итак, указанные нормы позволяют решить проблему лишь отчасти, при этом очевидны риски правовой неопределенности правоприменения и неединообразия практики. Помимо указанных, иных норм для решения проблемы антимонопольное законодательство сейчас не содержит. Однако применение и этих норм в рамках практики обязательного приостановления дела в случае рассмотрения судом или арбитражным судом дела по тому же событию позволило бы смягчить в какой-то мере остроту проблемы.

Кроме того, как представляется, целесообразны дополнения законодательства положениями, предусматривающими запрет на возбуждение административных производств и/или вынесение актов по ним в случае, когда не истек срок давности оспаривания по ранее принятым актам антимонопольного органа или такой акт был оспорен, но лицо еще не исчерпало своих возможностей для судебного оспаривания в различных судебных инстанциях.

Уместно также, по нашему мнению, обратиться по аналогии к регулированию, установленному КоАП РФ. Закон о конкуренции не связывает напрямую вступление в законную силу решения комиссии с решением суда в случае оспаривания решений. Напротив, согласно ст. 31.1 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении всту-

пает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано; после истечения срока, установленного для обжалования решения по жалобе, протесту, если указанное решение не было обжаловано или опротестовано, за исключением случаев, если решением отменяется вынесенное постановление; немедленно после вынесения не подлежащего обжалованию решения по жалобе, протесту, за исключением случаев, если решением отменяется вынесенное постановление. Таким образом, в случае реализации права на судебный пересмотр именно дата итогового судебного решения по высшей инстанции становится датой вступления решения в законную силу.

Применение данного и иных указанных выше подходов вкупе с законодательными изменениями в данной области позволило бы, как представляется, изменить к лучшему текущую практику, существенно разгрузить работу судей без риска снижения уровня судебной защиты прав и законных интересов граждан и государства, привело бы к снижению процессуальных, юридических и экономико-экспертных расходов участников производств, способствовало бы повышению качества разрешения в административном и судебном порядке дел о нарушении антимонопольного законодательства.

Список использованной литературы

Аргунов А. В. Reductio ad absurdum стремления к защите прав человека, или Зачем почтальон идет в суд? // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 10. С. 24–27.

Артюшенко Д. В. О понятии, участниках и стадиях антимонопольного процесса в Российской Федерации // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2017. № 3. С. 26–32.

Борзило Е. Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности : науч.-практ. рук. М. : Статут, 2014. 335 с. ISBN 978-5-8354-1020-0

Дьяченко Е. Б., Энтин К. В. Обзор практики Суда Евразийского экономического союза в 2017–2018 годах // Закон. 2019. № 3. С. 88–109.

Зырянов С. М. Еще раз об общественной опасности административного правонарушения // Административное право и процесс. 2017. № 6. С. 43–46.

Казаков Р. Ю. Проблемы единообразия судебной практики рассмотрения арбитражными судами споров об оспаривании привлечения юридических лиц к административной ответственности по части 4

статьи 15.25 КоАП РФ // Вестник Арбитражного суда города Москвы. 2007. № 2. С. 93–94.

Корешкова А. О. Формирование и развитие института обеспечения иска в России // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 9. С. 50–54.

Лысенкова Е. Н. Административная ответственность хозяйствующих субъектов за нарушение антимонопольного законодательства // Арбитражные споры. 2012. № 3. С. 75–90.

Малько А. В., Захаров В. Н., Малько Е. А. Гражданская процессуальная правовая политика в современной России: некоторые проблемы и пути их решения // Российская юстиция. 2013. № 3. С. 43–46.

Писенко К. А., Зюзин В. А. Обеспечение прав субъектов административного процесса в практике выдачи антимонопольным органом предупреждений в связи с нарушениями антимонопольного законодательства // Российское правосудие. 2020. № 6. С. 45–51.

Потеева А. Предупреждение антимонопольного органа: проблемы правоприменения // Конкуренция и право. 2013. № 6. С. 9–13.

Францифоров А. Ю. Основания возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства по итогам прокурорской проверки // Законность. 2019. № 11. С. 38–41.

Чоракаев К. Реформирование института предупреждения антимонопольного органа // Конкуренция и право. 2014. № 4. С. 45–48.

Lübbe-Wolff G. The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court // Human Rights Law Journal (HRLJ). 2014. August. Vol. 34, no. 1–6. P. 12–18.

Sieckmann J. The principle of proportionality: a german perspective. Report // International conference Constitutional Justice and the Principle of Proportionality Sucre. European commission for democracy through law (Venice commission) in cooperation with the Constitutional Court of Bolivia. Bolivia, 7 December 2018. P. 1–12.

References

Argunov, A. V., 2019. Reductio ad absurdum of aspirations for human rights protection or why a postman goes to court? *Arbitrazhnyj i grazhdanskij process* = [Arbitration and Civil Procedure], 10, pp. 24–27. (In Russ.)

Artyushenko, D. V., 2017. Definition, participants and stages of the antitrust process in russian federation. *Zhurnal predprinimatel'skogo i korporativnogo prava* = [Journal of Business and Corporate Law], 3, pp. 26–32. (In Russ.)

Borzilo, E. Yu., 2014. *Antimonopol'nye riski predprinimatel'skoy deyatel'nosti* = [Antimonopoly risks of business activity]. Scientific and practical guide. Moscow: Statute. (In Russ.) ISBN 978-5-8354-1020-0

Chorakaev, K., 2014. [Reforming the institute of prevention of the antimonopoly authority]. *Konkurentsiya i pravo* = [Competition and Law], 4, pp. 45–48. (In Russ.)

Dyachenko, E. B. and Entin, K. V., 2019. An overview of the eurasian economic union court's case law in 2017–2018. *Zakon* = [Law], 3, pp. 88–109. (In Russ.)

Franciforov, A. Yu., 2019. The grounds for instigation of a case in violation of anti-monopoly legislation following a prosecutorial check-up. *Zakonnost'* = [Legitimacy], 11, pp. 38–41. (In Russ.)

Kazakov, R. Yu., 2007. [Problems of uniformity of judicial practice of consideration by arbitration courts of disputes on challenging the involvement of legal entities to administrative responsibility under Part 4 of Article 15.25 of the Administrative Code of the Russian Federation]. *Vestnik Arbitrazhnogo suda goroda Moskvy* = [Bulletin of the Arbitration Court of the City of Moscow], 2, pp. 93–94. (In Russ.)

Koreshkova, A. O., 2016. Formation and development of the injunctive relief institute in Russia. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess* = [Arbitration and Civil Procedure], 9, pp. 50–54. (In Russ.)

Lübbe-Wolff, G., 2014. The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court. *Human Rights Law Journal (HRLJ)*, August, 34 (1–6), pp. 12–18.

Lysenkova, E. N., 2012. [Administrative responsibility of economic entities for violation of Antimonopoly legislation]. *Arbitrazhnye spory* = [Arbitration Disputes], 3, pp. 75–90. (In Russ.)

Mal'ko, A. V., Zakharov, V. N. and Mal'ko, E. A., 2013. [Civil procedural legal policy in modern Russia: some problems and ways to solve them]. *Rossiyskaya yustitsiya* = [Russian Justice System], 3, pp. 43–46. (In Russ.)

Pisenko, K. A. and Zyuzin, V. A., 2020. Ensuring the rights of administrative process subjectsin the practice of issuing warnings by the antimonopoly authority in connection with violations of antimonopoly legislation Russian justice. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 6, pp. 45–51. (In Russ.)

Poteeva, A., 2013. Warning of the antimonopoly authority: problems of law enforcement. *Konkurentsiya i pravo* = [Competition and Law], 6, pp. 9–13. (In Russ.)

Sieckmann, J., 2018. The principle of proportionality: a german perspective. Report. *International conference Constitutional Justice and*

the Principle of Proportionality Sucre. European commission for democracy through law (Venice commission) in cooperation with the Constitutional Court of Bolivia. Bolivia, 7 December 2018, pp. 1–12.

Zyryanov, S. M., 2017. Public danger of administrative offence revisited. *Administrativnoe pravo i process* = [Administrative Law and Process], 6, pp. 43–46. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Писенко Кирилл Андреевич, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры финансового права, главный научный сотрудник Центра исследования проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69), член Научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации.

Kirill A. Pisenko, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Financial Law Department, Chief Researcher of the Justice Research Center, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation), Member of the Scientific Advisory Council of the Supreme Court of the Russian Federation.

ORCID https://orcid.org/0000-0001-7158-3563.

E-mail: pissenkokir@mail.ru

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 24.10.2020; дата одобрения после рецензирования: 18.01.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 12.05.2021.

Submitted: 24.10.2020; reviewed: 18.01.2021; revised: 12.05.2021.

УДК 343.241
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.117-138

Специальные правила назначения наказания: концептуальные основы и проблемы взаимодействия

Л. А. Прохоров, В. В. Полтавец, Е. А. Елец

ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет», г. Краснодар, Российская Федерация
kup_kubgu@mail.ru

Аннотация

Введение. Комплексное и системное исследование специальных правил назначения наказания представляет научно-практический интерес не только в рамках восстановления социальной справедливости, реализации предупредительного и исправительного воздействия, но прежде всего – в связи с необходимостью обеспечения гарантированных Конституцией прав и свобод человека на завершающей стадии уголовного судопроизводства.

Теоретические основы. Методы. Методы избраны исходя из понимания поставленных целей, задач и объекта исследования. Методологической основой работы выступает совокупность как общенаучных, так и частнонаучных методов познания социально-правовых явлений: анализа, синтеза, индукции, дедукции, системно-структурного, сравнительно-правового, историко-правового, формально-юридического.

Результаты исследования. Комплексно исследованы концептуальные основы института специальных правил назначения наказания и механизма их взаимодействия. Через призму системообразующих признаков раскрываются их сущность и круг, юридическая природа и цели применения указанных правил. Также исследуются проблемы взаимодействия специальных правил назначения как между собой, так и с иными структурными единицами института назначения наказания.

Обсуждение и заключение. На базе проведенного исследования устанавливаются отличительные признаки специальных правил назначения наказания, на основе которых формулируется их авторская дефиниция: специальными правилами назначения наказания выступают предусмотренные в Уголовном и Уголовно-процессуальном кодексах Российской Федерации правила, применяемые к виновному судом в процессе индивидуализации наказания с учетом понимания особенностей совершенного преступления, личности виновного и специфики реализуемой формы уголовного судопроизводства. Сделан вывод об относительной самостоятельности названных правил, которая подтверждается не только их отдельным закреплением в Уголовном кодексе Российской Федерации, но и наличием имманентно присущих особенностей, позволяющих их отличать от общих начал, принципов и иных правил назначения наказания. Соотношение общих и специальных правил обусловлено спецификой применения, взаимодействия названных правил, их влиянием на выбор меры наказания и функциональным предназначением.

Ключевые слова: наказание, институт специальных правил назначения наказания, общие начала назначения наказания, принципы назначения наказания, цели назначения наказания, система, взаимодействие, признак

© Прохоров Л. А., Полтавец В. В., Елец Е. А., 2021

Для цитирования: Прохоров Л. А., Полтавец В. В., Елец Е. А. Специальные правила назначения наказания: концептуальные основы и проблемы взаимодействия // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 2. С. 117–138. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.117-138.

Special Rules for Imposing Punishment: Conceptual Framework and Problems of Interaction

Leonid A. Prokhorov, Valeriya V. Poltavets, Elena A. Yelets

Kuban State University, Krasnodar, Russian Federation

For correspondence: kup_kubgu@mail.ru

Abstract

Introduction. The article is devoted to a comprehensive study of the conceptual foundations of the institution of the special rules for assigning punishment and the mechanism of the interaction of those punishments. Looked at through the prism of the signs of system formation, their essence and boundaries, their legal nature and the purposes of applying these rules are made clearly visible. This study also investigates the problems of the interaction of special rules for their appointment both among themselves as well as with other structural units of the institution of sentencing.

Theoretical Basis. Methods. The methods were selected based on an understanding of the goals, objectives and the object of the research. The methodological basis of the work is a set of both general scientific and specific scientific methods of the cognition of social and legal phenomena. These are the analysis, synthesis, induction, deduction, system-structural, comparative-legal, historical-legal, and formal-legal methods.

Results. The article is devoted to a comprehensive study of the conceptual foundations of the institution of special sentencing rules. Their essence is revealed through the prism of system-forming features, their circle, content and legal nature, and the purpose of applying these rules are specified. The problems of interaction of special rules of appointment both among themselves and with other structural units of the institution of sentencing are also investigated.

Discussion and Conclusion. On the basis of this study, the distinctive features of the special rules for the assignment of punishment are established, Using this, the author formulates a definition, according to which the special rules for the assignment of punishment are the rules provided for in the criminal and criminal procedure code of the Russian Federation, and which are applied by the court in the process of individualising the punishment to the guilty person. This needs to take take into account the understanding of the characteristics of the committed crime, the identity of the perpetrator and the specifics of the implemented form of criminal proceedings. Finally, a conclusion is made about the relative independence of the above rules, which is confirmed not only by their separate consolidation in the Criminal Code of the Russian Federation, but also by the presence of iinherent features which allow them to be distinguished from general principles, principles and other rules for assigning punishment. The ratio of general and special rules is due to the specifics of the application, the interaction of the named rules, and their influence on the choice of the punishment and their functional purpose.

Keywords: punishment, institute of special rules of sentencing, general beginnings of sentencing, principles of sentencing, sentencing purpose, system, interaction, sign

For citation: Prokhorov, L. A., Poltavets, V. V. and Yelets, E. A., 2021. Special Rules for Imposing Punishment: Conceptual Framework and Problems of Interaction. *Pravosudie/Justice*, 3(2), pp. 117–138. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.117-138.

Введение

Вопросы наказания в той или иной степени всегда волновали умы великих мыслителей прошлого (Аристотель, Ч. Беккария, И. Бентам, Ф. Гегель, И. Кант, Н. Макиавелли, Платон), а также неоднократно становились объектом исследования в трудах многих отечественных правоведов-практиков (Я. М. Брайнин, Г. С. Гаверова, И. М. Гальперин, И. И. Горелик, В. К. Дуюнов, О. О. Жижиленко, В. И. Зубкова, И. И. Карпец, Г. А. Кригер, Л. Л. Кругликов, Т. А. Лесниевски-Костарева, В. Н. Махинчук, Ф. Б. Милюков, В. В. Мясников, С. В. Полубинская, А. П. Чугаев, М. Д. Шаргородский и др.). Исследованию обстоятельств, влияющих на выбор меры наказания виновному, порядка его применения в современных реалиях с учетом развития информационных технологий, юриспруденции и психологии посвящены труды ряда зарубежных ученых [Aas, K. F., 2005, pp. 199–205; Englich, B., Mussweiler, T. and Strack, F., 2006; Frase, R. S., 2005; Freed, D. J., 1992), Євдокімова, О. В., 2013, p. 154; Зінченко, І. О. и Тютюгін, В. І., 2008, pp. 218–220; Туляков, В. О. и Макаренко, А. С., 2013, p. 224; Панов, М. І., 2010, p. 207; Махінчук, В. М., 2002, pp. 13–14; Бабанли Р. Ш., 2019, pp. 207–328].

Примечательно, что особое место в процессе пенализации такие ученые, как А. Эшворт [Ashworth, A., 2005], Андреас фон Хирш [Von Hirsch, A., 2019], М. Тонри [Tonry, M., 2006], отводят целям наказания, ратуя за справедливость и пропорциональность назначаемого наказания. При этом интересным представляется вывод сторонника теории пропорциональности наказания А. Эшворта о том, что не следует многого ожидать от наказания, поскольку оно не может оказывать существенного воздействия на уровень преступности [Ashworth, A., 2005, p. 381]. В этой связи применение названной меры должно быть устремлено исключительно к справедливости и пропорциональности.

Непосредственно специальные правила назначения наказания и практика их применения в той или иной степени анализировались в работах Н. В. Артеменко [Артеменко, Н. В., 2010], Е. В. Благова [Благов, Е. В., 2002, с. 9], А. В. Боярской [Боярская, А. В., 2015, с. 30], Г. К. Буранова, Л. Р. Валеевой [Буранов, Г. К. и Валеева, Л. Р., 2011, с. 202], Я. Ю. Васильевой [Васильева, Я. Ю., 2017], В. Н. Воронина [Воронин, В. Н., 2016, с. 278], С. С. Гаскина [Гаскин, С. С., 1984], В. П. Коняхина [Коняхин, В. П. и Полтавец, В. В., 2016, с. 15], О. В. Кривенкова [Кривенков, О. В., 2001], Е. Б. Кургузкиной [Кургузкина, Е. Б. и Зозуля, В. В., 2011] М. Л. Прохоровой [Прохоров, Л. А. и Прохорова, М. Л., 2018], А. В. Наумова [Наумов, А. В., 2014], Т. В. Непомнящей [Непомнящая, Т. В., 2006], А. М. Мифтахова [Мифтахов, А. М., 2012, с. 8], В. М. Степашина [Степашин, В. М., 2009, с. 191], А. П. Чугаева [Чугаев, А. П., 2003], Р. Н. Хамитова [Хамитов, Р. Н., 2001, с. 8] и др.

Несмотря на наличие множества публикаций, руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации по вопросам уго-

ловного наказания, анализ судебной практики и официально опубликованных данных свидетельствует о значительном количестве нарушений нормативно-правовых предписаний в названной сфере.

Так, согласно Обзору судебной практики Верховного Суда Российской Федерации, в 2019 г. в порядке надзора в судебном заседании Президиума Верховного Суда Российской Федерации рассмотрено 204 уголовных дела в отношении 219 лиц. Изменены приговоры в отношении 8 осужденных, которым наказание смягчено без изменения квалификации. Судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации по апелляционным жалобам и представлениям изменены приговоры в отношении 130 осужденных. Без изменения квалификации преступлений смягчено наказание 102 осужденным. Судебной коллегией по уголовным делам в 2019 г. изменены приговоры в отношении 66 осужденных, в том числе со смягчением наказания без изменения квалификации 55 осужденным[1].

Судебная практика противоречива в части учета специальных норм, уменьшающих пределы назначения уголовного наказания при совокупном применении ст. 64 Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ) и ст. 88 УК РФ, ст. 66 УК РФ, ст. 65 УК РФ и ст. 62 УК РФ. Первоначальная модель института обязательного смягчения наказания в российском уголовном праве включала ст. 65 УК РФ «Назначение наказания при вердикте присяжных заседателей о снисхождении» и ст. 66 УК РФ «Назначение наказания за неоконченное преступление». Этот институт был существенно скорректирован законодателем в Федеральном законе от 29 июня 2009 г. № 141-ФЗ[2]. Особого внимания заслуживает законодательная регламентация назначения наказания при рассмотрении преступления судом присяжных. Законодатель несколько раз вносил коррективы в соответствующие нормы, поэтому исследование указанных норм и судебной практики их применения подтверждает необходимость выработки алгоритма назначения уголовного наказания судом с участием присяжных заседателей [Прохоров, Л. А. и Прохорова, М. Л., 2018].

Представляется, что только комплексное исследование юридической природы, сути и содержания специальных правил, особенностей их взаимодействия позволит наиболее точным образом понять причины возникающих проблем в правоприменительной практике и изыскать эффективные способы их преодоления.

---

[1] Обзор статистических данных о рассмотрении в Верховном Суде Российской Федерации в 2019 году административных, гражданских дел, дел по разрешению экономических споров, дел об административных правонарушениях и уголовных дел. URL: https://www.vsrf.ru/documents/statistics/28771/ (дата обращения: 20.11.2020).

[2] Федеральный закон от 29 июня 2009 г. № 141-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2009. № 26. Ст. 3139.

Теоретические основы. Методы

Объектом исследования выступают общественные отношения, складывающиеся в сфере назначения наказания, в частности применения специальных правил назначения наказания. Теоретической основой проведенного исследования выступили работы как видных отечественных, так и зарубежных ученых, посвященные вопросам назначения наказания, прежде всего анализу судебной практики применения нормативных предписаний, предусмотренных в ч. 2 ст. 10, ч. 5 ст. 18, ч. 2 ст. 22, ч. 5 ст. 31, ч. 7 ст. 35, ст. 62, 63^1–70, ст. 72^1, ст. 89, п. 2 примечания к ст. 134 УК РФ, ч. 6 ст. 226^9, ч. 7 ст. 316, ч. 5 ст. 317^7, ст. 349 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (УПК РФ). В ходе работы авторы использовали совокупность общенаучных (анализ, синтез, индукции, дедукции, классификации) и частнонаучных (системно-структурный, сравнительно-правовой, историко-правовой, формально-юридический) методов познания социально-правовых явлений.

Результаты исследования

Системность – неотъемлемый признак любой отрасли права, способствующий гармоничному функционированию ее структурных элементов, таких как институты и субинституты. Названный признак проявляется в упорядоченности, внутренней согласованности, целостности, единении правовых норм, формирующих содержание определенного правового института. Понимание сути названного признака предопределяет возможность более глубокого исследования структуры и особенностей взаимодействия тех или иных институтов уголовного права и их дифференциации. Основополагающим и семиотическим в названной сфере является институт назначения наказания. Его структура видится следующим образом: принципы, цели, общие и специальные правила назначения наказания, а также правила назначения конкретных видов наказания [Коняхин, В. П. и Полтавец, В. В., 2016, с. 15].

Специальные правила как структурная единица института назначения наказания сами по себе представляют сложную мини-систему, состоящую из значительного количества правил, которые находятся в постоянном и тесном взаимодействии не только внутри подсистемы, но и с иными элементами института назначения наказания, что полностью соответствует принципам построения системы.

С точки зрения философии обязательными признаками любой системы выступают следующие:

1) выделение множества структурных элементов, единство которых представляет собой систему;

2) наличие устойчивых взаимосвязей между указанными элементами, проявляющихся при их взаимодействии;

3) присутствие организации системы;

4) обладание системой такими качествами, которые присущи системе в целом, но не свойственны ни одному из формирующих систему элементов в отдельности (эмерджетность).

Указанные признаки в своей совокупности проявляются в субинституте специальных правил назначения наказания. В силу этого понимание сущности, структуры и содержания названного субинститута предполагает выявление механизма функционирования системы специальных правил и их взаимодействия с иными правилами, а также принципами назначения наказания. Установление разнообразных связей, имеющих место внутри системы, и их иерархии не только позволяет оптимизировать процесс индивидуализации наказания, но и способствует пониманию основных направлений дальнейшей эволюции института специальных правил. В рамках реализации названных процессов следует помнить, что всякое совершенствование организации системы должно быть нацелено на повышение эффективности ее функционирования либо большей части элементов и подсистем [Четвертаков, И. М. и Четвертакова, В. П., 2009].

Специальные правила назначения наказания в большей части получили самостоятельное законодательное закрепление в главе 10 УК РФ, посвященной вопросам назначения наказания. Они находят свое отражение и в статьях, расположенных в иных главах Общей части УК РФ (например, ч. 2 ст. 10, ч. 5 ст. 18, ч. 2 ст. 22, ч. 5 ст. 31, ч. 7 ст. 35, ст. 89). Ряд дублирующих положений закреплен в УПК РФ (в частности, ч. 6 ст. 226^9, ч. 7 ст. 316, ч. 5 ст. 317^7, ст. 349 УПК), что представляется излишним, вносит элемент рассогласованности в содержание специальных правил назначения наказания и обусловливает необходимость легального уточнения механизма их применения.

Следует отметить, что уголовно-правовой и уголовно-процессуальный институты, которые в настоящее время мы называем «сделкой с правосудием», возникли достаточно давно. Они существовали, к примеру, в Британии уже в средние века: на тот момент «апелляция раскаявшегося» предполагала, что подсудимый мог избежать смерти, если помогал раскрыть другие преступления, которые совершили другие люди. Принято считать, что «сделка с правосудием» в том смысле, в котором мы ее понимаем сейчас, возникла в США примерно в конце XIX в., а затем получила распространение и в других странах.

Сущность досудебного соглашения о сотрудничестве состоит в заключении между сторонами обвинения и защиты двустороннего уголовно-процессуального договора, предметом которого являются обязательства выполнения подозреваемым или обвиняемым определенных действий, способствующих раскрытию и расследованию преступлений. В этом случае со стороны государства для данного лица предусмотрены гарантии:

а) применение особого порядка судебного разбирательства;

б) значительное сокращение размера реально назначаемого уголовного наказания;

в) обеспечение мер государственной защиты как для подозреваемого или обвиняемого, так и для его близких родственников, родственников и близких лиц [Прохоров, Л. А. и Крыжанстовская, В. С., 2015].

В части 2 ст. 62 УК РФ определены параметры решения суда в случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве:

– наличие смягчающих обстоятельств, предусмотренных п. «и» ч. 1 ст. 61 УК РФ, т. е. явка с повинной, активное способствование раскрытию и расследованию преступления, изобличению и уголовному преследованию других соучастников преступления, розыску имущества, добытого в результате преступления;

– отсутствие отягчающих обстоятельств.

При наличии этих условий срок или размер назначаемого виновному наказания *не могут превышать половины максимального срока* или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК РФ. Особые правила применения данной статьи установлены в отношении лиц, совершивших преступления, за которые предусмотрены пожизненное лишение свободы или смертная казнь, но заключивших досудебное соглашение о сотрудничестве. Часть 4 ст. 62 УК РФ устанавливает, что «в случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве, если соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса предусмотрены пожизненное лишение свободы или смертная казнь, *эти виды наказаний не применяются.* При этом срок или размер наказания *не могут превышать двух третей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания*, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса» (курсив наш. – *Авт.*).

В судебной практике имеют место сложные ситуации, обусловленные тем, что *пожизненное лишение свободы* не применяется: к лицам женского пола; лицам, совершившим преступления в возрасте до 18 лет; мужчинам, достигшим к моменту вынесения приговора 65-летнего возраста. *Смертная казнь* не применяется к этим же категориям осужденных, а также к лицу, выданному Российской Федерации иностранным государством для уголовного преследования в соответствии с международным договором при наличии условий, указанных в ч. 2^1 ст. 59 УК РФ. Имеет ли суд право применять ст. 62 УК РФ к указанным выше категориям лиц?

На этот вопрос ответил Президиум Верховного Суда Российской Федерации в решении по делу Б., осужденной по п. «а» ч. 2 ст. 105 УК РФ к 15 годам лишения свободы с отбыванием наказания в исправительной колонии общего режима. Президиум Верховного Суда Российской

Федерации отменил все предыдущие решения судов и смягчил наказание в соответствии с ч. 1 ст. 62 УК РФ[3].

В качестве исключения законодатель единожды в п. 2 примечания к ст. 134 УК РФ формализовал частный случай назначения наказания при совершении конкретного вида преступления. Учитывая уровень развития современного уголовного права, сложно согласиться с целесообразностью такого законодательного решения. Возможно, лишь исключительность приводимого в п. 2 примечания к ст. 134 УК РФ правила позволила допустить казуистичность в современном кодифицированном акте.

Резюмируя изложенное, можно сделать вывод, что к числу рассматриваемых нами специальных правил назначения наказания следует отнести: ч. 2 ст. 10, ч. 5 ст. 18, ч. 2 ст. 22, ч. 5 ст. 31, ч. 7 ст. 35, ст. 62, 63^1–70, ст. 72^1, ст. 89, п. 2 примечания к ст. 134 УК РФ, ч. 6 ст. 226^9, ч. 7 ст. 316, ч. 5 ст. 317^7, ст. 349 УПК РФ. Перечисленные правила обладают разной степенью конкретности в части описания обстоятельств, подлежащих учету, механизма и границ их оценки при назначении наказания, что достаточно часто критикуется в доктрине уголовного права.

Учитывая дискуссионность вопроса об основных признаках понятия, составляющего дефиницию рассматриваемой группы правил, представляется необходимым уточнить, что *изложенные* в перечисленных статьях *предписания представляют собой не что иное, как правила.* В доктрине уголовного права в качестве определяющего употребляются различные термины: «предписания» [Євдокімова, О. В., 2013, с. 154], «положения» [Мифтахов, А. М., 2012, с. 8], «критерии» [Воронин, В. Н., 2016, с. 278] и даже «законодательный способ формализации этапа назначения наказания» [Туляков, В. О. и Макаренко, А. С., 2013, с. 224]. Учитывая семантическое токование перечисленных терминов, следует согласиться с тем, что понимание специальных правил как предписаний, требований, критериев не противоречит их сути, однако не отражает все их существенные признаки, а прежде всего руководящее значение этих правил для суда в процессе уголовного судопроизводства. Еще одним решающим аргументом выступает содержание используемых законодателем формулировок, таких как «при наличии… наказания не могут превышать…», «положения части… не применяются, если…» и т. д.

Применение рассматриваемых специальных правил возможно исключительно судом и только при назначении наказания виновному, совершившему преступление. Их нарушение влечет отмену или изменение приговора суда.

---

[3] Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации № 66-012-60 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 4. С. 23.

Названные правила являются специальными. Однако в доктрине уголовного права объект изучения раскрывается по-разному: как «дополнительные» [Кондратьев, Я. Ю., ред., 2002, с. 318], «частные» [Кривенков, О. В., 2001, с. 134–143], «специальные» [Хамитов, Р. Н., 2001, с. 8] правила. Уточнение этого вопроса имеет принципиальное значение, поскольку само название должно оптимально отображать юридическую природу и действительное содержание рассматриваемых правил, быть максимально информативным, однозначным и семантически точным [Панов, М. І., 2010, с. 207].

Если обратиться к семантическому значению терминов «дополнительный», «частный», «специальный», то становится очевидным, что они не тождественные, в силу чего не могут раскрывать суть одного и того же явления. Так, термин «дополнительный» толкуется как «дополнение к чему-нибудь»[4], а «дополнение» – «часть, присоединяемая для разъяснения и исправления ранее написанного»[5]; «частный» – как то, что «является отдельной частью чего-нибудь»[6], «не общий и не типичный»[7], то, что «распространяется только на определенные предметы, процессы»[8], «что не вносит существенных изменений в суть чего-нибудь»[9], «является какой-либо отдельной частью, деталью чего-нибудь»[10]. Термин «специальный» раскрывается как «особенный, исключительно для чего-нибудь предназначенный»[11], «который чем-то отличается от иных, не такой как все», «особый, отдельный, не общий»[12].

Анализ правил, изложенных в перечисленных выше статьях, свидетельствует о том, что в их основу положена специфика отдельных наиболее значимых институтов уголовного права, влияющих на понимание общественной опасности совершенного и личности виновного, таких как смягчающие и отягчающие обстоятельства, особенности неоконченного преступления, соучастия, рецидива, совокупности преступлений и приговоров, возрастные и психофизиологические признаки несовершеннолетних, наркозависимость и т. п. Кроме того, отдельный блок правил сфор-

---

4 *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. М. : АЗЪ Ltd, 1992. С. 177.

5 Толковый словарь русского языка / гл. ред. Б. М. Волин, Д. Н. Ушаков. М. : Гос. изд-во иностр. и нац. словарей, 1938. Т. 1. С. 770.

6 *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Указ. соч. С. 910.

7 Толковый словарь русского языка. Т. 4. С. 1240.

8 Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел. К. : Ірпінь : ВТФ «Прун», 2003. 1168 с.

9 Там же.

10 *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Указ. соч. С. 782.

11 Великий тлумачний словник сучасної української мови.

12 Толковый словарь русского языка. Т. 1. С. 434.

мирован с учетом понимания особенностей уголовного судопроизводства, поскольку институт назначения наказания, несмотря на свою материальную (уголовно-правовую) природу, очень тесно взаимосвязан с процессуальными процедурами осуществления правосудия. Как представляется, именно этот аспект окажет значительное влияние на эволюцию института назначения наказания в будущем.

Анализируя названные правила, также необходимо отметить социальную обусловленность и историческую изменчивость не только содержания всей системы, но и каждого правила в отдельности. Их перечень неоднократно пополнялся только в период действия современного УК РФ. Последние изменения круга специальных правил произошли в 2013 г. и были обусловлены введением ст. 72^1 в УК РФ. Появление новых правил во многом продиктовано потребностью повышения эффективности противодействия распространению наркотических средств в России, а также необходимостью выполнения взятых на себя государством международно-правовых обязательств[13]. Однако правила назначения наказания наркозависимым не лишены недостатков. Их содержание не в полной мере соответствует названию ст. 72^1 УК РФ, поскольку не эксплицирует непосредственно порядок назначения наказания: отсутствуют предписания по оценке обстоятельств, имеющих значение в данном случае, не заданы вектор и границы такой оценки. Кроме того, дискреционный характер положений, представленных в ст. 72^1 УК РФ, опрометчиво расширяет пределы судебного усмотрения. Как представляется, при признании судом подсудимого наркоманом по результатам проведенной судебно-психиатрической экспертизы (п. 3^2 ст. 196 УПК РФ) неприменение названной статьи обусловлено исключительно наличием медицинских противопоказаний для проведения лечения от такого заболевания либо непосредственно фактом прохождения лечения (реабилитации) виновным в момент его осуждения. Изложенное подтверждает существование реальной потребности в дальнейшей оптимизации названных правил.

Претерпели существенные изменения и положения ст. 62, 64, 65, 69 УК РФ. С одной стороны, произошедшие трансформации свидетельствуют о гибкости и эволюции системы специальных правил. С другой стороны, не всегда являются обоснованными, на что неоднократно обращалось внимание в доктрине уголовного права. Например, следует согласиться с А. В. Боярской в том, что чем больше в УПК РФ становится упрощенных процедур уголовного судопроизводства, тем более сложной и внутренне противоречивой выглядит конструкция ст. 62 УК РФ. По мнению этого

[13] Например, п. «б» ст. 36 Единой конвенции о наркотических средствах от 30 марта 1961 г.; ст. 22 Конвенции о психотропных веществах (Вена, 21 февраля 1971 г.), а также п. 4 («б», «д») ст. 3 Конвенции ООН «О борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ» от 19 декабря 1988 г.

ученого, при детальном ознакомлении со специальными правилами назначения наказания, предусмотренными в ст. 62 УК РФ, становится очевидным, что законодатель сам не вполне понимает, какие конкретно обстоятельства он поощряет смягчением наказания [Боярская, А. В., 2015, с. 30].

Вместе с тем следует подчеркнуть, что специальные правила являются сложной структурной единицей института назначения наказания. Они соотносятся и взаимодействуют с содержанием названного института как «часть» и «целое». Согласно философскому пониманию категорий «часть» и «целое» следует прежде всего признать их единство. Основой этого единства выступает целое, которое «…представляет собой обобщенное выражение своих частей, воплощает то общее, которое объединяет части. Части суть отдельное, каждая из них обладает кроме общих с другими индивидуальными чертами» [Афанасьев, В. Г., 1980, с. 84]. При этом «в части – не только специфичность целого, но и индивидуальность, своеобразие, зависящее от природы исходного элемента. Часть отделена от целого, обладает относительной самостоятельной автономностью, выполняет свои функции в составе целого» [Алексеев, П. В. и Панин, А. В., 2015, с. 468]. Общность названных правил обусловлена их ролью, функциональным предназначением, целями и юридической природой. Специфика каждого правила очевидна и проявляется в разнообразии их содержания.

Специальные правила назначения наказания представляют собой относительно обособленную группу правил, которые являются по своей сути специальными, а по порядку применения – дополнительными. Они не являются общеобязательными для каждого случая назначения наказания [Благов, Е. В., 2002, с. 9], но, тем не менее, специальные правила назначения наказания неразрывно связаны с общими началами, предусмотренными ст. 60 УК РФ, поскольку их применение возможно только в дополнение и только в совокупности с общими началами назначения наказания [Прохоров, Л. А. и Прохорова, М. Л., 2017, с. 80–83; Полтавець, В. В., 2005а, с. 191]. Они конкретизируют и развивают общие начала назначения наказания [Благов, Е. В., 2002]. Однако, как справедливо отмечают Г. К. Буранов и Л. Р. Валеева, применение одних только специальных правил не может обеспечить конечный результат – избрание справедливого индивидуального наказания виновному, поскольку оно касается исключительно узкого, заданного только для него правила [Буранов, Г. К. и Валеева, Л. Р., 2011, с. 202]. Достижения такого результата возможно только при совокупном, комплексном применении общих начал и специальных правил. При этом можно проследить и обратное взаимодействие: общие начала сконструированы с учетом понимания специальных правил назначения наказания. Примером тому являются положения ч. 1 и 2 ст. 60 УК РФ. Комплексное применение названных правил обеспечивает целостный подход к избранию судом наказания в каждом конкретном случае.

Специальные правила не только взаимодействуют с общими началами назначения наказания, но и имеют устойчивые связи внутри подсистемы. Непосредственным подтверждением вышеуказанному служат прежде всего положения ч. 3 ст. 65, ч. 5 ст. 18 и ст. 68, ч. 3 ст. 68, ч. 1 ст. 69, ч. 4 ст. 70 УК РФ. Алгоритм взаимодействия, очередность применения специальных правил в большей степени конкретизированы Пленумом Верховного Суда Российской Федерации в постановлениях, посвященных названным вопросам (от 25 декабря 2015 г. № 58, от 25 декабря 2015 г. № 59), положения которых достаточно часто принимают аксиоматический характер в правоприменительной деятельности. Вместе с тем анализ судебной практики и доктринальных источников свидетельствует о присутствии значительного количества проблем практического характера, обусловленных ограниченностью (неполнотой) и противоречивостью легального оформления специальных правил, излишней двойственностью, малой информативностью. Принимая во внимание их функциональное предназначение, допущение подобных огрехов со стороны законодателя недопустимо, поскольку чревато серьезными негативными последствиями как для правоприменительной деятельности, так и для обеспечения гарантированных Конституцией Российской Федерации прав и свобод человека. Правильное разрешение названных проблем возможно только при понимании особенностей взаимодействия специальных правил назначения наказания.

Анализ существующих взаимосвязей между компонентами системы позволяет говорить о наличии не только горизонтального, но и вертикального порядка взаимодействия специальных правил. Иллюстрацией этому служат положения ч. 5 ст. 18 и ст. 68, ч. 5 ст. 31 и ч. 2 ст. 67, ч. 7 ст. 35 и ст. 67 УК РФ. Учитывая весьма позитивную законодательную практику, а также наличие нормативных предписаний, изложенных в ч. 2 ст. 22 и ст. 23 УК РФ, сложно объяснить отсутствие подобной конкретизации правил назначения наказания лицам с психическими расстройствами, не исключающими вменяемости, а также совершившим преступление в состоянии опьянения. Вместе с тем богатейший опыт отечественного законотворчества свидетельствует о возможности и необходимости такого шага.

Примером тому являются положения, изложенные в главе 1 в ст. 112 Уложения о наказания уголовных и исправительных 1845 г., которые конкретизировали правила назначения наказания лицам, совершившим преступление в указанном состоянии [Полтавец, В. В., 2016, с. 132].

Согласно ч. 1^1 ст. 63 УК РФ опьянение может быть признано судом отягчающим обстоятельством. Зарубежный законодатель так же, как и российский, достаточно часто признает состояние опьянения отягчающим обстоятельством, однако при этом решающее влияние на возможность привлечения к уголовной ответственности и назначения наказания оказывает добровольность (недобровольность) опьянения (Австралия,

Дания, Швеция, Великобритания, Германия и др.). Очевидно, что еще и количество потребляемого психоактивного вещества, его свойства и временной промежуток, имеющий место от момента потребления до совершения преступления, также оказывают существенное влияние на поведение субъекта преступления, принятие им рокового решения. В связи с этим имеет смысл учесть перечисленные факторы при формировании специальных правил назначения наказания лицам, совершившим преступление в состоянии опьянения.

Целостное регулирование общественных отношений, возникающих в связи с назначением наказания, является не только показателем гармоничного уголовного закона, но и необходимым условием эффективности правоприменительной деятельности в этой сфере. Применяя специальные правила назначения наказания, суд руководствуется принципами назначения наказания, его целями, установленными Уголовным кодексом Российской Федерации, что также неоднократно подчеркивалось Пленумом Верховного Суда Российской Федерации[14]. В уголовно-правовой доктрине предпринимались попытки выделения специальных целей применения названных правил. Например, В. М. Степашин полагает, что их непосредственной целью является снижение или усиление уголовно-правовой репрессии, предусмотренной законом за совершение соответствующего преступного деяния [Степашин, В. М., 2009, с. 191]. Однако, учитывая специфику рассматриваемых правил, сложно согласиться с таким мнением. Предложенное в качестве цели выступает скорее средством в достижении результата, которым является справедливое, индивидуализированное, соответствующее принципам и законодательно установленным целям наказание. Снижение или усиление репрессии не может являться самоцелью, поскольку в таком случае невозможно определить эффективность и достаточность применяемой меры, а значит, и результат в целом.

Обсуждение и заключение

С учетом изложенных признаков представляется обоснованным полагать, что **специальные правила назначения наказания** – *это предусмотренные в Уголовном и Уголовно-процессуальном кодексах Российской Федерации правила, применяемые судом в процессе индивидуализации наказания виновному с учетом понимания особенностей совершенного преступления, личности виновного и специфики реализуемой формы уголовного судопроизводства.*

Понимание сути названных правил позволяет наиболее точным образом соотнести их с общими началами назначения наказания. Прежде

[14] Пункт 1 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2015 г. № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» (Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 2).

всего, следует согласиться с Е. В. Благовым в том, что общие начала и специальные правила являются двумя группами правил одной и той же деятельности. Отсюда и первые и вторые в принципе могут быть относительно самостоятельными и не дублировать друг друга [Благов, Е. В., 2002, с. 137]. Относительная самостоятельность специальных правил подтверждается не только их отдельным закреплением в УК РФ, но и наличием имманентно присущих особенностей, позволяющих их отличать от общих начал назначения наказания. Соотношение названных групп правил выражается в следующем:

1) специальные правила назначения наказания применяются только в совокупности с общими началами и на их основе. Они конкретизируют и развивают последние; применение общих начал обязательно для суда в каждом случае назначения наказания виновному. Учет специальных правил происходит только при наличии определенных обстоятельств, указанных в уголовном законе [Полтавець, В. В., 2005b, с. 65];

2) назначая наказание, суд, учитывая обстоятельства совершенного деяния и личность виновного, может применить несколько специальных правил одновременно. Общие начала едины и единственны в своем роде;

3) институт специальных правил назначения наказания более динамичен, поскольку подвержен достаточно частым изменениям. Это обусловлено стремлением законодателя к максимальной дифференциации уголовной ответственности и обеспечению условий для индивидуализации наказания. Общие начала назначения наказания в этом плане отличаются большей стабильностью в силу их функционального предназначения и юридической природы.

Список использованной литературы

Алексеев П. В., Панин А. В. Философия : учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2015. 592 с. ISBN 978-5-392-14661.

Артеменко Н. В. Технологии назначения уголовного наказания: теоретические и правоприменительные проблемы // Уголовное право. 2010. № 3. С. 4–8.

Афанасьев В. Г. Системность и общество. М. : Политиздат, 1980. 368 с. ISBN 978-5-9710-5306-4.

Бабанли Р. Ш. Призначення покарання в Україні: теоретико-прикладні засади. Чернігів : Десна Поліграф, 2019. 488 с.

Благов Е. В. Назначение наказания: (Теория и практика). Ярославль : ЯрГУ им. П. Г. Демидова, 2002. 174 с. ISBN 5-8397-0206-4.

Боярская А. В. Дифференциация уголовного судопроизводства и ее влияние на систему специальных правил назначения наказания // Научный вестник Омской академии МВД России. 2015. № 1. С. 28–32.

Буранов Г. К., Валеева Л. Р. Специальные правила назначения наказания как целостная система // Законность и правопорядок в современном обществе. 2011. № 5. С. 201–208.

Васильева Я. Ю. Понятие и характеристика общих начал назначения наказания по российскому уголовному законодательству // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2017. № 8–9. С. 149–155.

Воронин В. Н. Критерии индивидуализации наказания за преступления, совершенные несовершеннолетними // Вестник Воронежского государственного университета. Сер.: Право. 2016. № 2. С. 277–282.

Гаскин С. С. Отягчающие обстоятельства: уголовно-правовая характеристика и пути совершенствования законодательной регламентации. Иркутск : Изд-во Иркут. ун-та, 1984. 104 с.

Євдокімова О. В. Питання застосування спеціальних правил призначення покарання // Проблеми законності. 2013. Вип. 123. С. 153–162.

Зінченко І. О., Тютюгін В. І. Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання : моногр. Харків : ФІНН, 2008. 336 с. ISBN 966-8030-04-4.

Коняхин В. П., Полтавец В. В. Институт назначения наказания: понятие и структурно-функциональный анализ // Российский следователь. 2016. № 14. С. 14–18.

Кривенков О. В. Некоторые вопросы применения специальных правил назначения наказания // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2001. № 3. С. 134–143.

Кургузкина Е. Б., Зозуля В. В. Проблемы квалификации и назначения наказания при совокупности преступлений против собственности. М. : Всерос. науч.-исслед. ин-т М-ва внутр. дел Рос. Федерации, 2011. 118 с.

Махінчук В. М. Адекватність кримінального покарання як філософсько-правова проблема : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2002. 20 с.

Мифтахов А. М. Индивидуализация наказания при его назначении с учетом исключительных обстоятельств в российском уголовном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2012. 29 с.

Наумов А. В. Преступление и наказание в истории России : в 2 ч. Ч. 1. М. : Юрлитинформ, 2014. 750 с. ISBN 978-5-4396-0688-7.

Непомнящая Т. В. Назначение уголовного наказания: Теория, практика, перспективы. СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2006. 779 с. ISBN 5-94201-475-2.

Панов М. І. Качество закона об уголовной ответственности и проблема точности правовых норм // Вибрані наукові праці з проблем правознавства / передм. В. П. Тихого. Київ : Ін Юре, 2010. 812 с.

Полтавець В. В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України. Луганськ : РВВ ЛАВС, 2005a. 239 с.

Полтавець В. В. Співвідношення загальних і спеціальних засад призначення покарання в кримінальному праві України // Проблеми нормативно-правового забезпечення захисту прав і свобод людини в діяльності ОВС : матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції, Івано-Франківськ, 31 бер. – 1 квіт. 2005 р. Івано-Франківськ : Прикарпатський юридичний інститут МВС України, 2005b. С. 60–65.

Полтавец В. В. Развитие института назначения наказания в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. // Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года: концептуальные основы и историческое значение (к 170-летию со дня принятия) : материалы междунар. науч.-практ. конф., г. Геленджик, 2–3 окт. 2015 г. / отв. ред. В. П. Коняхин, М. Л. Прохорова. Краснодар : КубГУ ; Просвещение-Юг, 2016. С. 132–140.

Прохоров Л. А., Крыжанстовская В. С. Защита прав и интересов потерпевшего как гарантия справедливого назначения наказания при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголовная политика в сфере обеспечения безопасности здоровья населения, общественной нравственности и иных социально значимых интересов : материалы IV Междунар. науч.-практ. конф. (ч. I), Краснодар, 15 апр. 2015 г. / отв. ред. М. Л. Прохорова. Краснодар : КСЭИ, 2015. С. 86–92.

Прохоров Л. А., Прохорова М. Л. Досудебное соглашение о сотрудничестве: актуальные уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Сер.: Философия. Социология. Право. 2018. Т. 43, № 2. С. 308–312.

Прохоров Л. А., Прохорова М. Л. Обязательное смягчение наказания при наличии позитивного посткриминального поведения виновного // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2017. № 2. С. 80–83.

Степашин В. М. Цели специальных правил назначения наказания // Вестник Омского университета. Сер.: Право. 2009. № 4. С. 191–194.

Туляков В. О., Макаренко А. С. Призначення покарання // Вісник Асоціації кримінального права України. 2013. № 1 (1). С. 208–227.

Уголовное право Украины: Общая часть : учебник / отв. ред. Я. Ю. Кондратьев. Киев : Атика, 2002. 447 с.

Хамитов Р. Н. Специальные правила назначения наказания за единичное преступление по российскому уголовному праву : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2001. 21 с.

Четвертаков И. М., Четвертакова В. П. Принципы эффективности организации систем // Организатор производства. 2009. № 3. С. 9–11.

Чугаев А. П. Специфика назначения наказания соучастникам преступления: компаративное исследование // Уголовно-правовые аспекты борьбы с соучастием в преступлении : материалы Всерос. науч.-практ. конф., Кубан. гос. аграр. ун-т, Краснодар, 9–10 окт. 2003 г. / под ред. А. П. Чугаева, О. В. Вакарюк. Краснодар: [б. и.], 2003. С. 59–67.

Aas K. F. Sentencing in the age of information: from Faust to Macintosh. London : GlassHouse press, 2005. 205 p. ISBN 1904385397.

Ashworth A. Sentencing and Criminal Justice. 4th ed. Oxford : Cambridge University Press, 2005. 381 p. ISBN 9780511815195.

Englich B., Mussweiler T., Strack F. Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making // Personality and Social Psychology Bulletin. 2006. Vol. 32 (2). P. 188–200. URL: http://dx.doi.org/10.1177/0146167205282152 (дата обращения: 27.11.2020).

Frase R. S. Sentencing guidelines in Minnesota, 1978–2003 // Crime and justice: A review of research / ed. M. Tonry. Chicago, IL. : University of Chicago Press, 2005. Vol. 32. P. 131–219. DOI 10.1086/655354.

Freed D. J. Federal sentencing in the wake of guidelines: Unacceptable limits on the discretion of sentencers // The Yale Law Journal. 1992. Vol. 101 (8). P. 1681–1754.

Gage W. Sentencing guidelines in England and Wales: An evolutionary approach // Sentencing commission working group. London: Sentencing Commission Working Group, 2008.

Tonry M. Purposes and Functions of Sentencing // Crime and Just. 2006. Vol. 1. P. 1–53. URL: http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/495 (дата обращения: 27.11.2020).

Von Hirsch A. Recent trends in American criminal sentencing theory // Maryland Law Review. 2019. Vol. 42, issue 1. P. 6–36. URL: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2534&context=mlr (дата обращения: 27.11.2020).

References

Aas, K. F., 2005. *Sentencing in the age of information: from Faust to Macintosh*. London: GlassHouse press. ISBN 1904385397.

Afanas'ev, V. G., 1980. *Sistemnost' i obshchestvo* = [Consistency and society]. Moscow: Politizdat. (In Russ.) ISBN 978-5-9710-5306-4.

Alekseev, P. V. and Panin, A. V., 2015. *Filosofiya* = [Philosophy]. Textbook. 4th ed., reprint. and add. Moscow: Prospekt. (In Russ.) ISBN 978-5-392-14661.

Artemenko, N. V., 2010. Technologies of criminal sentencing: theoretical and law-enforcement problems. *Ugolovnoye pravo* = [Criminal Law], 3, pp. 4–8. (In Russ.)

Ashworth, A., 2005. *Sentencing and Criminal Justice*. 4th ed. Oxford: Cambridge University Press. ISBN 9780511815195.

Babanly, R. Sh. 2019. *Pryznachennya pokarannya v Ukrayini: teoretyko-prykladni zasady* = [Sentencing in Ukraine: theoretical and applied principles]. Chernihiv: Desna Polygraph. (In Ukr.)

Blagov, E. V., 2002. *Naznachenie nakazaniya. Teoriya i praktika* = [Sentencing. Theory and practice]. Yaroslavl': Demidov Yaroslavl' State University. (In Russ.) ISBN 5-8397-0206-4.

Boyarskaya, A. V., 2015. Differentiation of criminal proceedings and its influence on the system of special rules of inflicting punishment. *Nauchnyy vestnik Omskoy akademii MVD Rossii*. = [Scientific Bulletin of the Omsk Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia], 1, pp. 28–32. (In Russ.).

Buranov, G. K. and Valeeva, L. R., 2011. [Special rules for sentencing as a holistic system]. *Zakonnost' i pravoporyadok v sovremennom obshchestve* = [Legality and Law and Order in Modern Society], 5, pp. 201–208. (In Russ.).

Chetvertakov, I. M. and Chetvertakova, V. P., 2009. Principles of effective organization of systems. *Organizator proizvodstva* = [Production Organizer], 3, pp. 9–11. (In Russ.).

Chugaev, A. P., 2003. [The specifics of sentencing accomplices in a crime: a comparative study]. *Ugolovno-pravovyye aspekty bor'by s souchastiyem v prestuplenii* = [Criminal and legal aspects of combating complicity in a crime]. Materials of the All-Russian scientific-practical conference, Krasnodar, October 9–10, 2003. Krasnodar. Pp. 59–67. (In Russ.)

Englich, B., Mussweiler, T. and Strack, F., 2006. Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 32(2), pp. 188–200. Available at: <http://dx.doi.org/10.1177/0146167205282152> [Accessed 27 November 2020].

Evdokimova, O. V., 2013. [Questions of application of special rules of appointment of punishment]. *Problemi zakonnosti* = Problems of Legality, 123, pp. 153–162. (In Ukr.)

Frase, R. S., 2005. Sentencing guidelines in Minnesota, 1978–2003. In: M. Tonry, ed. *Crime and justice: A review of research*. Chicago, IL: University of Chicago Press. Vol. 32, pp. 131–219.

Freed, D. J., 1992. Federal sentencing in the wake of guidelines: Unacceptable limits on the discretion of sentencers. *The Yale Law Journal*, 101(8), pp. 1681–1754.

Gage, W., 2008. *Sentencing guidelines in England and Wales: An evolutionary approach*. In: Sentencing commission working group. London: Sentencing Commission Working Group.

Gaskin, S. S., 1984. *Otyagchayushchiye obstoyatel'stva: ugolovno-pravovaya kharakteristika i puti sovershenstvovaniya zakonodatel'noy reglamentatsii* = [Aggravating circumstances: criminal law characteristics and ways of improving legislative regulation]. Irkutsk: Irkutsk Publishing House. (In Russ.)

Khamitov, R. N., 2001. [*Special rules for imposing punishment for a single crime under Russian criminal law*]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Kazan. (In Russ.)

Kondrat'ev, Ya. Yu., ed., 2002. *Ugolovnoye pravo Ukrainy: Obshchaya chast'* = [Criminal law of Ukraine: General part]. Textbook. Kiev: Atika. (In Russ.)

Konyakhin, V. P. and Poltavets, V. V., 2016. Institute of punishment attribution: notion and structural functional analysis. *Rossiyskiy sledovatel'* = [Russian Investigator], 14, pp. 14–18. (In Russ.)

Krivenkov, O. V., 2001. [Some questions of the application of special rules for sentencing]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedeniye* = [Bulletin of Higher Education Institutions. Jurisprudence], 3, pp. 134–143. (In Russ.)

Kurguzkina, E. B. and Zozulya V. V., 2011. *Problemy kvalifikatsii i naznacheniya nakazaniya pri sovokupnosti prestupleniy protiv sobstvennosti* = [Problems of qualification and sentencing in the aggregate of crimes against property]. Moscow: All-Russian Research Institute of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. (In Russ.)

Makhinchuk, V. M., 2002. *Adekvatnist' kryminal'noho pokarannya yak filosofs'ko-pravova problema* = [Adequacy of criminal punishment as a philosophical and legal problem]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Kiev. (In Ukr.)

Miftakhov, A. M., 2012. *Individualizatsiya nakazaniya pri yego naznachenii s uchetom isklyuchitel'nykh obstoyatel'stv v rossiyskom ugolovnom prave* = [Individualization of punishment when it is imposed taking into account exceptional circumstances in Russian criminal law]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Nizhniy Novgorod. (In Russ.)

Naumov, A. V., 2014. *Prestuplenie i nakazanie v istorii Rossii* = [Crime and punishment in the history of Russia]. In 2 parts. Part 1. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.) ISBN 978-5-4396-0688-7.

Nepomnyashchaya, T. V., 2006. *Naznachenie ugolovnogo nakazaniya: Teoriya, praktika, perspektivy* = [Appointment of criminal punishment: theory, practice, prospects]. St. Petersburg: Publishing House of R. Aslanov "Yurid. Tsentr Press". (In Russ.) ISBN 5-94201-475-2.

Panov, M. I., 2010. [The quality of the law on criminal liability and the problem of the accuracy of legal norms]. In: V. P. Tikhy, ed. *Vybrani naukovi pratsi z problem pravoznavstva* = [Selected scientific works on the problems of jurisprudence]. Kiev: In Jure. (In Russ.)

Poltavets, V. V., 2005a. *Zahal'ni zasady pryznachennya pokarannya za kryminal'nym pravom Ukrayiny* = [General principles of sentencing under the criminal law of Ukraine]. Luhansk: RVV LAVS. (In Ukr.)

Poltavets, V. V., 2005b. [The ratio of general and special principles of sentencing in the criminal law of Ukraine]. In: *Problemi normativno-pravovogo zabezpechennya zahistu prav i svobod lyudini v diyal'nosti OVS* = [Problems of regulatory and legal support for the protection of human rights and freedoms in the police]. Materials of the All-Ukrainian scientific and practical conference, Ivano-Frankivsk, Ukraine, 31 Mar. – April 1, 2005. Ivano-Frankivsk: Precarpathian Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. Pp. 60–65. (In Ukr.)

Poltavets, V. V., 2016. [Development of the institution of sentencing in the Code of Criminal and Correctional Punishments of 1845]. *Ulozhenie o nakazaniyah ugolovnyh i ispravitel'nyh 1845 goda: konceptual'nye osnovy i istoricheskoe znachenie (k 170-letiyu so dnya prinyatiya)* = [Code of Criminal and Correctional Punishments of 1845: conceptual foundations and historical significance (to the 170th anniversary of its adoption)]. Materials of the International scientific and practical conference, Gelendzhik, October 2–3, 2006. Gelendzhik: Kuban State University; Prosveshcheniye-Yug. Pp. 132–140. (In Russ.)

Prokhorov, L. A. and Kryzhanstovskaya, V. S., 2015. [Protection of the rights and interests of the victim as a guarantee of a fair punishment when concluding a pre-trial cooperation agreement]. *Ugolovnaya politika v sfere obespecheniya bezopasnosti zdorov'ya naseleniya, obshchestvennoy nravstvennosti i inykh sotsial'no znachimykh interesov* = [Criminal policy in the field of ensuring public health security, public morality and other socially significant interests]. Materials of the 4th International Scientific and Practical Conference, Krasnodar, 15 April, 2015. Krasnodar, 2015. Pp. 86–92.

Prokhorov, L. A. and Prokhorova, M. L., 2017. [Obligatory mitigation of punishment in the presence of positive post-criminal behavior of the

perpetrator]. *Gumanitarnyye, sotsial'no-ekonomicheskiye i obshchestvennyye nauki* = Humanities, Socio-Economic and Social Sciences, 2, pp. 80–83. (In Russ.).

Prokhorov, L. A. and Prokhorova, M. L., 2018. [Pre-trial cooperation agreement: actual criminal-legal and criminal-procedural aspects]. *Nauchnyye vedomosti Belgorodskogo gosudarstvennogo universiteta. Ser.: Filosofiya. Sotsiologiya. Pravo* = Scientific Bulletin of Belgorod State University. Series Philosophy. Sociology. Right, 43(2), pp. 308–312. (In Russ.)

Stepashin, M. V., 2009. Aims of special rules of assignment of punishment. *Vestnik Omskogo universiteta. Ser.: Pravo* = [Bulletin of Omsk University. Series Right], 4, pp. 191–194. (In Russ.)

Tonry, M., 2006. Purposes and Functions of Sentencing. *Crime and Just*, 1, pp. 1–53. Available at: <http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/495> [Accessed 27 November 2020].

Tulyakov, V. O. and Makarenko, A. S., 2013. [Sentencing]. *Visnyk Asotsiatsiyi kryminal'noho prava Ukrayiny* = [Bulletin of the Association of Criminal Law of Ukraine], 1(1), pp. 208–227. (In Ukr.)

Vasil'eva, Ya. Yu., 2017. [The concept and characteristics of the general principles of sentencing under Russian criminal law]. *Gumanitarnyye, sotsial'no-ekonomicheskiye i obshchestvennyye nauki* = [Humanitarian, Socio-Economic and Social Sciences], 8–9, pp. 149–155. (In Russ.)

Von Hirsch, A., 2019. Recent trends in American criminal sentencing theory. *Maryland Law Review*, 42(1), pp. 6–36. Available at: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2534&context=mlr>. [Accessed 27 November 2020].

Voronin, V. N., 2016. [Criteria for individualization of punishment for crimes committed by minors]. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Ser.: Pravo* = [Bulletin of the Voronezh State University. Series Right], 2, pp. 277–282. (In Russ.)

Zinchenko, I. O. and Tyutyugin, V. I., 2008. *Mnozhinnist' zlochiniv: ponyattya, vidi, priznachennya pokarannya* = [Plurality of crimes: concepts, types, purpose of punishment]. Monograph. Kharkiv: FINN. (In Ukr.) ISBN 966-8030-04-4.

Информация об авторах / Information about the authors

Прохоров Леонид Александрович, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права и криминологии ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет» (Россия, 350000, г. Краснодар, ул. Рашпилевская, д. 43).

Leonid A. Prokhorov, Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Criminal Law and Criminology Department, Kuban State University (43 Rashpilevskaya St., Krasnodar, 350000, Russian Federation).
ORCID https://orcid.org/0000-0003-0662-6066.
E-mail: kup_kubgu@mail.ru

Полтавец Валерия Владимировна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права и криминологии ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет» (Россия, 350000, г. Краснодар, ул. Рашпилевская, д. 43).
Valeriya V. Poltavets, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Associate Professor of the Criminal Law and Criminology Department, Kuban State University (43 Rashpilevskaya St., Krasnodar, 350000, Russian Federation).
ORCID https://orcid.org/0000-0002-0854-6628.
E-mail: pvaleri111@gmail.com

Елец Елена Анатольевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет» (Россия, 350000, г. Краснодар, ул. Рашпилевская, д. 43).
Elena A. Yelets, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Criminal Law and Criminology Department, Kuban State University (43 Rashpilevskaya St., Krasnodar, 350000, Russian Federation).
E-mail: elena-elec@rambler.ru

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.
The authors declare no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 01.12.2020; дата одобрения после рецензирования: 02.02.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 12.05.2021.
Submitted: 01.12.2020; reviewed: 02.02.2021; revised: 12.05.2021.

УДК 343.3/.7; 343.9
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.139-153

The Abuse of Underage Athletes

Ekaterina N. Rakhmanova

North-West Branch, Russian State University of Justice, Saint Petersburg, Russian Federation
For correspondence: ekaterina.rachmanova@gmail.com

Abstract
Introduction. Millions of children are ill-treated every day at home, at school, on the streets, and in sports. While sport is believed to promote health and help children to develop important social skills, its importance is often overestimated. In sports culture, violence is often taken for granted. This is an integral part of the cruel treatment of children in sports. Further, the closed nature of sports can only partially explain why both foreign and domestic experts still pay so little attention to the abuse of young athletes.
Theoretical Basis. Methods. This research has been based on general scientific methods (such as analysis and synthesis, induction and deduction, and the system analysis method) and methods of legal science (including methods of comparative jurisprudence, methods of literal, systematic and historical interpretation of legal norms). The theoretical basis of the thesis was the scientific papers of Russian and foreign experts in the field of criminal law, criminology, sociology, psychology and sports law.
Results. A study of data on child abuse in sports, including scientific papers, data and recommendations provided by international organisations, shows that a common understanding of the term has not yet been developed nor have the specifics of “child abuse in sports” been determined. Analysis of the currently available documents developed by international organisations, shows that most of the recommendations are superficial and vague. Certain types of illtreatment, such as sexual abuse by peer or exploitation of the labour of child athletes are not covered in detail.
Discussion and Conclusion. Considering the results of the studies of laws and regulations conducted in several foreign countries by international organisations, the authors have concluded that regardless of whether cruel treatment of children is a sporting tradition, no cruelty towards them can be justified; violence and exploitation of children athletes need to be prevented.

Keywords: sports, a minor, abuse, violence, exploitation, doping, labour of minor athletes

Acknowledgements. The study was carried out with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research within the framework of project 20-011-00414 A “Criminal law and criminological problems of combating crime in the field of sports”.

For citation: Rakhmanova, E. N., 2021. The abuse of underage athletes. *Pravosudie/Justice*, 3(2), pp. 139–153. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.139-153.

© Рахманова Е. Н., 2021

Жестокое обращение с несовершеннолетними спортсменами

Е. Н. Рахманова

Северо-Западный филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Санкт-Петербург, Российская Федерация
ekaterina.rachmanova@gmail.com

Аннотация
Введение. Миллионы детей ежедневно подвергаются жестокому обращению дома, в школе, на улице, в спорте. Считается, что спорт способствует укреплению здоровья, помогает детям развивать важные социальные навыки, но его значение для их развития зачастую переоценивается. Восприятие насилия, неотъемлемой составляющей жестокого обращения с детьми в спорте, как нормы в рамках спортивной культуры, закрытость спорта могут только отчасти объяснить, почему до сих пор на жестокое обращение с детьми-спортсменами обращается так мало внимания как зарубежными, так и отечественными специалистами.
Теоретические основы. Методы. Исследование основывалось на общенаучных методах (анализ и синтез, индукция и дедукция, метод системного анализа) и методах юридической науки (методы сравнительного правоведения, методы буквального, систематического и исторического толкования правовых норм). Теоретической основой работы послужили труды российских и зарубежных специалистов в области уголовного права, криминологии, социологии, психологии и спортивного права.
Результаты исследования. Изучение данных о жестоком обращении с детьми в спорте, научных работ, материалов международных организаций и их рекомендаций показывает, что до сих пор не выработано единое понимание термина и не определена специфика «жестокого обращения с детьми в спорте». Анализ имеющихся сегодня документов, разработанных международными организациями, свидетельствует, что большинство рекомендаций сформулированы в общей форме и нечетко. Некоторые виды жестокого обращения, такие как, например, сексуальное насилие со стороны сверстников, эксплуатация труда детей-спортсменов, подробно не рассматриваются.
Обсуждение и результаты. С учетом результатов анализа исследований, проведенных в ряде зарубежных стран и международными организациями, нормативных правовых актов делается вывод, что независимо от того, являются ли формы жестокого обращения с детьми спортивной традицией, никакая жестокость с ними не может быть оправдана, насилие и эксплуатацию детей-спортсменов необходимо предотвратить.

Ключевые слова: спорт, несовершеннолетний, жестокое обращение, насилие, эксплуатация, допинг, труд несовершеннолетних спортсменов

Благодарности. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках проекта 20-011-00414 А «Уголовно-правовые и криминологические проблемы противодействия преступности в сфере спорта».

Для цитирования: Рахманова Е. Н. Жестокое обращение с несовершеннолетними спортсменами // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 2. С. 139–153. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.139-153.

Introduction

Sport is an integral part of culture and an area of social activity of society. It is necessary for the development of children, has a positive effect on both their physical and social development.

But in recent years, the topic of child protection in sports has attracted the attention of the international community, which has had to admit that chil-

dren who play sports are at risk of abuse [Brackenridge, C. H. and Rhind, D., 2010] and need special protection[1].

In this regard, the International Olympic Committee (IOC) has issued several special Consensus Statements: "Preparing Elite Child Athletes"[2], "Age determination" [Engebretsen, L., Steffen, K., Bahr, R., et al., 2010], "Health and fitness of young people through physical activity and sports"[3], Youth Sports Development [Bergeron, M. F., Mountjoy, M., Armstrong, N., et al, 2015], Sexual Harassment and Violence in Sports [Mountjoy, M., Brackenridge, C., Arrington, M., et al., 2016].

In March 2019, at the forty-third session of the UN Human Rights Council, the Report of the Special Rapporteur on the sale of children and the sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and the production of other materials on sexual abuse of children, was heard, in which, inter alia, attention is also paid to the problems of treating children in sports[4].

At the same time, there is little research on this topic. There are practically no domestic works devoted to child abuse in sports [Atarbekova, A. A., 2018a; Atarbekova, A. A., 2018b].

Theoretical Basis. Methods

The aim of this study is the problem of child abuse in sports, which deserves special study. To achieve this goal, it is planned to address the following tasks: to consider the types of child abuse in sports, and to formulate some proposals for solving this problem.

Sport is a systematic training associated with certain sacrifices and efforts, both physical and psychological. This fully applies to young athletes. Today it is the norm to train children, sometimes from the age of four. Focusing on sports achievements, coaches, sports schools and parents can ignore the

---

1 International guarantees for the protection of children in sports. URL: https://www.sportanddev.org/sites/default/files/media/russian_-_safeguarding_children_in_sport.pdf

2 IOC Consensus Statement on Training the Elite Child Athlete. URL: https://stillmedab.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/News/20051411-Consensus-Statement-Adopted-On-Training-The-Elite-Child-Athlete/EN-Training-the-Elite-Child-Athlete-report-1016.pdf#_ga=2.109143365.1323572861.1610803413-950056558.1610189516

3 Consensus statement on the health and fitness of young people through physical activity and sport Lausanne, January 2011. URL: https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/IOC/Who-We-Are/Commissions/Medical-and-Scientific-Commission/EN-IOC-Consensus-Statement-on-the-Health-and-Fitness-of-Young-People-Through-Physical-Activity.pdf

4 Trafficking and Sexual Exploitation of Children, Including Child Prostitution, Child Pornography and Other Materials on Sexual Abuse of Children: Report of the Special Rapporteur to the 40th Session on Human Rights of the United Nations. February 25 – March 22, 2019. URL: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/446/95/PDF/G1844695.pdf?OpenElement

needs of children in terms of their physical, educational, psychological and social development [Rogaleva, L. N., Khaerzamanova, Yu. V., Malkin, V. R. and Bogdanova, M. V., 2018]. Coaches and parents are often not so much concerned about what benefits children can benefit from playing sports, but what benefits children playing sports can bring them.

Speaking about child abuse, some experts believe that "we are talking about a generalised concept that includes both physical and mental violence" [Avdeeva, L. A., 2009, p. 110; Kartavchenko, B. B., 2008, p. 66]. Yu. E. Pudovochkin suggests replacing the concept of "cruel treatment" with the concept of "violence" [Pudovochkin, Yu. E., 2002, p. 187].

Results

In our opinion, the most accurate definition of the WHO should be recognised: "Child abuse or maltreatment is all forms of physical and/or emotional abuse, sexual abuse, neglect, neglect, trafficking or other forms of exploitation that can lead or lead to actual harm to the child's health, survival, development or dignity in the context of a relationship of responsibility, trust or power"[5].

Exploitation of Underage Athletes

Sports training and child labour have much in common. The International Labour Organisation defines child labour as work "that deprives them of their childhood, their potential, their dignity and harms their physical and mental development"[6].

This fully applies to child athletes despite the fact that in 2008 the Labour Code of the Russian Federation was supplemented by Ch. 54.1 "Features of the regulation of the work of athletes and coaches"[7]. Despite the provision of special guarantees for child athletes [Alekseev, S. V., 2016], sports clubs nowadays prefer a civil contract, thereby evading the obligation to comply with labour legislation.

Children, especially those involved in sports on a professional basis, train like adult athletes; parents, coaches, agents depend on the success of their children in terms of their own employment and income in the hope of future prize money [Donnelly, P. and Petherick, L., 2004, p. 311]. The system of intensive training and games several times a week and several hours a day can hardly be considered as "light work" that does not harm the health of a minor [Buyanova, M. O., 2018, p. 242].

---

5 Consultation on Child Abuse Prevention ((1999: Geneva, Switzerland)); World Health Organization. Violence and Injury Prevention Team & Global Forum for Health Research (1999). Report of the Consultation on Child Abuse Prevention, 29–31 March 1999, WHO, Geneva. World Health Organization. URL: https://apps.who.int/iris/handle/10665/65900

6 What is child labour. URL: https://www.ilo.org/ipec/facts/lang--en/index.htm

7 Federal Law of February 28, 2008 No. 13-FZ "On Amendments to the Labor Code of the Russian Federation" // Rossiyskaya Gazeta. 2008. 5 March.

In other words, it must be recognised that children involved in sports on a permanent (professional) basis are performing work that by its nature may harm the health and safety of children, in other words, they are doing "dangerous work".

Finally, we must not forget about the practice of transferring children from club to club (transfers), which is essentially a form of selling them for the purpose of forced labour. Transfers are always accompanied by monetary compensation, i. e. payment for the athlete. The legal regulation of this process, as well as the identification of cases of transfers of minors, is complicated by the specifics of sports management, specifically the closed nature of sports organizations. "Almost all the rules governing transfers of minors are concentrated in the acts of sports federations, there is practically no special federal legislation. The reason for this is a specific area of regulation, which is rather difficult to bring to a single "normative denominator", namely, relations that are characteristic only of the sports system"[8].

Attempts are being made to limit the practice of transferring or transferring athletes to other clubs or schools before they reach the age of majority. [Gnizdovskaya, A. M., 2018]. However, the lack of clear regulation leads to the fact that children turn into a type of capital (as indicated in Resolution 1875 (2012) of PACE – Parliamentary Assembly of the Council of Europe), young athletes are treated as a commodity, which increases the risk of violations of their rights by both individuals and organised crime. In this regard, PACE recommends introducing into national legislation the following:

13.1. prohibiting commercial transfers of athletes under the age of 16 to prevent minors from becoming the subject of financial transactions;

13.2. prohibiting the payment of remuneration to intermediaries for athletes under the age of 16 (this prohibition should also apply to non-commercial transfers);

13.3. making mandatory (for all sports) measures arising from the ten recommendations adopted by the Union of Professional Football Clubs of France (UCPF) regarding the admission of foreign minors to the club;

13.4. make it mandatory to combine sports with school / vocational education, without which the transfer to another club will be considered invalid, regardless of the legal form in which it took place (transfer, rent, etc.);

13.5. prohibiting the issuance of student or tourist visas to athletes and considering the possibility of introducing special visas that take into account the specifics of sports and ensure monitoring of the migration movement of athletes[9].

---

[8] Features of transfers of minor athletes. URL: http://sportfiction.ru/books/chetvertaya-mezhdunarodnaya-nauchno-prakticheskaya-konferentsiya-sportivnoe-pravo-perspektivy-razvitiya-materialy-konferentsii/?bookpart=195884

[9] Good governance and ethics in sports. Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe 1875 (2012). URL: https://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/[Russian_documents]/%5B2012%5D/%5BApr2012%5D/Res1875_rus.asp#P6_148

Sports Violence

Studies devoted to the problem of violence refer to the presence of sport specific risk factors [Cense, M. and Brackenridge, C., 2001; Abdulkarimov, S. A., 2006; Alekseeva, A. P., 2012]. In this case, the reference is to physical violence during training, notably in the framework of a sports game or in connection with it.

Violence as a training method has a long tradition in sports and is often considered essential for athletic performance. Thus, V. S. Sbitnev and K. V. Kharagezov emphasise that "in its competitive nature, the sport is already aggressive, as athletes in competitions tend to suppress their rivals. Therefore, it is impossible to completely exclude violence from sport, it is generated by the spirit of rivalry in order to resist the opponent" [Sbitnev, V. S. and Kharagezov, K. V., 2018, p. 154]. Indeed, certain risks in sports are inevitably present. This is particularly the case with so called contact sports such as wrestling, hockey, football, etc.

In sports sociology, the typology of sports violence developed by the Canadian sociologist Michael D. Smith has gained particular popularity. He singled out four categories of violence in sports, two of which are "hard contact with the body" and "borderline violence", manifested, for example, in taking the ball in a football match or elbowing an opponent while playing basketball. In sports, this is considered permissible, and only in exceptional cases it can be a violation of ethical norms or the rules of the game. The third category of violence – "quasi-criminal violence" – actions that violate not only the rules of the game, but in some cases may lead to criminal liability. For example, hitting the head with a fist during a football match. And, fourth, "criminal violence" is an act that causes serious harm to the health of an athlete or even death, it almost always entails criminal liability of the player. For example, a deliberate blow, carried out in violation of the rules, during a fight, causing serious harm to the health of an athlete [Smith, M. D., 1983].

But this typology does not take into account psychological and sexual abuse. In this case, the behaviour is not aggressive and the violence is not noticeable, but in terms of the severity of the consequences, it is more dangerous than physical violence.

Paolo David [David, P., 2005, p. 56] classifies the types of violence applied to minors in sports as follows:

1. Physical: excessive exercise, insufficient rest, corporal punishment, restriction in food, dieting, peer violence, encouragement of a "playful" attitude, imposed use of doping;
2. Sexual: verbal comments, physical abuse, abusive touching, rape;
3. Psychological: excessive pressure, verbal abuse, emotional abuse;
4. Neglect: failure to provide proper care and attention, willful negligence, imposed isolation.

Studies conducted in Belgium and the Netherlands show that of the athletes under the age of 18 who were surveyed, 38% of respondents report-

ed psychological abuse, 11% – physical and 14% of sexual abuse [Vertommen, T., et al., 2016].

Many famous athletes talk about cases of physical violence that others perceived as normal or tried not to pay attention. In turn, a minor athlete was afraid to seek help from parents, coaches for fear of being expelled from a club, school, team, upset parents, publicity and so on[10].

Hazing and sexual violence in sports are issues that are increasingly gaining public scrutiny, notably thanks to the media.

Hazing is sports-related violence perpetrated by a member or members of a sports group against a person seeking to be included in, join or accept the group. Hazing can be in the form of initiation of new team members by veterans of the team, accompanied, inter alia, by sexual violence. Many hazing practices when celebrating the start or end of a season include degrading behavior, alcohol consumption, promiscuous or sexually explicit, violent acts against individuals or groups, either in the presence of a coach or with his approval [Fields, S. K., Collins, C. L. and Comstock, R. D., 2010].

Sexual violence can be found in all sports, and its prevalence in children's sports ranges from 2% to 22% [Brackenridge, C. H., et al., 2008].

Most of the research on sexual abuse focuses on the coach as the perpetrator and the athlete as the victim.

A feature of the sports life of children is that coaches and students spend long hours together. They live together in sports camps, in hotels, in sports boarding schools, away from home and outside parental control. Coaches are often actually substitutes for parents, and their authority is rarely questioned by both parents and athletes. Young athletes develop strong bonds with them and develop a special relationship of trust. This is superimposed on the inability, unwillingness or excessive trust of parents and even illiteracy, which do not allow them to closely monitor the physical or mental state of the child, their relationship [Kirby, S. L., Greaves, L. and Hankivsky, O., 2000; Lozhkin, G. V., Volianyuk, N. Yu. and Kolosov, A. B., 2009; Lozhkin, G. V., Volianyuk, N. Yu. and Kolosov, A. B., 2017].

Unfortunately, sport is an ideal environment for sexual violence and harassment, since it is closed to outsiders and allows behaviour that, for example, is unacceptable at school. The trainer can touch children during training, relying on the confidence or trust of the child and parents. This physical contact initiated by the trainer creates a grey zone between appropriate and abusive behavior, which in turn causes limited disclosure. One example – the coach of a sports school in Odintsovo near Moscow has allegedly corrupted six of his child athletes for several years. For a long time, they did not tell any-

[10] "I was a living corpse": Elena Berezhnaya on partner violence and romance with Sikharulidze. URL: https://www.cosmo.ru/stars/news/08-07-2020/ya-bylazhivym-trupom-elena-berezhnaya-o-nasilii-partnera-i-romane-s-siharulidze/

one about what was happening, but later they themselves went to the police. The case is currently being taken to court[11].

Sexual abuse can also take place in a locker room, in a sports camp and be committed by one child against another, can be committed on a train en route to competitions with the connivance of coaches, persons accompanying children to the competition sites, doctors, etc.

The types of violence listed above are closely interconnected. But psychological abuse is at the heart of any type of violence, since it is impossible to imagine harassment or physical abuse that does not have a psychological background [Sabato, T. M., Walch, T. J. and Caine, D. J., 2016]. The form of psychological violence should also include the excessive competition of children in sports encouraged by adults ("victory at any cost") [Cook, D. T. and Cole, C. L., 2001, p. 227], which subsequently leads them to emotional breakdowns, burnout, etc.

Finally, we must not forget that modern children, like all children, spend a lot of time online. Cyber harassment and online abuse is used in sports, including for the purpose of committing psychological or sexual abuse (online and in the real world), in order to use images for the sexual exploitation ("sextortion") of children [Sanderson, J. and Weathers, M. R., 2020].

It would be naive to think that children involved in sports, especially professional ones, do not use doping. The history of the state system of compulsory doping in the former GDR in the 1970s and 1980s became widely known. German athletes aged 12 and over were given doping under the guise of vitamins and supportive agents. The health consequences were so serious that the Federal Republic of Germany adopted a special law "On financial assistance to victims of doping in the GDR", which was in effect until 2007. A total of 194 former athletes received compensation. There was a similar situation in Russia.

In October 2020, a verdict under Art. 230[1] of the Criminal Code of the Russian Federation was handed down in relation to a sports coach. He had been found guilty of personally injecting his students during the preparation for a powerlifting competition. Inter alia, it was said that he "used the established relationship of trust with his students to convince them of the need to use injections to temporarily improve athletic performance". The coach was found guilty not only under article 230[1] of the Criminal Code of the Russian Federation, part 2 "Inducing an athlete to use substances and (or) methods prohibited for use in sports, committed against a knowingly underage athlete or two or more athletes", but also under article 234 of the Criminal Code of the Russian Federation, part 1 "Illegal circulation of potent or poisonous substances for the purpose of marketing"[12].

---

[11] The coach of a sports school in the Moscow region will be tried for violence against female students. URL: https://www.rosbalt.ru/moscow/2020/11/19/1873767.html

[12] For the first time in Russia, a verdict has been passed on minors for doping. URL: https: //www.vesti.ru/article/2477412

Poor Medical Care

This is also a form of abuse against underage athletes. In particular, this can be the overuse and systematic prescription of drugs, including analgesics, diuretics (used for weight loss), pain relievers, sleeping pills, and more seriously doctor-prescribed drugs (painkillers, stimulants, sleeping pills) of which 13–68% are anabolic androgenic steroids. This is another common form of abuse of minors, and the associated health risks associated with it, should be recognised as a common situation in sports, when decisions about injuries are made not by doctors, but by coaches [Bergeron, M. F., et al., 2015].

Discussion and Conclusion

Child abuse is a general term that encompasses various types of adult misconduct towards children. However, in the context of sports, the boundaries of such behaviour are often blurred.

There is no doubt that playing sports is beneficial and even necessary for a child. Nevertheless, the impact of sports on a child's development largely depends on the conditions in which he trains. As a rule, child abuse in sports negatively affects their physical and psychological health, becomes the cause of injury and refusal to participate in sports.

Due to its closed nature, it is almost impossible to understand the real scale of the problems discussed above in sport. The lack of a single concept and associated indicators of abuse in sport means that it is difficult to draw accurate conclusions about the prevalence of this phenomenon. In addition, sports organisations are reluctant to go public with known ill-treatment in an effort to protect their reputation or hide the lack of adequate safeguards. But despite this, it should be recognised that there is abuse of minors in sports, and, therefore, this issue deserves special consideration.

The UN Convention on the Rights of the Child in its Preamble establishes that "children have the right to special care and assistance", special protection and adequate legal protection[13].

In turn, Art. 5 of the Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse states that "each Party shall take the necessary legislative or other measures to raise awareness of the protection and guarantee of children's rights among persons who regularly come into contact with children in the field of education, health care, social protection, justice and law enforcement, as well as in areas related to sports, culture and leisure"[14].

---

[13] Convention on the Rights of the Child (New York, November 20, 1989) // Compilation of UN standards and norms in the field of crime prevention and criminal justice. UN; New York, 1992.

[14] Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (Lanzarote, October 25, 2007) // Bulletin of International Treaties. June 2014. No. 6.

Obviously, there is no "one-size-fits-all" solution to tackling child abuse. In addition, a key problem today is the lack of research on the scope and nature of the problem, as well as on effective measures to prevent child abuse in sports.

At the same time, it must be recognised that child abuse by athletes is a systemic problem that requires a comprehensive solution, in which both sports organisations and law enforcement agencies should participate.

An analysis of the documents developed by international organisations, as well as domestic normative acts, shows that most of the recommendations are still formulated in a general form and unclear. Some types of abuse, and, in particular, sexual violence and related problems, exploitation, etc. are not discussed in detail. The boundaries of the relationship between a coach and an athlete are also not completely clear for either side, the codes of professional sports ethics do not provide an answer to this question and are formulated in the most general form.

To address the issues discussed, sports representatives need to work closely with ethicists, human rights experts, psychologists, doctors and lawyers.

References

Abdulkarimov, S. A., 2006. Aggressiveness in sport throughout history and cultural traditions. *Zhurnal sotsiologii i sotsial'noy antropologii* = [Journal of Sociology and Social Anthropology], 9(3), pp. 145–157. (In Russ.)

Alekseev, S. V., 2016. Especially the regulation of the employment of athletes under the age of eighteen. *Pravo i gosudarstvo: Teoriya i praktika* = [Law and State: Theory and Practice], 11, pp. 88–94. (In Russ.)

Alekseeva, A. P., 2012. Violence in sports and use of violence by different subjects: criminological analysis. *Nauchnyj vestnik Omskoj akademii MVD Rossii* = [Scientific Bulletin of the Omsk Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia], 4, pp. 14–17. (In Russ.)

Atabekova, A. A., 2018a. Discourse analysis for minors' protection from violence in sport: statement of the problem. *Perspektivy nauki* = [Prospects for Science], 12, pp. 234–236. (In Russ.)

Atabekova, A. A., 2018b. Discourse studies to protect children from sexual abuse in sports: developingresearch methodology. *Perspektivy nauki* = [Prospects for Science], 12, pp. 237–239. (In Russ.)

Avdeeva, L. A., 2009. *Ugolovno-pravovaya ohrana semejnyh otnoshenij* = [Criminal legal protection of family relations]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Saratov. (In Russ.)

Bergeron, M. F., Mountjoy, M., Armstrong, N., et al., 2015. International Olympic Committee consensus statement on youth athletic development.

British Journal of Sports Medicine, 49(13), pp. 843–851. DOI: 10.1136/bjsports-2015-094962.

Brackenridge, C. H., Bishop, D., Moussali, S., et al., 2008. The characteristics of sexual abuse in sport: a multidimensional scaling analysis of events described in media. *International Journal of Sport and Exercise Psychology*, 6(4), pp. 385–406. DOI: 10.1080/1612197X.2008.9671881.

Brackenridge, C. H. and Rhind, D., eds., 2010. *Elite Child Athlete Welfare: International Perspective*. West London, UK: Brunel University.

Buyanova, M. O., 2018. The problem of determining the age restrictions in the employment of underage athletes. *Vestnik VGU. Seriya: Pravo* = [Bulletin of the Voronezh State University. Series: Law], 4(35), pp. 241–248. (In Russ.)

Cense, M. and Brackenridge, C., 2001. Temporal and Developmental Risk Factors for Sexual Harassment and Abuse in Sport. *European Physical Education Review*, 7(1), pp. 61–79.

Cook, D. T. and Cole, C. L., 2001. Kids and sport. *Journal of Sport and Social Issues*, 25(3), pp. 227–228. DOI: https://doi.org/10.1177/0193723501253001.

David, P., 2005. *Human Rights in Youth Sport. A Critical Review of Children's Rights in Competitive Sport*. New York: Routledge. ISBN 9780415305594.

Donnelly, P. and Petherick, L., 2004. Workers' Playtime? Child Labour at the Extremes of the Sporting Spectrum. *Sport in Society*, 7(3), pp. 301–321. DOI: 10.1080/1743043042000291659.

Engebretsen, L., Steffen, K., Bahr, R., et al., 2010. The International Olympic Committee Consensus Statement on age determination in high-level young athletes. *British Journal of Sports Medicine*, 44, pp. 476–484. DOI: http://dx.doi.org/10.1136/bjsm.2010.073122.

Fields, S. K., Collins, C. L. and Comstock, R. D., 2010. Violence in youth sports: hazing, brawling and foul play. *British Journal of Sports Medicine*, 44(1), pp. 32–37. DOI: 10.1136/bjsm.2009.068320.

Gnizdovskaya, A. M., 2018. [Specific features of the principle of a general ban on international transfers of underage football players]. *Aktual'nye problemy pravovogo regulirovaniya sportivnyh pravootnoshenij* = Urgent problems of legal regulation of sports legal relations. Proceedings of the 8th International Scientific and Practical Conference (Chelyabinsk, April 26, 2018). Chelyabinsk: Ural Academy Publishing House. Pp. 38–44. (In Russ.)

Kartavchenko, V. V., 2008. *Ugolovno-pravovye aspekty zhestokogo obrashcheniya s nesovershennoletnimi* = [Criminal law aspects of juvenile abuse]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Krasnodar. (In Russ.)

Kirby, S. L., Greaves, L. and Hankivsky, O., 2000. *The dome of silence: sexual harassment and abuse in sport*. London, UK: Zed Books, 2000.

Lozhkin, G. V., Volyanyuk, N. Yu. and Kolosov, A. B., 2009. Coache's power and dependence of the athlete. Vol. 1. *Sportivnyj psiholog* = [Sports Psychologist], 1, pp. 13–19. (In Russ.)

Lozhkin, G. V., Volyanyuk, N. Yu. and Kolosov, A. B., 2017. Coache's power and dependence of the athlete. Vol. 2. *Sportivnyj psiholog* = [Sports Psychologist], 3(46), pp. 27–36. (In Russ.)

Mountjoy, M., Brackenridge, C., Arrington, M., et al., 2016. International Olympic Committee consensus statement: harassment and abuse (non-accidental violence) in sport. *British Journal of Sports Medicine*, 50(17), pp. 1019–1029.

Pudovochkin, Yu. E., 2002. *Otvetstvennost' za prestupleniya protiv nesovershennoletnikh po rossiyskomu ugolovnomu pravu* = [Responsibility for crimes against minors under Russian criminal law]. Scientific ed. G. I. Chechel'. St. Petersburg: Jurid. Tsentr "Press". (In Russ.)

Rogaleva, L. N., Khaerzamanova, Yu. V., Malkin, V. R. and Bogdanova, M. V., 2018. Experience of participation of young hocksmers 6–7 years old in competitions. *Sportivnyj psiholog* = [Sports Psychologist], 3(50), pp. 8–11. (In Russ.)

Sabato, T. M., Walch, T. J. and Caine, D. J., 2016. The elite young athlete: strategies to ensure physical and emotional health. *Journal of Sports Medicine*, 7, pp. 99–113. DOI: 10.2147/OAJSM.S96821.

Sanderson, J. and Weathers, M. R., 2020. Snapchat and child sexual abuse in sport: Protecting child athletes in the social media age. *Sport Management Review,* 23(1), pp. 81–94. DOI: https://doi.org/10.1016/j.smr.2019.04.006.

Sbitnev, V. S. and Kharagezov, K. V., 2018. Violence in sports. *Soyuz kriminalistov i kriminologov* = [Association of Criminalists and Criminologists], 4, pp. 150–155. (In Russ.)

Smith, M. D., 1983. *Violence and Sport*. Canada: Butterworth & Co. ISBN 0409868167.

Vertommen, T., Schipper-van Veldhoven, N., Wouters, K., et al., 2016. Interpersonal violence against children in sport in the Netherlands and Belgium. *Child Abuse & Neglect*, 51, pp. 223–236.

Список использованной литературы

Абдулкаримов С. А. Агрессивность в спорте сквозь призму истории и культурных традиций // Журнал социологии и социальной антропологии. 2006. Т. 9, № 3. С. 145–157.

Авдеева Л. А. Уголовно-правовая охрана семейных отношений : дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2009. 201 с.

Алексеев С. В. Трудовые отношения в спорте: особенности регулирования труда спортсменов в возрасте до восемнадцати лет // Право и государство: Теория и практика. 2016. № 11 (143). С. 88–94.

Алексеева А. П. Насилие в спорте и его применение различными субъектами: криминологический анализ // Научный вестник Омской академии МВД России. 2012. № 4 (47). С. 14–17.

Атабекова А. А. Анализ дискурса для защиты детей от насилия в спорте: проектирование методологии исследования // Перспективы науки. 2018b. № 12. С. 237–239.

Атабекова А. А. Дискурсивный анализ в целях защиты детей от насилия в спорте: к постановке проблемы // Перспективы науки. 2018a. № 12. С. 234–236.

Буянова М. О. Проблема определения возрастных ограничений при приеме на работу несовершеннолетних спортсменов // Вестник ВГУ. Сер.: Право. 2018. № 4. С. 241–248.

Гниздовская А. М. Особенности принципа общего запрета на международные переходы (трансферы) несовершеннолетних игроков в футболе // Актуальные проблемы правового регулирования спортивных правоотношений : материалы VIII Междунар. науч.-практ. конф. (Челябинск, 26 апр. 2018 г.). Челябинск : Урал. акад., 2018. С. 38–44.

Картавченко В. В. Уголовно-правовые аспекты жестокого обращения с несовершеннолетними : дис. … канд. юрид. наук. Краснодар, 2008. 206 с.

Ложкин Г. В., Волянюк Н. Ю., Колосов А. Б. Власть тренера и зависимость спортсмена (статья 1) // Спортивный психолог. 2009. № 1. С. 13–19.

Ложкин Г. В., Волянюк Н. Ю., Колосов А. Б. Власть тренера и зависимость спортсмена (статья 2) // Спортивный психолог. 2017. № 3. С. 27–36.

Пудовочкин Ю. Е. Ответственность за преступления против несовершеннолетних по российскому уголовному праву / науч. ред. Г. И. Чечель. СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2002. 293 с.

Рогалева Л. Н., Хаерзаманова Ю. В., Малкин В. Р., Богданова М. В. Опыт участия юных хоккеистов 6–7 лет в соревнованиях // Спортивный психолог. 2018. № 3. С. 8–11.

Сбитнев В. С., Харагезов К. В. Насилие в спорте // Союз криминалистов и криминологов. 2018. № 4. С. 150–155.

Bergeron M. F., Mountjoy M., Armstrong N. et al. International Olympic Committee consensus statement on youth athletic development // British Journal of Sports Medicine. 2015. Vol. 49, issue 13. P. 843–851. DOI: http://dx.doi.org/10.1136/bjsports-2015-094962.

Brackenridge C. H., Bishop D., Moussali S. et al. The characteristics of sexual abuse in sport: a multidimensional scaling analysis of events described in media reports // International Journal of Sport and Exercise Psychology. 2008. Vol. 6, issue 4. P. 385–406. DOI: 10.1080/1612197X.2008.9671881.

Cense M., Brackenridge C. Temporal and Developmental Risk Factors for Sexual Harassment and Abuse in Sport // European Physical Education Review. 2001. Vol. 7, issue 1. P. 61–79.

Cook D. T., Cole C. L. Kids and sport // Journal of Sport and Social Issues. 2001. Vol. 25, issue 3. P. 227–228. DOI: https://doi.org/10.1177/0193723501253001.

David P. Human Rights in Youth Sport. A Critical Review of Children's Rights in Competitive Sport. N. Y. : Routledge, 2005. 352 p. ISBN 9780415305594.

Donnelly P., Petherick L. Workers' Playtime? Child Labour at the Extremes of the Sporting Spectrum // Sport and Society. 2004. Vol. 7, issue 3. P. 301–321. DOI: 10.1080/1743043042000291659.

Elite Child Athlete Welfare: International Perspectives / eds. C. H. Brackenridge, D. Rhind. West London, UK: Brunel University, 2010. 159 p.

Engebretsen L., Steffen K., Bahr R. et al. The International Olympic Committee Consensus Statement on age determination in high-level young athletes // British Journal of Sports Medicine. 2010. Vol. 44. P. 476–484. DOI: http://dx.doi.org/10.1136/bjsm.2010.073122.

Fields S. K., Collins C. L., Comstock R. D. Violence in youth sports: hazing, brawling and foul play // British Journal of Sports Medicine. 2010. Vol. 44, issue 1. P. 32–37. DOI: 10.1136/bjsm.2009.068320.

Kirby S. L., Greaves L., Hankivsky O. The dome of silence: sexual harassment and abuse in sport. London, UK : Zed Books, 2000. 175 p.

Mountjoy M., Brackenridge C., Arrington M. et al. International Olympic Committee consensus statement: harassment and abuse (non-accidental violence) in sport // British Journal of Sports Medicine. 2016. Vol. 50, no. 17. P. 1019–1029.

Sabato T. M., Walch T. J., Caine D. J. The elite young athlete: strategies to ensure physical and emotional health // Journal of Sports Medicine. 2016. Aug. 31. Vol. 7. P. 99–113. DOI: 10.2147/OAJSM.S96821.

Sanderson J., Weathers M. R. Snapchat and child sexual abuse in sport: Protecting child athletes in the social media age // Sport Management Review. 2020. Vol. 23, issue 1. P. 81–94. DOI: https://doi.org/10.1016/j.smr.2019.04.006.

Smith M. D. Violence and Sport. Canada: Butterworth & Co. 1983. 215 p. ISBN 0409868167.

Vertommen T., Schipper-van Veldhoven N., Wouters K. et al. Interpersonal violence against children in sport in the Netherlands and Belgium // Child Abuse and Neglect. 2016. Vol. 51. P. 223–236.

Информация об авторе / Information about the author

Ekaterina N. Rakhmanova, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Head of the Criminal Law Department, North-West Branch, Russian State University of Justice (5 Aleksandrovsky Park, St. Petersburg, 197046, Russian Federation).
Рахманова Екатерина Николаевна, доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права Северо-Западного филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 197046, г. Санкт-Петербург, Александровский парк, д. 5).
ORCID https://orcid.org/0000-0003-4602-4676.
E-mail: ekaterina.rachmanova@gmail.com

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.
The author declares no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 10.02.2021; дата одобрения после рецензирования: 30.03.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 12.05.2021.
Submitted: 10.02.2021; reviewed: 30.03.2021; revised: 12.05.2021.

УДК 34.792; 34.793; 34.795
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.154-171

О темпоральных проблемах реализации экстраординарного способа защиты прав конкурсных кредиторов

М. Ш. Пацация

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

Аннотация
Введение. Несколько лет назад появился экстраординарный способ судебной защиты прав в арбитражном процессе конкурсных кредиторов, полагающих, что их права и законные интересы нарушены судебным актом, на котором основано требование, заявленное иным лицом в деле о банкротстве, а также конкурсных управляющих. Этот процессуальный механизм предоставил им право обжаловать такой судебный акт, если они считают, что заявленное на его основании в деле о банкротстве требование основано на недействительной сделке или является необоснованным по причине недостоверности доказательств, несмотря на то что эти судебные акты приняты по делам, в которых они не участвовали. Но судебная практика показывает, что защита ими своих прав оказывается невозможной ввиду неверного исчисления судами срока апелляционного обжалования.
Теоретические основы. Методы. Методологическую основу работы составляет диалектический метод. Использованы такие общенаучные, частнонаучные юридические и присущие процессуальным наукам специальные методы научного познания, как анализ и синтез, индукция и дедукция, догматический, сравнительно-правовой, телеологический, а также метод анализа и обобщения судебной практики.
Результаты исследования. Рассмотренная судебная практика позволила установить три наиболее часто встречающихся ошибочных, по мнению автора, подхода судов к исчислению и/или восстановлению срока апелляционного обжалования.
Обсуждение и заключение. По результатам оценки ошибочных подходов формулируются четыре важнейшие претензии к ним. Последние основываются на соответствующем задачам и принципам судопроизводства в арбитражных судах толковании норм ч. 1 и 2 ст. 259 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Претензии базируются на относимых к рассматриваемому вопросу разъяснениях Верховного Суда России, его выводах по конкретным делам, а также заслуживающих поддержки положениях постановлений нижестоящих проверочных инстанций. На этой основе указываются наиболее реалистичные варианты коррекции судебной практики, безусловно необходимые для обеспечения права на справедливое судебное разбирательство.

Ключевые слова: исчисление срока апелляционного обжалования в арбитражном процессе, предельный срок апелляционного обжалования, восстановление срока апелляционного обжалования, дело о несостоятельности, защита прав конкурсных кредиторов

Для цитирования: Пацация М. Ш. О темпоральных проблемах реализации экстраординарного способа защиты прав конкурсных кредиторов // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 2. С. 154–171. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.154–171.

© Пацация М. Ш., 2021

On the Temporal Problems of Implementing an Extraordinary Method of Protecting the Rights of Bankruptcy Creditors

Malkhaz Sh. Patsatsiya

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

Annotation
Introduction. The abolishment of a judicial act, which has entered into legal force, especially after a significant period of time, may occur in only exceptional cases. Otherwise, it contradicts the approaches of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Russia to the general requirement for legal certainty as regards res judicata. Exceptional cases include those relating to ensuring the right to a fair trial.
The past judicial enforcement experience in modern Russia has shown that bankruptcy creditors, who believe that their rights have been violated by a judicial act, on which a claim filed by another person in a bankruptcy case is based, previously did not have any procedural defense mechanism. That was the case until one was introduced that would allow them to appeal such a judicial act if they believed that the claim, filed on its basis in a bankruptcy case, was based on an invalid transaction or lacks foundation due to the unreliability of evidence. This is so even in situation where these judicial acts may have been adopted in cases in which they did not participate. The current judicial practice, however, shows that it is often impossible for them to protect their rights due to the incorrect understanding of the rules for calculating and/or restoring the term of appeal, as established in parts 1 and 2 of article 259 of the Code of Arbitration Procedure of Russian Federation.
Theoretical Basis. Methods. The methodological basis of the work was the dialectical method. Such general scientific, private scientific legal and special methods of scientific knowledge inherent in the procedural sciences as the analysis and the synthesis, induction and deduction, dogmatic, comparative legal, and teleological methods, as well as the analysis and the generalisation of judicial practice have been used.
Results. The article highlights the three most common erroneous, in the author's opinion, approaches of courts to calculating and/or restoring the term of appeal.
Discussion and Conclusion. Based on the results of the evaluation of the erroneous approaches, four major claims are formulated against them. These are based on the interpretation of the norms of parts 1 and 2 of article 259 of the Code of Arbitration Procedure of Russian Federation which corresponds to the tasks and principles of judicial proceedings in arbitration courts. The claims are based on the explanations of the Supreme Court of Russia related to the issue under consideration, its conclusions on specific cases, as well as the provisions of the decisions of the lower supervisory instances which deserve support. On this basis, the most realistic options for correcting judicial practice are indicated, which are absolutely necessary to ensure the right to a fair trial.

Keywords: calculation of the term of appeal in the arbitration process, appeal deadline; restoration of the term of appeal in the arbitration process, insolvency case; remedy for the bankruptcy creditors

For citation: Patsatsiya, M. Sh., 2021. On the temporal problems of implementing an extraordinary method of protecting the rights of bankruptcy creditors. *Pravosudie/Justice*, 3(2), pp. 154–171. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.154-171.

Введение

Участникам дел о несостоятельности нередко приходится сталкиваться с тем, что конкурсный кредитор (кредитор) заявляет требование, закон-

ность/обоснованность которого сомнительна, хотя и основана на судебном акте. Иногда по таким актам происходит и возбуждение дела о несостоятельности. Но процессуальных средств защиты прав добросовестных кредиторов долгое время не имелось.

Появившийся несколько лет назад процессуальный механизм[1] создал правовые предпосылки для защиты их прав. Он наделил кредиторов, полагающих, что их права и законные интересы нарушены судебным актом, на котором основано заявленное в деле о банкротстве требование (в частности, если они считают, что *оно является необоснованным по причине недостоверности доказательств* либо ничтожности сделки), правом обжаловать в общем установленном процессуальным законодательством порядке указанный судебный акт. Такое же право было предоставлено арбитражным управляющим. В случае пропуска ими срока на его обжалование суд вправе его восстановить с учетом того, когда подавшее жалобу лицо узнало или должно было узнать о нарушении его прав и законных интересов. Копия такой жалобы направляется ее заявителем представителю собрания (комитета) кредиторов (при его наличии), который также извещается судом о рассмотрении жалобы. При этом все конкурсные кредиторы, требования которых заявлены в деле о банкротстве, а также арбитражный управляющий вправе принять участие в рассмотрении жалобы, в том числе представить новые доказательства и заявить новые доводы. Повторное обжалование названными лицами по тем же основаниям того же судебного акта не допускается[2].

Так появился особый способ обжалования судебных актов, необходимый для защиты прав кредиторов. Судебной коллегией по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации он небезосновательно оценивается как экстраординарный[3].

Во-первых, речь идет об обжаловании вступивших в законную силу решений, зачастую прошедших апелляционную и даже кассационную про-

---

[1] Речь о п. 24 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22 июня 2012 г. № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве» (далее – Постановление Пленума № 35) (Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»).

[2] Этот процессуальный механизм можно отнести к результатам так называемой прикладной науки, «когда сначала появляется новация в праве, а лишь потом под нее подводится теория» [Решетникова, И. В., 2019, с. 30], со всеми плюсами и минусами такого правового регулирования.

[3] Так, в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 19 мая 2020 г. № 305-ЭС18-5193(3) по делу № А41-35652/2017 реализация кредитором положения п. 24 Постановления Пленума № 35 именуется как «экстраординарное обжалование ошибочного взыскания», отличное от порядков обжалования (пересмотра), закрепленных в ст. 42 и главе 37 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»).

верку. Во-вторых, эта процедура производится по прошествии месяцев, а то и лет. В-третьих, заявители жалоб – лица, не только не участвовавшие в деле, в котором принято обжалуемое решение, но и не подпадающие применительно к делу даже под ст. 42 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (АПК РФ)[4].

Вместе с тем, как будет показано далее, рассмотрением этих жалоб занимается апелляционный суд – ординарная проверочная инстанция, а основания для отмены обжалуемых решений связаны с их необоснованностью. Это ставит под сомнение, но само по себе не опровергает экстраординарность данного способа обжалования. Тем более что рассмотрение этих жалоб осуществляется применительно к главе 37 АПК РФ[5], а отнесение пересмотра по вновь открывшимся/новым обстоятельствам к числу экстраординарных едва вызывает сомнения. Поэтому, во всяком случае в широком понимании, можно согласиться с экстраординарностью рассматриваемого способа обжалования, предполагающего выход за рамки обычного движения арбитражного процесса (как при общеисковом, так и при банкротном его порядках), имеющего особую цель – *обеспечение права на судебную защиту лиц, не привлеченных к участию в деле, чьи права и обязанности обжалуемым судебным актом непосредственно не затрагиваются*.

При этом, казалось бы, все существенное для правильного задействования п. 24 Постановления Пленума № 35 в нем разъяснено: и *управомоченные на обжалование субъекты* – кредиторы (или арбитражный управляющий как лицо, действующее в интересах кредиторов); и *основания обжалования* – если указанные субъекты полагают, что их права и законные интересы (далее – права) нарушены судебным актом, на котором основано заявленное в деле о банкротстве требование (по причине недостоверности доказательств либо ничтожности сделки).

Чуть сложнее с компетентным судом, поскольку судебный акт, на котором основано соответствующее требование, мог быть не только принят арбитражным судом первой инстанции, но и пройти провероч-

---

[4] Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 19 мая 2020 г. № 305-ЭС18-5193(3) по делу № А41-35652/2017 (Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»).

[5] Такой подход опирался на п. 22 ныне утратившего силу Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 мая 2009 г. № 36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции». Ныне этот подход основан на сложившейся судебной практике Верховного Суда Российской Федерации (определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 19 мая 2020 г. № 305-ЭС18-5193(3) по делу № А41-35652/2017 (Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»), от 10 июня 2020 г. № 305-ЭС19-26610 по делу № А41-62171/2014 и др. (Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»).

ные инстанции. Но и тут довольно быстро наступила определенность: *уполномоченным судом был признан апелляционный суд*[6].

Соответственно, стал очевиден и *срок на обжалование – апелляционный, т. е. месячный*, а в случае пропуска установлена возможность его восстановления, с учетом того, когда подавшее жалобу лицо узнало или должно было узнать о нарушении его прав.

Следовательно, ясно, *кто, при каких условиях и каким образом может защищать соответствующие права*.

Позитивность рассматриваемого правоположения для разрешения проблемы, годами препятствовавшей судебной защите прав кредиторов, едва ли стоит преуменьшать[7]. Хотя в доктрине небезосновательно высказывались и критические суждения [Мифтахутдинов, Р. Т., 2018]. На наш взгляд, главная претензия к этому механизму – отсутствие его всестороннего законодательного регулирования[8].

Предметом данной статьи избран именно темпоральный аспект, поскольку если нет обеспеченности преодоления в подлежащих случаях барьеров, связанных с исчислением/восстановлением срока обжалования (ч. 1 и 2 ст. 259 АПК РФ), нет доступа к суду, и все иное лишается смысла, даже если идеально урегулировано.

Анализ последовавшей после введения рассматриваемого процессуального механизма судебно-арбитражной (судебной) практики показывает, что в подавляющем большинстве случаев апелляционные суды признают срок обжалования пропущенным/не подлежащим восстановлению с соответствующими негативными последствиями для кредиторов. Рассматриваемый процессуальный механизм стал давать сбой, вероятно, прежде всего по причине его уникальности. Ведь, возможно, впервые речь шла об обжаловании судебных актов *лицами, не только не участвовавшими*

---

6 Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 24 декабря 2015 г. № 304-ЭС15-12643 по делу № А45-6961/2014. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

7 Исходя из понимания принципа правовой определенности, учитывающего право на справедливое судебное разбирательство, т. е. корреспондирующего подходам к его толкованию Европейского Суда по правам человека и Конституционного Суда Российской Федерации, хотя он и не имеет в России конституционного закрепления, в отличие, например, от Испании, где этот принцип закреплен в п. 3 ст. 9 Конституции [Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., 2006, p. 21].

8 Легитимация этого процессуального механизма в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации – вариант регулирования едва ли корреспондирующий требованию правовой определенности. Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 19 марта 2010 г. № 7-П, оценивая чрезвычайные способы обжалования в соотношении с принципом стабильности судебного решения, указал на необходимость закрепления «…в законе экстраординарных, чрезвычайных по своему характеру способов обжалования вступивших в законную силу судебных постановлений» (Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»).

в делах, по которым они приняты, но даже не подпадающими под ст. 42 АПК РФ.

Соответственно, в результате распространенного ныне толкования судами ч. 1 и 2 ст. 259 АПК РФ подавляющее большинство кредиторов произвольно лишается защиты.

Теоретические основы. Методы

В отечественной процессуальной доктрине отсутствуют специальные исследования темпоральных проблем. Они затрагиваются вскользь [Шевченко, И. М., 2014; Яковец, А. В., 2013]. Впрочем, есть редчайшие публикации практиков по рассматриваемой теме, заслуживающие внимания [Кухарь, А. и Данцев, А., 2019].

Что касается иностранной юридической доктрины, то сведений об анализе в ней темпоральных проблем, связанных с применением идентичного механизма в зарубежных правопорядках, у нас нет. При этом известно, что определенные средства перепроверки судебных актов по инициативе конкурирующих кредиторов, имеющих по ним возражения, существуют и в других странах [Kontturi, M., 2012].

Методологической основой исследования является диалектический метод, базирующийся на таких принципах познания явлений, как объективность, всесторонность, рассмотрение явлений в их противоречивом развитии и взаимосвязи и др. Это позволяет учитывать происходящие в праве и обществе изменения, приспосабливать к ним правоприменительную деятельность [Лукич, Р., 1981, с. 43].

Использованы и *общенаучные методы познания*: анализа и синтеза, индукции и дедукции и др. Ведь иначе невозможно серьезное приращение научного знания при исследовании и процессуально-правовых явлений.

Важное значение имеет и использование *частнонаучных методов познания, присущих юридическим наукам*. Догматический метод выражается в данном случае прежде всего в конкретном анализе ч. 1 и 2 ст. 259 АПК РФ. Метод сравнительного правоведения используется при сравнении подходов различных апелляционных судов и, разумеется, вышестоящих судов.

Принимая во внимание, что арбитражный процесс – это деятельность суда и участников судебного процесса, которая носит целенаправленный характер, важное значение имеет телеологический метод. Он позволяет выявить назначение подлежащего учету процессуально-правового регулирования (в том числе в контексте задач судопроизводства в арбитражных судах согласно ст. 2 АПК РФ), а также цели введения рассматриваемого процессуального механизма.

К числу важных специальных методов, использованных при изучении предмета статьи, относится метод анализа и обобщения судебной практики, являющийся одним из ключевых для процессуальных наук.

Результаты исследования

В судебной практике применительно к рассматриваемому производству выработано несколько подходов, вызывающих сомнения.

В Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации[9] (далее – Определение № 305-ЭС18-19058), которое можно рассматривать в качестве итогового, со ссылкой на конкретные примеры из судебной практики (их круг, конечно, шире) зафиксированы *два подхода* к определению начала течения срока апелляционного обжалования при подаче таких жалоб. В обоих начало его течения *увязывается с обстоятельствами, связанными с движением соответствующего дела о несостоятельности.*

Первый базируется на положениях, сформулированных в абз. 3 и 4 п. 30 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23 июля 2009 г. № 60 «О некоторых вопросах, связанных с принятием Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 296-ФЗ “О внесении изменений в Федеральный закон “О несостоятельности (банкротстве)”»[10] (далее – Постановление Пленума № 60), разъясняющих п. 8 ст. 71 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о несостоятельности)[11]. Здесь указано, что *статус лица, участвующего в деле о банкротстве, и соответствующие права (в частности, на ознакомление с материалами дела в части предъявленных всеми кредиторами требований и возражений, на участие в судебных заседаниях по рассмотрению требований всех кредиторов, на обжалование судебных актов, принятых по результатам рассмотрения указанных требований), необходимые для реализации права на заявление возражений, возникают у кредитора с момента принятия его требования к рассмотрению судом.* Исходя из этого делается вывод об исчислении месячного срока обжалования *с момента принятия заявления кредитора о признании должника несостоятельным.*

Соответственно, в Определении № 305-ЭС18-19058 отмечено, что судебная практика определилась в том, что оспаривание кредиторами решений по п. 24 Постановления Пленума № 35 возможно именно с этого момента, поскольку кредитор уже может осуществлять юридические действия, указанные в абз. 4 п. 30 Постановления Пленума № 60.

---

[9] Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 27 февраля 2019 г. № 305-ЭС18-19058 по делу № А40-177772/2014. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[10] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[11] В этой норме закреплено: «8. Требования кредиторов, предусмотренные пунктами 1–6 настоящей статьи, рассматриваются судьей арбитражного суда в течение месяца с даты истечения установленного пунктом 2 настоящей статьи срока предъявления возражений относительно требований кредиторов».

Второй выражается в том, что право на обжалование судебных актов по п. 24 Постановления Пленума № 35 связано не с самим принятием заявления о признании кредитором, *а с получением статуса кредитора.*

С учетом изложенного в Определении № 305-ЭС18-19058 сделан вывод о наличии «разных подходов в судебной практике по конкретным делам», несмотря на толкование норм, сформулированное в постановлениях Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, что рассматривается как основание для формирования разумных ожиданий «на приемлемость *обоих подходов*» (курсив наш. – *М. П.*).

Отмечая это Определение как пример необходимого на уровне Верховного Суда Российской Федерации обсуждения складывающейся в нижестоящих судах практики, укажем и то, что в нем не учтено, что на момент его принятия существовал и ***третий подход***: срок обжалования следует исчислять *с того момента, когда обращающееся за судебной защитой лицо узнало или должно было узнать об обжалуемом судебном акте.* Это, в частности, усматривается из судебных актов уровня первой кассации[12], а также уровня второй кассации[13].

Возникновение третьего подхода связано, во-первых, *с механическим применением нормы ч. 1 ст. 259 АПК РФ, согласно которой его исчисление увязано с принятием обжалуемого решения.* А во-вторых, с тем, что, *несмотря на то что норма ч. 1 ст. 259 АПК РФ допускает определение в АПК РФ иного варианта его исчисления, АПК РФ не устанавливает варианта, корреспондирующего случаям, относящимся к п. 24 Постановления Пленума № 35* (нет иного регулирования этого и в Законе о несостоятельности).

Все три подхода вызывают серьезные сомнения, тем более что в них обозначены *три различных варианта* начала течения срока обжалования, *расхождение между которыми может измеряться далеко не днями.* Так, в случае соотнесения первых двух видно, что между датой принятия заявления того или иного лица к производству и датой признания его кредитором может пройти и месяц, а порой и не один.

Причем суды *при определении момента начала течения срока, когда соответствующий заявитель жалобы узнал или должен был узнать о нарушении своих прав*, ссылаются на указанные выше подходы, порой *не особо вникая в подлежащие учету обстоятельства рассматриваемого дела.*

---

[12] См., например: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12 мая 2015 г. по делу № А41-20251/2007. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[13] См.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 22 ноября 2016 г. № 307-ЭС16-9987 по делу № А56-40482/2015; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 7 февраля 2019 г. № 310-ЭС18-24509 по делу № А62-7513/2017. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

При этом они и *не особо мотивируют свой выбор, ограничиваясь простым указанием на определенность правовой позиции на уровне Верховного Суда Российской Федерации с отсылкой к его подходящему судебному акту.*

Из указанных выше двух первых подходов наиболее жестким является тот, согласно которому исчисление месячного срока следует начинать *с даты принятия в деле о несостоятельности определения о принятии заявления о признании кредитором и, соответственно, приобретения им статуса лица, участвующего в деле о банкротстве, обладающего правом на предъявление возражений по требованиям других кредиторов.*

Если такой срок истек, то встает вопрос о наличии оснований для восстановления месячного срока апелляционного обжалования. При истечении с даты принятия заявления о признании кредитором к производству предельного шестимесячного срока (ч. 2 ст. 259 АПК РФ) последний судами признается не подлежащим восстановлению. В случае выявления этого обстоятельства либо апелляционная жалоба возвращается, либо, если это выявилось после принятия ее к производству, последнее прекращается применительно к п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ[14].

Более щадящим выглядит исчисление указанного срока с даты признания лица кредитором в рамках дела о несостоятельности, но процессуальные последствия те же: либо возвращение жалобы, либо прекращение производства по ней.

Все указанное выше касается и упомянутого третьего подхода.

Обсуждение и заключение

К упомянутым выше трем подходам[15] можно предъявить по меньшей мере ***четыре претензии***.

1. При обосновании судами указанных подходов ссылкой на сформулированное в п. 30 Постановления Пленума № 60 положение не учитывается следующее.

Статья 71 Закона о несостоятельности касается заявления кредиторами возражений при рассмотрении обращений иных лиц, претендующих на статус кредиторов. *Ее нормы едва ли могут применяться к обжалованию по п. 24 Постановления Пленума № 35.*

Статус кредитора сам по себе *не дает заявителю жалобы корреспондирующих ч. 1 ст. 41 АПК РФ процессуальных прав, в том числе знако-*

---

[14] См., например, определение Десятого арбитражного апелляционного суда от 4 сентября 2019 г. по делу № А41-62171/14, оставленное без изменения постановлением Арбитражного суда Московского округа от 25 октября 2019 г. (Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»).

[15] Есть, разумеется, и корреспондирующие процессуальному праву подходы, в частности, в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 7 марта 2019 г. № Ф05-3434/2019 по делу № А40-3790/2018 (Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»).

миться с делом, в котором этот кредитор не участвовал, обжаловать решение по нему.

Если даже допустить, что такой кредитор *вопреки ч. 1 ст. 41 АПК РФ получил доступ к материалам дела, в котором он не участвует, он вряд ли узнает о недостоверности доказательств, положенных в его основание.* Поскольку решением по делу удовлетворен иск истца, *есть основания презюмировать, что в нем представленные последним доказательства признаны достоверными* (по сути так же обстоит дело с основаниями недействительности сделки). Ни из решения по этому делу, ни из материалов по нему заявитель жалобы *не может узнать о корреспондирующих п. 24 Постановления Пленума № 35 обстоятельствах. Причем и в момент принятия заявления кредитора к производству, и в момент признания кредитором, и в момент, когда ему стало известно об обжалуемом судебном акте.* То есть *во всех случаях, корреспондирующих упомянутым трем подходам.*

Между тем суды при определении того, когда кредиторы должны были узнать, что их права нарушены, как правило, *ограничиваются прояснением (по своему выбору) того, когда принято к рассмотрению заявление о признании кредитором или когда соответствующее лицо признано таковым либо когда оно узнало или должно было узнать об обжалуемом судебном акте.* При этом оставляются без надлежащей оценки доводы кредиторов о том, *когда именно они узнали или должны были узнать о соответствующих пороках обжалуемого судебного акта и, соответственно, с какого момента они узнали или должны были узнать о нарушении своих прав судебным актом, на котором основано заявленное в деле о банкротстве требование.* Между тем только такой подход корреспондирует п. 24 Постановления Пленума № 35.

Впрочем, у апелляционных судов нет и стимулов прояснять все это, имея в виду, что нередко и на кассационном уровне санкционировано, что лицо должно было узнать о соответствующих обстоятельствах *или тогда, когда его заявление о признании кредитором принято к рассмотрению, или когда оно признано кредитором, либо когда узнало или должно было узнать об обжалуемом судебном акте.*

В аспекте указанного выше третьего подхода разумными представляются доводы, приведенные в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 3 декабря 2018 г. № Ф05-21237/2016 по делу № А41-11832/2016[16] (которое оценено Судебной коллегией по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации и Определением Верховного Суда Российской Федерации от 11 февраля 2019 г. № 305-ЭС18-24649(1, 2)[17] оставлено в силе).

---

[16] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[17] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

В нем указано, что апелляционному суду следовало учитывать, «что критерием восстановления конкурсному управляющему (кредитору) срока на обжалование судебного акта является то, когда подавшее жалобу лицо узнало или должно было узнать о нарушении его прав и законных интересов данным судебным актом, ***однако такой момент не всегда равнозначен моменту, когда лицо узнало о самом судебном акте****. Суду надлежит выяснить, когда конкурсный управляющий* ***должен был узнать о нарушении его прав и прав кредиторов, при этом следует также учесть, что требования истца включены в реестр требований кредиторов в процедуре наблюдения****» (выделено нами. – М. П.).*

Таким образом, *все три упомянутых выше подхода исключают возможность конкуренции нескольких заявителей по делу о банкротстве между собой, блокируют право соответствующего кредитора (конкурсного управляющего) реально возражать против обоснованности/законности заявления требования другим кредитором.*

2. Судами не учитывается и то, что в п. 24 Постановления Пленума № 35 применительно к кредиторам прямо указано, что «в случае пропуска ими срока на его обжалование суд вправе его восстановить с учетом того, *когда подавшее жалобу лицо узнало или должно было узнать о нарушении его прав и законных интересов*» (выделено нами. – *М. П.*). А при изложенных выше трех подходах, по общему правилу, *пропущенным бывает не только общий месячный, но и предельный шестимесячный срок обжалования.* Следовательно, возможность судебной защиты прав соответствующих лиц полностью пресекается.

Это представляется особенно неприемлемым в случаях, когда истечение предельного шестимесячного срока *применяется в качестве единственного основания для невосстановления срока обжалования.*

Ведь при таком варианте неправомерно игнорируется (как это видно, например, из Определения Верховного Суда Российской Федерации от 11 февраля 2019 г. № 305-ЭС18-24649 (1, 2)[18] положение, сформулированное в п. 13 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 мая 2009 г. № 36[19]:

«13. При решении вопроса о восстановлении срока на подачу апелляционной жалобы следует принимать во внимание, что данный срок может быть восстановлен в пределах шестимесячного срока, установленного частью 2 статьи 259 АПК РФ. Восстановление срока по истечении указанных шести месяцев не производится, ***если ходатайство подано участво-***

[18] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[19] Ныне аналогичное положение содержится в п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 30 июня 2020 г. № 12 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» (Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»).

вавшим в деле лицом, которое было извещено надлежащим образом о судебном разбирательстве в суде первой инстанции.

В то же время лицам, не участвующим в деле, о правах и обязанностях которых принят судебный акт, *либо лицам, не принимавшим участия в судебном разбирательстве по причине ненадлежащего извещения их о времени и месте заседания,* ***не может быть отказано в восстановлении пропущенного срока на подачу апелляционной жалобы исключительно со ссылкой на истечение предусмотренного частью 2 статьи 259 Кодекса предельно допустимого срока подачи жалобы****» (выделено нами. – М. П.).*

Совпадающее по содержанию положение содержится и в п. 33 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2013 г. № 99 «О процессуальных сроках»[20].

Между тем при применении соответствующих положений Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации необходимо оценивать, должен ли был заявитель узнать, не будучи участником дела, из судебного акта, который обжалуется, *об обстоятельствах, связанных с недостоверностью доказательств, положенных в обоснование обжалуемого решения, или недействительностью сделки, на которой он базируется, и, соответственно, о нарушении своих прав и если да, то с какого именно момента.*

Следовательно, *даже для лиц, которые подпадают под ст. 42 АПК РФ*, установлены правила восстановления сроков обжалования, которые при их учете применительно к обжалованию лицами, подпадающими под п. 24 Постановления Пленума № 35, должны открывать путь апелляционного обжалования *без ограничений, применяемых ныне со ссылкой на п. 8 ст. 71 Закона о несостоятельности (п. 30 Постановления Пленума № 60).* Равно как и того варианта исчисления, который связан с тем, когда такое лицо узнало или должно было узнать об обжалуемом судебном акте. То есть суды должны оценивать соотношение указанных вариантов исчисления срока обжалования, выясняя, *когда такое лицо должно обладать реальной фактической возможностью для подготовки мотивированной жалобы и направления в вышестоящий суд в установленном законом порядке.*

Но рассматриваемый процессуальный механизм введен *для еще более льготной категории лиц, нежели лица, подпадающие под ст. 42 АПК РФ.* И поэтому их процессуальные возможности *должны быть не меньше, а больше, чем у последних.* Что зачастую судами во внимание не принимается.

Суды не учитывают и положение Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22 апреля 2014 г. № 12278/13 по делу № А19-625/2012[21], в котором указано, что, посколь-

---

[20] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[21] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

ку в случаях обжалования по п. 24 Постановления Пленума № 35 судебный акт затрагивает права и законные интересы других лиц *«не непосредственно»* (п. 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 мая 2009 г. № 36), *«а косвенно и напрямую о них не высказывается»* (курсив наш. – *М. П.*), *его обжалование происходит не по правилам ст. 42 АПК РФ*. Не учитывают, хотя это положение получило подтверждение и в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 26 сентября 2016 г. № 309-ЭС16-7158 по делу № А60-19799/2015[22].

3. Суды нередко игнорируют то, что при принятии жалобы нужно оценивать «не только наличие обоснованных оснований полагать, что обжалуемый акт существенным образом влияет на его права и законные интересы, *но и наличие у него обоснованных и убедительных доводов о принятии такого акта с нарушением закона и потому необходимости его отмены*» (курсив наш. – *М. П.*), как указано в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 7 декабря 2016 г. № А40-76359/2013[23] со ссылкой на Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 26 сентября 2016 г. № 309-ЭС16-7158.

Эти доводы связаны обычно с недостоверностью доказательств (или недействительностью сделки), на которых и базируется обжалуемый судебный акт. То есть речь идет о том, что в судебной практике именуется *искусственным (формальным) формированием обстоятельств с целью незаконного получения денежных средств, в том числе и посредством установления контроля в процедурах банкротства*. Это препятствует *законному формированию требований кредиторов в ходе процедур несостоятельности, а также их правомерному и справедливому распределению согласно нормам закона о несостоятельности* и с неизбежностью влечет нарушение прав кредиторов.

На это указано в п. 17 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2018)[24] (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 4 июля 2018 г.), п. 37 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2017)[25] (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 февраля 2017 г., ред. от 26 апреля 2017 г.), а также в целом ряде судебных актов Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации. В них сформулированы правоположения, которые подлежат учету для правильного применения норм процессуального права, в том числе в контексте реализации п. 24 Постановления Пленума № 35.

---

[22] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[23] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[24] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[25] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

При наличии корреспондирующих им обстоятельств воспрепятствование в доступе в апелляционную инстанцию *противоречит задачам судопроизводства*, сформулированным в п. 1 и 2 ст. 2 АПК РФ, принципам арбитражного процесса (ст. 8 и 9 АПК РФ) и ряду иных основных положений АПК РФ. А *с учетом разнящейся, в том числе и прямо противоположной, судебной практики это противоречит конституционному принципу равенства всех перед законом и судом* (п. 1 ст. 19 Конституции Российской Федерации, ст. 7 АПК РФ).

Как следствие, *нарушается и принцип недопустимости недобросовестных действий* (п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10, п. 3 ст. 307 ГК РФ). Между тем непринятие во внимание нижестоящими судами подобного рода обстоятельств признается основанием для отмены принятых ими судебных актов Судебной коллегией по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации (Определение Верховного Суда Российской Федерации от 21 февраля 2019 г. № 308-ЭС18-16740 по делу № А32-14248/2016[26]).

4. Судами в ряде случаев не принимается во внимание, что неправильное применение положения п. 24 Постановления Пленума № 35 может приводить к нарушению прав *не только конкретных заявителей жалоб. Нередко это приводит к нарушению прав и гражданско-правовых сообществ, объединяющих всех кредиторов по тому или иному делу о несостоятельности*. Ведь, к примеру, безосновательное прекращение производства по жалобе конкретного кредитора *может привести к бесперспективности обжалования и иными кредиторами*, которые могут рассчитывать на то, что принятая жалоба такого кредитора будет рассмотрена по существу, и не инициируют самостоятельное обжалование.

На это обратила внимание Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации в Определении № 305-ЭС19-26610 от 10 июня 2020 г. по делу № А41-62171/2014[27].

> *В нем указано, что кредитор, «обжалуя судебный акт о взыскании денежных средств в пользу другого кредитора, послуживший основанием для включения соответствующей задолженности в реестр требований кредиторов должника,* ***действует не только в собственных интересах, но и в интересах гражданско-правового сообщества, объединяющего всех кредиторов****. Поэтому в разъяснениях, приведенных в п. 24 Постановления № 35,* ***закреплен принцип процессуального соучастия****: все конкурсные кредиторы, а также арбитражный управляющий вправе принять участие в рассмотрении жалобы, в том числе представить новые доказательства и заявить новые доводы; повторное обжалование названными лицами того же судебного акта по тем же основаниям не допускается» (выделено нами. – М. П.).*

---

[26] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

[27] Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

В заключение, принимая во внимание необходимость изменения сложившихся в судебной практике спорных подходов, вызывающих существенные претензии, отметим целесообразность внесения изменений в ст. 259 АПК РФ. Дело в том, что ныне эта статья, *устанавливая в своей ч. 1 месячный срок обжалования после принятия обжалуемого решения, не предусматривает нормы, определяющей особенности исчисления этого срока для кредиторов в случаях, корреспондирующих п. 24 Пленума № 35*. Между тем, исходя из нынешней конструкции ч. 1 ст. 259 АПК РФ, это, безусловно, требуется.

Поэтому полагаем, что в ст. 259 АПК РФ должно быть в качестве ч. 1^1 закреплено следующее положение: «Судебное решение, на котором основано заявленное в деле о несостоятельности требование (в частности, если они считают, что оно является необоснованным по причине недостоверности доказательств либо ничтожности сделки), может быть обжаловано конкурсными кредиторами (или в их интересах конкурсными управляющими), полагающими, что их права и законные интересы нарушены этим решением, в месячный срок, исчисляемый со дня, когда подавшее жалобу лицо узнало или должно было узнать о нарушении его прав и законных интересов».

Вследствие того, что ч. 2 ст. 259 АПК РФ не устанавливает особых правил восстановления срока обжалования для кредиторов, представляется важным в качестве ч. 2^1 сформулировать в ней следующее положение: «Срок подачи апелляционной жалобы лицом, подпадающим под часть 1^1 статьи 259 настоящего Кодекса, по ходатайству указанного лица может быть восстановлен арбитражным судом апелляционной инстанции при условии, что ходатайство подано не позднее чем через шесть месяцев со дня, когда оно узнало или должно было узнать о нарушении его прав и законных интересов».

Обнадеживает, что на уровне Верховного Суда Российской Федерации начинается переосмысление складывающихся реалий, приведены аргументы о том, что *ни один из трех упомянутых выше подходов не может быть применен в том или ином конкретном случае*. Более того, в надзорном Определении Верховного Суда Российской Федерации от 21 августа 2020 г. № 213-ПЭК20 по делу № А41-62171/2014 применительно к одному из указанных выше подходов указывается, что толкование, согласно которому срок обжалования следует исчислять со дня получения статуса кредитора, «…означает, что кредитор, подавая заявление о включении своего требования в реестр кредиторов должника, должен изначально исходить из незаконности судебных решений в отношении других кредиторов, не обладая для этого доказательствами недостоверности их денежных требований». Этот вывод еще более обоснован: срок обжалования должен исчисляться с момента принятия заявления о признании банкротом.

Без реализации упомянутых предложений de lege ferenda в судебной практике сохранятся указанные выше темпоральные проблемы. Это не-

избежно при наблюдающихся ныне разночтениях в понимании исчисления/восстановления срока обжалования даже на уровне актов Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации, имея в виду и те, которые включаются в обзоры судебной практики, утверждаемые Президиумом Верховного Суда Российской Федерации[28]. Это не может быть нивелировано в обозримой перспективе чисто судебно-правовыми средствами – закреплением соответствующих положений как в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации, так и в постановлении Президиума Верховного Суда Российской Федерации по конкретному делу (тем более в том или ином определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации[29] или ряде таких определений).

Если оставить ныне складывающееся положение дел без изменения, это перечеркнет надежды, связанные с новым процессуальным механизмом, что усилит правовой нигилизм, социальную опасность которого неверно преуменьшать.

Список использованной литературы

Кухарь А., Данцев А. Внебанкротное обжалование сомнительных судебных актов: как кредитору не пропустить срок? 2019. URL: https://www.consultant.ru/law/podborki/obzhalovanie_vklyucheniya_v_reestr_kreditorov/

Лукич Р. Методология права / пер. с сербскохорв. В. М. Кулистикова. М. : Прогресс, 1981. 304 с.

Мифтахутдинов Р. Т. Ограниченная относительность судебного акта при банкротстве: как добросовестным кредиторам защититься от

[28] Так, включение ряда направленных на решение проблем положений в п. 37 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2017) (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 февраля 2017 г.), а также положений упомянутого Определения № 305-ЭС18-19058 в п. 51 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2019) (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 27 ноября 2019 г.) не смогло снять возникшие темпоральные вопросы. Ведь наряду с этим, к примеру, в п. 21 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2020) (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 10 июня 2020 г.) включено положение о том, что *срок обжалования начинает течь с момента принятия требования кредитора к рассмотрению в деле о несостоятельности.*

[29] Только в редчайших случаях (к числу которых относится упомянутое Определение № 305-ЭС18-19058) Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации не склонна формулировать в судебных актах по конкретным делам выводы, обобщающие подходы судебной практики.

необоснованного требования, подтвержденного судебным актом // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 4. С. 104–125.

Решетникова И. В. Размышляя о судопроизводстве: избранное. М. : Статут, 2019. 510 с. ISBN 978-5-8354-1524-3.

Шевченко И. М. О правах кредиторов по делу о банкротстве, чьи требования приняты к производству, но не установлены определением арбитражного суда // Арбитражные споры. 2014. № 2. С. 112–123.

Яковец А. В. О праве не привлеченного к участию в деле кредитора ответчика на обжалование судебных актов // Арбитражные споры. 2013. No. 1. С. 5–22.

Kontturi M. Verification of claims disputed in other courts // Oikeustieto. 2012. No. 5. S. 13–19.

Ugartemendia Eceizabarrena J. I. El concepto y alcance de la seguridad juridica en el Derecho constitucional espacol y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado // Cuadernos de Derecho Publico. Mayo – agosto 2006. № 28. P. 21–22.

References

Kontturi, M., 2012. Verification of claims disputed in other courts, *Oikeustieto*, 5, pp. 13–19.

Kukhar', A. and Dantsev, A., 2019. *Vnebankrotnoe obzhalovanie somnitel'nykh sudebnykh aktov: kak kreditoru ne propustit' srok* = [Non-bankruptcy appeal of doubtful court's decisions: how can a creditor not miss a deadline?]. Available at: < https://www.consultant.ru/law/podborki/obzhalovanie_vklyucheniya_v_reestr_kreditorov/> (In Russ.)

Lukich, R., 1981. *Metodologiya prava* = [Methodology of law]. Translated by V. M. Kulistikova. Moscow: Progress. (In Russ.)

Miftakhutdinov, R. T., 2018. Limited relativity of court decisions in bankruptcy: how can bona fide creditors protect themselves against an unjustified claim approved by a court decision. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii* = [Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation], 4, pp. 104–125. (In Russ.)

Reshetnikova, I. V., 2019. *Razmyshlyaya o sudoproizvodstve* = [Thinking about Legal Proceedings]. Favorites. Moscow: Statut. (In Russ.) ISBN 978-5-8354-1524-3.

Shevchenko, I. M., 2014. [On the rights of creditors in a bankruptcy case whose claims are admitted for proceeding, but are not established by the ruling of the arbitration court]. *Arbitrazhnye spory* = [Arbitration Disputes], 2, pp. 112–123. (In Russ.)

Yakovets, A. V., 2013. [On the right of the respondent, not involved in the creditor's case, to appeal against judicial acts]. *Arbitrazhnye spory* = [Arbitration Disputes], 1, pp. 5–22. (In Russ.)

Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., 2006. El concepto y alcance de la seguridad juridica en el Derecho constitucional espacol y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado. *Cuadernos de Derecho Publico*, 28, mayo-agosto, pp. 21–22.

Информация об авторе / Information about the author

Пацация Малхаз Шотаевич, доктор юридических наук, главный научный сотрудник Центра исследования проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69).
Malkhaz Sh. Patsatsiya, Dr. Sci. (Law), Chief Researcher of the Justice Research Center of the Russian State University of Justice (69 Novocheremuskinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).
ORCID https://orcid.org/0000-0002-7109-8522.
E-mail: besleti@mail.ru

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.
The author declares no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 03.02.2021; дата одобрения после рецензирования: 16.02.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 23.02.2021.
Submitted: 03.02.2021; reviewed: 16.02.2021; revised: 23.02.2021.

УДК 343.3/.7
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.172-188

Посягательства на безопасность морского судоходства в российском и международном уголовном праве

М. Л. Прохорова[a], А. К. Князькина[b], В. Н. Куфлева[c]
ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет», г. Краснодар, Российская Федерация
[a] kup_kubgu@mail.ru, [b] knyazkina_a@mail.ru, [c] val_swatch @mail.ru

Аннотация
Введение. Необходимость криминализации в национальном законодательстве деяний, посягающих на безопасность морского судоходства, основана на требовании соблюдения обязательств, принятых на себя Россией по международным договорам, участницей которых она является. Однако не всегда имплементация осуществляется своевременно и адекватно, именно этим обусловлена актуальность заявленной темы исследования. При этом авторские редакции уголовно-правовых норм могут быть применены законодателем для дальнейшего совершенствования уголовного закона.
Теоретические основы. Методы. Методологической основой исследования явилась совокупность как общенаучных, так и частнонаучных методов познания, в частности: анализ, синтез, компаративистский, формально-юридический и др. Особое внимание в работе уделено международно-правовым стандартам, регламентации уголовной ответственности за посягательства, направленные против безопасности морского судоходства.
Результаты исследования. Осуществлен анализ нормативных предписаний, регламентирующих на национальном уровне преступность деяний, посягающих на безопасность судоходства на море и в речном пространстве, а именно ст. 211 «Угон судна воздушного или водного транспорта либо железнодорожного подвижного состава» и ст. 227 «Пиратство» Уголовного кодекса Российской Федерации. Рассматриваются положения, корреспондирующие им в международных договорах, исследуются проблемы соответствия имплементирующих норм российского уголовного закона базовым договорным установлениям. При этом международные акты анализируются в действующей редакции, с учетом всех внесенных в них изменений и дополнений.
Обсуждение и заключение. В результате проведенного исследования авторы приходят к выводу о необходимости корректировки национального уголовного законодательства и приведения его в соответствие с действующими международными нормами вследствие отсутствия в нем положений, касающихся ответственности за преступления, совершаемые в отношении морских судов, а также на борту или против стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе. При этом авторы предлагают конкретные дополнения Уголовного кодекса, в частности о включении тех или иных признаков состава преступления в число квалифицирующих, а также обосновывают необходимость формулирования конкретных уголовно-правовых норм, предусматривающих ответственность за совершение преступлений в отношении морских судов, а также на борту или против стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе.

Ключевые слова: терроризм, террористические преступления, безопасность морского судоходства, посягательство на морское судно, пиратство, континентальный шельф, международное уголовное право, конвенционные преступления

© Прохорова М. Л., Князькина А. К., Куфлева В. Н., 2021

Для цитирования: Прохорова М. Л., Князькина А. К., Куфлева В. Н. Посягательства на безопасность морского судоходства в российском и международном уголовном праве // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 2. С. 172–188. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.172-188.

Encroachments against the Safety of Maritime Navigation in Russian and International Criminal Law

Marina L. Prokhorova[a], Anastasiya K. Knyaz'kina[b], Valentina N. Kufleva[c]

Kuban State University, Krasnodar, Russian Federation
For correspondence: [a] kup_kubgu@mail.ru, [b] knyazkina_a@mail.ru, [c] val_swatch @mail.ru

Abstract
Introduction. The necessity of criminalising acts against the safety of maritime navigation in national legislation is based on the requirement to comply with the international obligations. The relevance of the research is that the implementation of such criminalisation is not always carried out in a timely and adequate manner. The author's versions of the criminal law can be used by the legislator to further improve the Criminal Code.
Theoretical Basis. Methods. The methodological basis of the study was a set of both general scientific and private scientific methods of cognition. In particular these included the analysis, synthesis, comparative, formal and the legal. Special attention was paid to the international legal standards, and the regulation of criminal liability for encroachments against security sea shipping.
Results. The article analyses the regulations at the national level governing the crime of acts which infringe upon the safety of navigation at sea and in the river space. This is Art. 211 "Hijacking of an aircraft or water transport or railway rolling stock" and Art. 227 "Piracy" as provided for in the Criminal Code of the Russian Federation. The article considers the provisions corresponding to these from international treaties, and investigates the problems of compliance in implementing norms of the Russian criminal law with the basic contractual provisions. At the same time, international acts are analysed in their latest and current version, taking into account all the changes and additions made to them.
Discussion and Conclusion. As a result of the study, the authors come to the conclusion that it is necessary to make alterations to the national criminal legislation to bring it in line with the current international standards due to the absence of provisions in it regarding liability for crimes committed against sea vessels, as well as on board or against fixed platforms located on the continental shelf.
At the same time, the authors propose specific additions to the Criminal Code of the Russian Federation. In particular, these are on the inclusion of certain signs of corpus delicti relating to the number of qualifying items, and which also indicate the need to formulate specific criminal law norms providing for liability for crimes against sea vessels, as well as on board or against fixed platforms located on the continental shelf.

Keywords: terrorism, terrorist crimes, safety of maritime navigation, encroachment on a sea vessel, piracy, continental shelf, international criminal law, conventional crimes

For citation: Prokhorova, M. L., Knyaz'kina, A. K. and Kufleva, V. N., 2021. Encroachments against the safety of maritime navigation in Russian and international criminal law. *Pravosudie/Justice*, 3(2), pp. 172–188. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.172-188.

Введение

Одним из основных принципов международного права является принцип pacta sunt servanda. В связи с этим выполнение Российской Федерацией взятых на себя обязательств – непреложное условие функционирования государства на международной арене.

Изучение и сопоставительный анализ норм российского, а также международного права, выявление соответствия между ними являются весьма актуальными. В свою очередь, теоретический и практический интерес вызывает проблема криминализации посягательств, направленных на безопасность морского судоходства в рамках национального законодательства на основании признанных международных стандартов. С одной стороны, такая криминализация отражает степень соблюдения Россией норм международного права и являет собой выполнение взятых по международным договорам обязательств, а с другой – направлена на защиту безопасности судоходства на море, которое представляет собой весьма специфическую отрасль.

Посягательства на безопасность морского судоходства регламентированы в главе 24 Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ), в которой сосредоточены нормы о преступлениях против общественной безопасности, т. е. общественно опасных виновно совершаемых деяниях, причиняющих существенный вред или создающих реальную угрозу нанесения такового безопасным условиям жизнедеятельности людей и социума в целом. В УК РФ к преступлениям рассматриваемой группы, имеющим конвенционный характер [Зайцева, Т. А., 2017], следует относить угон судна воздушного или водного транспорта либо железнодорожного подвижного состава (ст. 211 УК РФ) и пиратство (ст. 227 УК РФ).

Вместе с тем вопросы конструирования обозначенных составов преступлений требуют более тщательного изучения, поскольку в науке и практике нет единого подхода к пониманию признаков этих составов [Галиев, Р. С., 2015, с. 18]. Поэтому рассмотрение различных аспектов обозначенной темы исследования является актуальным. Обозначенный вопрос изучен неглубоко, комплексное исследование и сопоставление норм национального и международного законодательства по данной теме осуществлены не были, имеются лишь некоторые работы, посвященные исследованию проблематики как в рамках национального [Варфоломеев, А. А., 2015; Джунусова, Д. Н., 2015; Князева, Е. А., 2013], так и в рамках международного права [Firnanda, A., 2020; Marciniak, K. J., 2012; O'Brien, M., 2014; Wilson, J., 2016].

Теоретические основы. Методы

Объектом исследования выступают общественные отношения, складывающиеся в сфере обеспечения безопасности морского судоходства. Теоретической основой исследования послужили труды как отечественных, так и зарубежных ученых, посвященные уголовно-правовой регламентации ответственности за посягательства на безопасность морского судоходства в

рамках ст. 211 и 227 УК РФ, а также ее регулирование в нормах международного права. В процессе подготовки статьи авторами использованы следующие методы: общенаучные (анализ, синтез, системный и структурный подходы и др.), а также частнонаучные (формально-юридический, системно-структурный, компаративистский, формально-логический и др.).

Результаты исследования

Основным непосредственным объектом рассматриваемой группы посягательств выступают общественные отношения в сфере обеспечения общественной (общей) безопасности, под которой следует понимать состояние защищенности основ существования социума в целом [Прохорова, М. Л. и Куфлева, В. Н., 2015, с. 430], а конкретнее – в сфере обеспечения безопасности морского судоходства [Наумов, А. В., 2019, с. 264; Косевич, Н. Р., 2019], а применительно к пиратству – и речного судоходства [Прохорова, М. Л. и Куфлева, В. Н., 2019, с. 17]. Круг *дополнительных объектов* образуют жизнь, здоровье, личная свобода человека, отношения собственности, нормальная и безопасная деятельность транспорта и организаций, ее обеспечивающих.

В качестве предмета воздействия применительно к преступлению, предусмотренному ст. 211 УК РФ, выступают плавучее транспортное средство для перевозки людей и грузов, летательный аппарат, железнодорожный подвижной состав [Князева, Е. А., 2015, с. 50].

В контексте рассматриваемой темы интерес представляет именно водное судно как предмет посягательства [Menefee, S. P., 1986, p. 156], поскольку в Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, от 10 марта 1988 г.[1] (далее – Конвенция 1988 г.) речь идет именно о морском судне, а также грузе, находящемся на таком судне.

В то же время в силу специфики рассматриваемой Конвенции, предусматривающей ответственность за незаконные акты, направленные против безопасности морского судоходства, она устанавливает ответственность за более широкий круг посягательств, чем только захват или удержание морского судна, которые будут проанализированы далее.

Предмет пиратства в рамках ст. 227 УК РФ – морские и речные суда независимо от грузоподъемности или принадлежности, находящиеся за пределами границ конкретного государства.

Однако Конвенцией об открытом море от 29 апреля 1958 г.[2] и Конвенцией ООН по морскому праву от 10 декабря 1982 г.[3] предметом рассма-

---

[1] URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/maritme.shtml (дата обращения: 24.11.2020).

[2] URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/hsea.pdf (дата обращения: 24.11.2020).

[3] URL: https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf (дата обращения: 24.11.2020).

триваемого преступления признается судно (водное) или летательный аппарат, а также имущество, находящееся на борту.

Объективная сторона преступления, предусмотренного ст. 211 УК РФ, выражается в следующих альтернативных действиях:

1) угон, т. е. завладение соответствующим судном с последующим его произвольным перемещением либо с изменением его направления (маршрута) под влиянием лица, производящего угон;

2) захват, т. е. завладение судном воздушного или водного транспорта либо железнодорожным подвижным составом и установление контроля над ним и экипажем (бригадой).

Совершение преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 211 УК РФ, может сопровождаться применением насилия, не опасного для жизни или здоровья потерпевшего.

Анализ ст. 3 Конвенции 1988 г. позволяет утверждать, что ею предусмотрен более широкий круг деяний, которые могут «создать угрозу безопасности плавания данного судна» [Karim, M. S., 2016, p. 105], а именно:

1) захват судна или осуществление контроля над ним с применением насилия или угрозы его применения или, как отмечено в Конвенции, «путем любой другой формы запугивания»;

2) осуществление акта насилия в отношении какого-либо лица, находящегося на борту судна;

3) уничтожение или повреждение судна либо груза, находящегося на таком судне;

4) размещение на борту судна либо совершение каких-либо действий в целях размещения на его борту (независимо от способа) устройства или вещества, которое создает угрозу уничтожения или повреждения судна либо груза, находящегося на борту такого судна;

5) уничтожение или серьезное повреждение морского навигационного оборудования либо создание существенных препятствий для его использования по назначению;

6) сообщение заведомо недостоверной информации.

В Конвенции специально отмечается, что преступным является не только непосредственное совершение перечисленных действий, но и покушение на их совершение, а также соучастие в их совершении [Mejia, M. Q., Jr. and Mukherjee, P. K., 2020, p. 178].

Протокол от 14 октября 2005 г. к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства[4] (далее – Протокол 2005 г.), существенно расширил перечень преступлений рассматриваемой группы. Таким образом, Конвенцией и Протоколом к ней предусматривается целый ряд посягательств, направленных против

[4] URL: https://www.unodc.org/ru/2005_Protocol2Convention_Maritime.html (дата обращения: 24.11.2020).

безопасности морского судоходства, ответственность за которые в УК РФ специально не установлена [Inazumi, M., 2005, p. 241].

Объективную сторону пиратства в рамках ст. 227 УК РФ образует нападение на морское или речное судно, совершенное с применением насилия либо с угрозой его применения. Нападение означает совершение действий, направленных на достижение преступного результата путем применения насилия к экипажу и пассажирам либо создания реальной угрозы его немедленного применения. Насилие может проявляться в причинении вреда здоровью различной степени тяжести, нанесении побоев, истязании (ч. 1 и 2 ст. 111, ст. 112, 115–117 УК РФ) или ограничении личной свободы. Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью при наличии обстоятельств, указанных в ч. 3 и 4 ст. 111 УК РФ, а также смерти потерпевшему требует дополнительной квалификации по названным нормам или ст. 105 УК РФ.

Согласно ст. 15 Конвенции об открытом море от 29 апреля 1958 г. и ст. 101 Конвенции ООН по морскому праву от 10 декабря 1982 г. пиратством признается:

1) любой неправомерный акт насилия, задержания или грабежа, совершаемый с личными целями экипажем или пассажирами какого-либо частновладельческого судна или частновладельческого летательного аппарата и направленный:

a) в открытом море против какого-либо другого судна или летательного аппарата или против лиц или имущества, находящихся на их борту,

b) против какого-либо судна или летательного аппарата, лиц или имущества в месте, находящемся за пределами юрисдикции какого бы то ни было государства;

2) любой акт добровольного участия в использовании какого-либо судна или летательного аппарата, если тот, кто этот акт совершает, знает обстоятельства, в силу которых это судно или этот летательный аппарат являются пиратским судном или пиратским летательным аппаратом;

3) любое действие, являющееся подстрекательством или сознательным содействием совершению действия, предусматриваемого в п. 1 или 2 данной статьи.

В силу ст. 102 Конвенции ООН по морскому праву от 10 декабря 1982 г. *пиратством* также признаются аналогичные действия, когда они совершаются военным кораблем, государственным судном или государственным летательным аппаратом, экипаж которого поднял мятеж и захватил контроль над этим кораблем, судном или летательным аппаратом, либо частновладельческим судном или частновладельческим летательным аппаратом.

Объективная сторона пиратства в рамках международных правовых актов шире и выражается в совершении одного из альтернативных действий:

1) неправомерный акт насилия, задержания или грабежа;

2) акт добровольного участия в использовании пиратского судна или пиратского летательного аппарата;

3) подстрекательство или сознательное содействие совершению таких действий.

Первое из названных действий заключается в неправомерном акте применения насилия в отношении лиц, находящихся на судне (экипажа, пассажиров). Насилие может выступать в форме физического и психического воздействия на лицо. Первое включает в себя причинение вреда здоровью потерпевшего различной степени тяжести, нанесение побоев, а также лишение его свободы передвижения. Ко второму относится угроза убийством или причинением вреда здоровью, высказанная или продемонстрированная потерпевшему (например, путем демонстрации оружия), если имелись реальные основания опасаться ее реализации.

Задержание судна представляет собой лишение судна возможности двигаться по назначенному маршруту. Способами задержания, помимо блокировки другими судами и взятия на абордаж, могут быть потопление судна, обстрел, бомбардировка с воздуха, отстранение капитана от командования судном, убийство членов экипажа или пассажиров [Fabris, D., 2017, p. 15].

Грабежом следует признавать изъятие имущества, принадлежащего лицам, находящимся на судне, или груза и обращение изъятого в пользу нападающего [Pászka, I. A., 2018, p. 101].

Средством совершения преступления считаются судно или летательный аппарат, если они предназначаются лицами, имеющими над ними власть, для совершения пиратских действий. К таковым, помимо названных, можно также отнести военные корабли, государственные суда или государственные летательные аппараты, экипаж которых поднял мятеж и захватил контроль над таким кораблем, судном или летательным аппаратом.

Местом совершения преступления Конвенцией по морскому праву 1982 г. признаются открытое море или место, находящееся вне юрисдикции какого-либо государства [Papastavridis, E. D., 2014, p. 32]. Соответственно, это положение применимо не только к водным, но и к летательным аппаратам, пиратские действия в отношении которых совершаются в воздушном пространстве над открытым морем. Исключением из правила о том, что совершение подобных действий во внутренних водах и в исключительной экономической зоне государства относится к юрисдикции национального законодательства, стала норма, закрепленная в резолюции Совета Безопасности ООН от 2 июня 2008 г.[5] Согласно принятой в связи с беспрецедентным распространением действий пиратов у берегов Сомали и обращением правительства Сомалийской Республики резолюции в течение шести месяцев с даты ее принятия государства, ко-

[5] URL: https://undocs.org/ru/S/RES/1816(2008) (дата обращения: 24.11.2020).

торые сотрудничают в борьбе с пиратством и вооруженным разбоем на море у побережья Сомали, могли: a) входить в территориальные воды Сомали в целях пресечения актов пиратства и вооруженного разбоя на море сообразно тому, как это разрешается делать в открытом море в отношении пиратства согласно соответствующим нормам международного права, и b) использовать, в пределах территориальных вод Сомали, сообразно тому, как это разрешается делать в открытом море в отношении актов пиратства согласно соответствующим нормам международного права, все необходимые средства для пресечения актов пиратства и вооруженного разбоя [Treves, T., 2009, p. 408].

Субъективная сторона преступлений, предусмотренных ст. 211 и 227 УК РФ, характеризуется прямым умыслом. Обязательным признаком субъективной стороны захвата является специальная цель в виде угона соответствующего транспортного средства, а в пиратстве – завладения чужим имуществом.

Что касается положений международных актов – упомянутых Конвенции 1988 г. и Протокола 2005 г., то субъективная сторона захвата в них определяется через понятие «преднамеренность». Более того, в Протоколе 2005 г. специально выделяется цель совершения перечисленных в нем деяний – устрашить население или понудить правительство или международную организацию осуществить какое бы то ни было действие либо воздержаться от его осуществления. Поэтому по субъективной стороне, а именно по цели совершения деяний, названное преступление необходимо отграничивать от пиратства [Галиев, Р. С., 2018, с. 184; Джунусова, Д. Н., 2015, с. 25], предусмотренного ст. 15 Конвенции об открытом море от 29 апреля 1958 г. и ст. 101 Конвенции ООН по морскому праву от 10 декабря 1982 г. Последнее, как подчеркнуто в соответствующих международных договорах, совершается с личными целями (доминирующим при этом является достижение имущественной выгоды (завладение имуществом), вместе с тем цель может и не иметь имущественного характера, в частности, если груз уничтожается или судно потопляется), хотя действия, образующие объективную сторону, схожи с рассмотренными.

Субъектом рассматриваемых норм в УК РФ выступает физическое вменяемое лицо, достигшее 16 лет.

В международном праве субъектом пиратства может быть только частное лицо [Mejia, M. Q., Jr., Kojima, C. and Sawyer, M., 2013, p. 150]. Однако, учитывая то обстоятельства, что, согласно существующей практике, уголовная ответственность за него наступает по нормам национального законодательства, возраст его не регламентируется [Van Hespen, I., 2016, p. 294].

Особое внимание в контексте анализа посягательств на безопасность морского судоходства следует уделить положениям ст. 2 Протокола о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе, от

10 марта 1988 г. (в ред. Протокола от 14 октября 2005 г.)[6] (далее – Протокол 1988 г.), которой устанавливается ответственность за **преступления, совершаемые на борту или против стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе**, а именно за совершение лицом противозаконно и сознательно:

1) захвата стационарной платформы (о захвате стационарных платформ также идет речь в ст. 179 Модельного Уголовного кодекса для государств – участников СНГ от 17 февраля 1996 г. (в ред. от 27 ноября 2015 г.)[7]) или осуществления контроля над ней с применением насилия или угрозой его применения или «путем любой другой формы запугивания»;

2) акта насилия против лица, находящегося на такой платформе, если этот акт может угрожать безопасности платформы;

3) уничтожения стационарной платформы или ее повреждения, которое может создать угрозу для ее безопасности;

4) размещения на платформе или совершения каких-либо действий в целях размещения на ней (независимо от способа) устройства или вещества, которое может уничтожить эту платформу или угрожать ее безопасности.

Покушение на совершение всех вышеперечисленных действий и соучастие в них также признаются преступными.

Согласно ст. 2 bis Протокола преступными являются:

а) применение в отношении стационарной платформы или на ней либо сброс с нее какого бы то ни было взрывчатого вещества, радиоактивного материала или биологического, химического или ядерного оружия таким образом, что в результате совершенных действий фактически наступает смерть, серьезное телесное повреждение или ущерб либо создается угроза наступления перечисленных последствий;

б) сброс с платформы нефти, сжиженного природного газа или иного опасного или вредного вещества в таком количестве или концентрации, что в результате этого фактически наступает смерть, серьезное телесное повреждение или ущерб либо создается угроза наступления перечисленных последствий;

в) угроза совершения перечисленных преступных деяний;

г) противозаконное и осознанное нанесение телесных повреждений любому лицу или его убийство, сопряженное с совершением любого из названных преступлений;

д) покушение на совершение указанных противоправных действий или соучастие в них.

При этом в российском УК РФ отсутствует специальная норма, предусматривающая ответственность за преступления, совершаемые на борту

---

6 URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/2005protocol.pdf (дата обращения: 21.11.2020).

7 Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

или против стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе [Анянова, Е. С., 2015, с. 158], потому совершение преступлений, перечисленных в названных Протоколе и Конвенции, должно квалифицироваться с учетом конкретных обстоятельств как посягательство на личность, собственность, общественную безопасность и др.

Обсуждение и заключение

Сравнивая положения международных актов и национального уголовного законодательства, можно сделать вывод, что в целом норма УК РФ, предусматривающая ответственность за угон водного судна, соответствует международным обязательствам Российской Федерации. Анализируя состав пиратства, можно прийти к выводу, что, с одной стороны, российский законодатель сузил, а с другой – расширил признаки пиратства при имплементации положений Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. В статье 227 УК РФ не нашли закрепления положения о нападениях частновладельческих летательных аппаратов (т. е. о воздушном разбое). Вместе с тем российский законодатель назвал предметом преступления наравне с морским и речное судно, следовательно, расширил место совершения преступления путем включения в него речных бассейнов.

Наряду с этим в отношении иных преступлений, указанных в рассмотренных актах, констатируем, что в УК РФ отсутствует специальная норма об этом, что следует считать пробелом [Анисимова, П. В., 2018, с. 8]. В настоящее время вопрос о квалификации соответствующих посягательств должен решаться с учетом положений норм о преступлениях против личности, против собственности, о террористическом акте, заведомо ложном сообщении об акте терроризма.

А. Л. Еделев считает, что в качестве самостоятельной нормы требуется предусмотреть такое преступление, как «транспортный терроризм», и сформулировать состав следующим образом: «Разрушение, повреждение или приведение иным способом в негодное для эксплуатации состояние транспортного средства, путей сообщения, средств сигнализации или связи либо другого транспортного оборудования, а равно блокирование транспортных коммуникаций, если эти деяния совершены в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений органами власти, а также угроза совершения указанных действий в тех же целях» [Еделев, А. Л., 2002, с. 71]. Предложенная редакция, как представляется, все равно не охватывает всех преступных посягательств, предусмотренных нормами международного права.

Таким образом, анализ международно-правовых норм в сравнении с действующими нормами УК РФ позволяет заключить, что в настоящее время российское уголовное законодательство содержит не полный перечень посягательств против безопасности морского судоходства. Для при-

ведения УК РФ в соответствие с нормами перечисленных международных договоров необходимо:

1) дополнить ст. 205 УК РФ «Террористический акт» и ст. 361 «Акт международного терроризма» указанием на такой квалифицирующий признак, как совершение преступления на борту водного судна или на стационарной платформе;

2) установить уголовную ответственность, включив в УК РФ в качестве самостоятельных составов преступлений:

• захват стационарной платформы или осуществление контроля над ней;

• уничтожение или повреждение судна либо груза, находящегося на таком судне, что может создать угрозу безопасному плаванию данного судна, а также уничтожение или повреждение стационарной платформы, которое может создать угрозу для ее безопасности;

• уничтожение или порчу морского навигационного оборудования либо создание существенных препятствий для его эксплуатации, что может создать угрозу безопасному плаванию данного судна;

• транспортировку на борту судна:

– любого взрывчатого вещества или радиоактивного материала, с осознанием того, что они предполагаются для совершения террористического преступления;

– любого биологического, химического или ядерного оружия, с осознанием того, что оно является именно таким оружием;

– любого исходного материала, специального расщепляющегося материала либо оборудования или материала, специально предназначенных или подготовленных для обработки, использования или производства специального расщепляющегося материала, с осознанием того, что они предназначены для применения в деятельности, связанной с ядерными взрывами, или в другой ядерной деятельности, не охватываемой гарантиями в соответствии с соглашением о полноохватных гарантиях с МАГАТЭ;

– любого оборудования, материалов или программного обеспечения либо соответствующей технологии, которые вносят существенный вклад в проектирование, производство или доставку биологического, химического или ядерного оружия, с целью применить их именно для такой цели.

Список использованной литературы

Анисимова П. В. Международно-правовая концепция безопасности морского судоходства и ее имплементация в законодательство Российской Федерации // Оригинальные исследования. 2018. Т. 8, № 4. С. 4–10.

Анянова Е. С. Совершенствование методологии борьбы с преступностью и нераспространением оружия массового уничтожения на

море // Известия Балтийской государственной академии рыбопромыслового флота: психолого-педагогические науки. 2015. № 3. С. 153–159.

Варфоломеев А. А. Современное морское пиратство и действующее международное право // Международная жизнь. 2015. № 4. С. 149–162.

Галиев Р. С. Борьба с морским пиратством. Международно-правовой аспект. Барнаул : ФГКОУВПО «Барнаульский юридический институт Министерства внутренних дел Российской Федерации», 2015. 168 с. ISBN 978-5-94552-188-8.

Галиев Р. С. Конвенционные подходы к криминализации преступления «морское пиратство» по Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. и Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, 1988 г. // Вестник Барнаульского юридического института МВД России. 2018. № 1. С. 183–185.

Джунусова Д. Н. Терроризм и пиратство на море // Национальная безопасность и стратегическое планирование. 2015. № 2-1. С. 23–26.

Еделев А. Л. Уголовная ответственность за террористические преступления : дис. … канд. юрид. наук. М., 2002. 134 с.

Зайцева Т. А. Предпосылки конвенции ООН по борьбе с актами против безопасности судоходства // Международный правовой курьер: электрон. сетевое изд. 2017. № 1. С. 88–95.

Князева Е. А. Проблемы определения объекта и предмета угона (захвата) судна воздушного или водного транспорта по статье 211 УК РФ // Академический юридический журнал. 2015. № 3. С. 48–54.

Князева Е. А. Угон и захват судна воздушного или водного транспорта : дис. … канд. юрид. наук. Владивосток, 2013. 215 с.

Косевич Н. Р. Преступления против личных прав и свобод человека // Международное уголовное право : учебник для бакалавриата и магистратуры / под общ. ред. А. В. Бриллиантова ; отв. ред. А. А. Арямов, Г. А. Русанов. М. : Юрайт, 2019. С. 227–249. ISBN 978-5-534-03451-6.

Наумов А. В. Проблемы международного уголовного правосудия по делам о преступлениях против мира и безопасности человечества (человечности) // Международное уголовное право : учебник для бакалавриата и магистратуры / под ред. А. В. Наумова, А. Г. Кибальника. 3-е изд. М. : Юрайт, 2019. С. 257–277. ISBN 978-5-534-11607-6.

Прохорова М. Л., Куфлева В. Н. Преступления против общественной безопасности // Российское уголовное право. Особенная часть : учебник для вузов / под ред. В. П. Коняхина, М. Л. Прохоровой. М. : Контракт, 2015. С. 424–503. ISBN 978-5-16-105330-0.

Прохорова М. Л., Куфлева В. Н. Преступления против общественной безопасности : учеб. пособие. Краснодар : Кубан. гос. ун-т, 2019. 207 с. ISBN 978-5-8209-1688-5.

Смыслов Б. А. Морское и речное пиратство // Российский криминологический взгляд. 2014. № 1. С. 266–269.

Fabris D. Crimes Committed at Sea and Criminal Jurisdiction: Current Issues of International Law of the Sea Awaiting the 'Enrica Lexie' Decision // Amsterdam Law Forum. 2017. 9 (2). P. 5–25. DOI: http://doi.org/10.37974/ALF.292.

Firnanda A. Establishment of A Committee in Treatment of Terrorism in the Marine Ocean // Literatus. 2020. 2 (1). P. 14–23. DOI: https://doi.org/10.37010/lit.v2i1.8.

Inazumi M. Universal jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law. Antwerpen ; Oxford : Intersentia, 2005. ISBN 9050953662.

Karim M. S. Maritime terrorism and the Role of judicial institutions in the legal order. Leiden : Brill, 2016. ISBN 9004329285.

Kleinman S. B. Terror at sea: Vietnamese victims of piracy // The American Journal of Psychoanalysis. 1990. Vol. 50. P. 351–362. DOI: 10.1007/BF01254081.

Marciniak K. J. International law on piracy and some current challenges related to this definition // Polish Review of international and European Law. 2012. Vol. 1, no. 3–4. P. 97–140. DOI: 10.21697/priel.2012.1.3.04.

Mejia M. Q., Jr., Kojima C., Sawyer M. Piracy at sea. London : Springer, 2013. 310 p. ISBN 978-3-642-39620-5.

Mejia M. Q., Jr., Mukherjee P. K. The SUA Convention 2005: A Critical Evaluation of its Effectiveness in Suppressing Maritime Criminal Acts // Journal of International Maritime Law. 2020. Vol. 12, no. 3. P. 175–206.

Menefee S. P. Terrorism at sea: the historical development of an international legal response // Violence at sea: a review of terrorism, acts of war and piracy and countermeasures to prevent terrorism / ed. B. A. Parritt. Paris : ICC, 1986.

O'Brien M. Where Security Meets Justice: Prosecuting Maritime Piracy in the International Criminal Court // Asian Journal of International Law. 2014. Vol. 4. P. 81–102. DOI: https://doi.org/10.1017/S204425131300026X.

Papastavridis E. D. Crimes at sea: A law of the sea perspective // Criminalité en mer. 2014. P. 3–52.

Pászka I. A. Maritime Piracy as an International Crime in the 21st Century // Belvedere Meridionale. 2018. Vol. 30, no. 4. P. 96–107. DOI: 10.14232/belv.2018.4.6.

Treves T. Piracy, law of the sea, and use of force: developments off the coast of Somalia // European Journal of international law. 2009. Vol. 20, issue 2. P. 399–414. DOI: http://dx.doi.org/10.1093/ejil/chp027.

Van Hespen I. Developing the Concept of Maritime Piracy: a Comparative Legal Analysis of International Law and Domestic Criminal Legislation // International journal of marine and coastal law. 2016. Vol. 31, issue 2. P. 279–314. DOI: 10.1163/15718085-12341395.

Wilson J. The Rise, The Fall, and the Eventual Return of Modern Piracy: Addressing an Age Old Problem with Modern Solutions // Journal of Maritime Law and Commerce. 2016. Vol. 47. P. 297–340.

References

Anisimova, P. V., 2018. International and legal concept of safety of maritime navigation and its implementation in the legislation of the Russian Federation. *Original'nye issledovaniya* = [Original Research], 8(4), pp. 4–10. (In Russ.)

Anyanova, E. S., 2015. The perfection of the methodology of the combat with criminality and non-proliferation of the weapon of mass destruction at sea. *Izvestiya Baltijskoj gosudarstvennoj akademii rybopromyslovogo flota: psihologo-pedagogicheskie nauki* = [Proceedings of the Baltic State Academy of Fishing Fleet: Psychological and Pedagogical Sciences], 3, pp. 153–159. (In Russ.)

Dzhunusova, D. N., 2015. The terrorism and piracy at sea. *Nacional'naya bezopasnost' i strategicheskoe planirovanie* = [National Security and Strategic Planning], 2-1, pp. 23–26. (In Russ.)

Edelev, A. L., 2002. *Ugolovnaya otvetstvennost' za terroristicheskie prestupleniya* = [Criminal liability for terrorist crimes]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Fabris, D., 2017. Crimes Committed at Sea and Criminal Jurisdiction: Current Issues of International Law of the Sea Awaiting the 'Enrica Lexie' Decision. *Amsterdam Law Forum*, 9(2), pp. 5–25. DOI: http://doi.org/10.37974/ALF.292.

Firnanda, A., 2020. Establishment of A Committee in Treatment of Terrorism in the Marine Ocean. *Literatus*, 2(1), pp. 14–23. DOI: https://doi.org/10.37010/lit.v2i1.8.

Galiev, R. S. 2015. *Bor'ba s morskim piratstvom. Mezhdunarodno-pravovoy aspect* = [Fight against maritime piracy. International legal aspect].

Barnaul: Barnaul Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. (In Russ.) ISBN 978-5-94552-188-8.

Galiev, R. S., 2018. [Convention approaches to criminalizing the crime of "maritime piracy" under the 1982 UN Convention on the Law of the Sea and the 1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation]. *Vestnik Barnaul'skogo yuridicheskogo instituta MVD Rossii* = [Bulletin of the Barnaul Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia], 1, pp. 183–185. (In Russ.)

Inazumi, M., 2005. *Universal jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*. Antwerpen — Oxford: Intersentia. ISBN 9050953662.

Karim, M. S., 2016. *Maritime terrorism and the Role of judicial institutions in the legal order*. Leiden: Brill. ISBN: 9004329285.

Kleinman, S. B., 1990. Terror at sea: Vietnamese victims of piracy. *The American Journal of Psychoanalysis*, 50, pp. 351–362. DOI: 10.1007/BF01254081.

Knyazeva, E. A., 2013. *Ugon i zakhvat sudna vozdushnogo ili vodnogo transporta* = [Hijacking and hijacking of an air or water transport vessel]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Vladivostok. (In Russ.)

Knyazeva, E. A., 2015. Problems of definition of the object and the subject of hijacking (capture) of an aircraft or waterborne transport vessel under article 211 of the RF Criminal Code. *Akademicheskiy yuridicheskiy zhurnal* = Academic Law Journal, 3, pp. 48–54. (In Russ.)

Kosevich, N. R., 2019. [Crimes against individual human rights and freedoms]. In: A. V. Brilliantov, general ed.; A. A. Aryamov and G. A. Rusanov, resp. eds. *Mezhdunarodnoe ugoiovnoe pravo* = [International Criminal Law]. Moscow: Urait. (In Russ.) ISBN 978-5-534-03451-6.

Marciniak, K. J., 2012. International law on piracy and some current challenges related to this definition. *Polish Review of international and European Law*, 1(3–44), pp. 97–140. DOI: 10.21697/priel.2012.1.3.04.

Mejia, M. Q., Jr., Kojima, C. and Sawyer, M., 2013. *Piracy at sea.* London: Springer. ISBN 978-3-642-39620-5.

Mejia, M. Q., Jr. and Mukherjee, P. K., 2020. The SUA Convention 2005: A Critical Evaluation of its Effectiveness in Suppressing Maritime Criminal Acts. *Journal of International Maritime Law*, 12(3), pp. 175–206.

Menefee, S. P., 1986. Terrorism at sea: the historical development of an international legal response. In: B. A. Parritt, ed. *Violence at sea: a review of terrorism, acts of war and piracy and countermeasures to prevent terrorism*. Paris: ICC.

Naumov, A. V., 2019. Problems of international criminal justice in cases of crimes against the peace and security of mankind (humanity).

In: A. V. Naumov and A. G. Kibalnik, eds. *Mezhdunarodnoe ugoiovnoe pravo* = [International Criminal Law]. 3rd ed. Moscow: Urait. (In Russ.) ISBN 978-5-534-11607-6.

O'Brien, M., 2014. Where Security Meets Justice: Prosecuting Maritime Piracy in the International Criminal Court. *Asian Journal of International Law*, 4, pp. 81–102. DOI: https://doi.org/10.1017/S204425131300026X.

Papastavridis, E. D., 2014. Crimes at sea: A law of the sea perspective. *Criminalité en mer*, pp. 3–52.

Pászka, I. A., 2018. Maritime Piracy as an International Crime in the 21st Century. *Belvedere Meridionale*, 30(4), pp. 96–107. DOI:10.14232/belv.2018.4.6.

Prokhorova, M. L. and Kufleva, V. N., 2015. [Crimes against public safety]. In: V. P. Konyakhin and M. L. Prokhorova, eds. *Rossiyskoe ugoiovnoe pravo* = [Russian Criminal Law]. Special Part. Moscow: Kontrakt. (In Russ.) ISBN 978-5-16-105330-0.

Prokhorova, M. L. and Kufleva, V. N., 2019. *Prestupleniya protiv obshchestvennoj bezopasnosti* = [Crimes against public safety]. Krasnodar: Kuban State University. (In Russ.) ISBN 978-5-8209-1688-5.

Smyslov, B. A., 2014. Maritime and fluvial piracy. *Rossiyskiy kriminologicheskiy vzglyad* = Russian Criminological View, 1, pp. 266–269. (In Russ.)

Treves, T., 2009. Piracy, law of the sea, and use of force: developments off the coast of Somalia. *European Journal of international law*, 20(2), pp. 399–414. DOI: http://dx.doi.org/10.1093/ejil/chp027.

Van Hespen, I., 2016. Developing the Concept of Maritime Piracy: a Comparative Legal Analysis of International Law and Domestic Criminal Legislation. *International journal of marine and coastal law*, 31(2), pp. 279–314. DOI: 10.1163/15718085-12341395.

Varfolomeev, A. A., 2015. [Modern maritime piracy and current international law]. *Mezhdunarodnaya zhizn'* = International Affairs, 4, pp. 149–162. (In Russ.)

Wilson, J., 2016. The Rise, The Fall, and the Eventual Return of Modern Piracy: Addressing an Age Old Problem with Modern Solutions. *Journal of Maritime Law and Commerce*, 47, pp. 297–340.

Zaitseva, T. A., 2017. [Background to the UN Convention for the Suppression of Acts against the Safety of Navigation]. *Mezhdunarodnyj pravovoj kur'er* = International Legal Courier. Electronic Network Publication, 1, pp. 88−95. (In Russ.)

Информация об авторах / Information about the authors

Прохорова Марина Леонидовна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права и криминологии ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет» (Российская Федерация, 350000, г. Краснодар, ул. Рашпилевская, д. 43).
Marina L. Prokhorova Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Criminal Law and Criminology Department, Kuban State University (43 Rashpilevskaya St., Krasnodar, 350000, Russian Federation).
ORCID https://orcid.org/0000-0003-1011-2316.
E-mail: kup_kubgu@mail.ru

Князькина Анастасия Константиновна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права и криминологии ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет» (Российская Федерация, 350000, г. Краснодар, ул. Рашпилевская, д. 43).
Anastasiya K. Knyaz'kina, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Associate Professor of the Criminal Law and Criminology Department, Kuban State University (43 Rashpilevskaya St., Krasnodar, 350000, Russian Federation).
ORCID https://orcid.org/0000-0002-6198-5208.
E-mail: knyazkina_a@mail.ru

Куфлева Валентина Николаевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права и криминологии ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет» (Российская Федерация, 350000, г. Краснодар, ул. Рашпилевская, д. 43).
Valentina N. Kufleva, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Associate Professor of the Criminal Law and Criminology Department, Kuban State University (43 Rashpilevskaya St., Krasnodar, 350000, Russian Federation).
E-mail: val_swatch @mail.ru

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.
The authors declare no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 03.02.2021; дата одобрения после рецензирования: 18.12.2020; дата принятия статьи к опубликованию: 25.12.2020.
Submitted: 03.02.2021; reviewed: 18.12.2020; revised: 25.12.2020.

УДК 367.405
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.189-204

Пенсионное обеспечение судей в Российской империи

С. А. Торопкин

Приволжский филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Нижний Новгород, Российская Федерация
st81@rambler.ru

Аннотация
Введение. Пенсионное обеспечение является одним из институтов, обеспечивающих реализацию принципа независимости и беспристрастности судей. Реформирование современных институтов судебной власти должно осуществляться с учетом накопленного исторического опыта создания и развития как государственных, так и негосударственных механизмов пенсионного обеспечения. Анализ генезиса пенсионных правоотношений в самодержавной России позволяет понять сущность и назначение современных институтов послеслужебного обеспечения судей, а также получить научную основу для проводимых в настоящее время преобразований пенсионной системы в целом.
Теоретические основы. Методы. Целью исследования является выявление закономерностей и факторов создания и развития институтов пенсионного обеспечения судебных работников в самодержавной России. Для достижения данной цели были решены следующие задачи: проведен анализ причин возникновения и трансформации институтов государственного пенсионного обеспечения российских судей в период с XVII до начала XX в., изучена система эмеритальных пенсий Министерства юстиции Российской империи, иные негосударственные способы пенсионного обеспечения, определены функциональные характеристики пенсий судебных работников в указанный период.
В процессе исследования использовался диалектический метод научного познания, с позиций которого реформы системы пенсионного обеспечения и соответствующие им правовые нормы рассматривались комплексно, в развитии, взаимосвязи и взаимодействии с другими явлениями общественно-политической жизни. На диалектическом методе основывались общенаучные (анализ, синтез, дедукция, индукция, аналогия, системно-структурный, функциональный и др.) и частнонаучные (формально-юридический, сравнительного правоведения, филологический) методы.
Результаты исследования. В результате проведенного исследования были сделаны следующие выводы: система пенсионного обеспечения как форма послеслужебного обеспечения судей постепенно заменила систему кормлений и поместий как награды за службу. Начавшаяся с разовых назначений пенсий лично монархом система пенсионного обеспечения постепенно стала охватывать всех государственных служащих. При этом пенсии по выслуге лет в самодержавной России могли получать не только судьи, но и работники аппарата судов. Дополнительные пенсионные гарантии для судебных работников появились после создания эмеритальной кассы Министерства юстиции Российской империи, а также Комитета призрения заслуженных гражданских чиновников. Пенсии в самодержавной России имели широкий функционал, стимулируя долгосрочную добросовестную службу и предупреждая коррупционное поведение.
Обсуждение и заключение. Государственное пенсионное обеспечение в России всегда являлось важным элементом в системе иных юридических стимулов, привлекающих наиболее талантливых юристов на работу в суды. Среди всех форм материального обеспечения судей пенсионное обеспечение в наибольшей степени способствует добросовестной

© Торопкин С. А., 2021

государственной службе судьи, поскольку является своего рода наградой, целью, которой можно достичь только путем длительной беспорочной службы.

Ключевые слова: пенсии судей, пенсионное обеспечение судей, история пенсионного обеспечения, негосударственные пенсии, пенсионная система судебного ведомства

Для цитирования: Торопкин С. А. Пенсионное обеспечение судей в Российской империи // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 2. С. 189–204. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.189-204.

Pension Provision for Judges in the Russian Empire

Sergey A. Toropkin

Volga Branch, Russian State University of Justice, Nizhniy Novgorod, Russian Federation
For correspondence: st81@rambler.ru

Abstract
Introduction. Pension provision is one of the institutions which ensure the implementation of the principle of independence and impartiality of judges. The reform of the modern judicial institutions should take into account the accumulated historical experience of creating and developing both state and non-state pension mechanisms. The analysis of the genesis of pension legal relations in autocratic Russia allows us to understand the essence and purpose of modern institutions of post-service provision for judges, as well as to obtain a scientific basis for the ongoing transformations of the pension system as a whole.
Theoretical Basis. Methods. The purpose of the research is to identify patterns and factors of creation and development of pension institutions for judicial employees in autocratic Russia. To achieve this goal, the following tasks were investigated: an analysis of the causes of the emergence and transformation of state pension institutions for Russian judges in the period from the XVII to the beginning of the XX centuries, the study of the system of emerital pensions of the Ministry of Justice of the Russian Empire, other non-state methods of pension provision, and the determination of functional characteristics of pensions of judicial employees in the specified period.
In the course of the research a dialectical method of scientific knowledge was used, from the standpoint of which the reforms of the pension system and related legal norms were considered comprehensively, in development, interrelation and interaction with other phenomena of social and political life. General scientific (analysis, synthesis, deduction, induction, analogy, system-structural, functional, etc.) and specific scientific (formal-legal, comparative law, philological) methods were based on the dialectical method.
Results. As a result of the research, the following conclusions were made: the pension system as a form of post-service provision for judges gradually replaced the system of feedings and estates as the rewards for service. Starting with one-time appointments of pensions personally by the monarch, the pension system gradually began to cover all civil servants. At the same time, seniority pensions in the autocracy could be received not only by judges, but also by other employees of the court apparatus. Additional pension guarantees for judicial employees appeared after the creation of the emerital Fund of the Ministry of Justice of the Russian Empire, as well as The Committee for the Charity of Honoured Civil Servants. Pensions in autocratic Russia had a broad function, including stimulating long-term honest service and preventing corrupt behavior.
Discussion and Conclusion. State pension provision in Russia has always been an important element in the system of other legal incentives attracting the most talented lawyers to work in the courts. Of all forms of material security for judges, pension provision is the most conducive to conscientious public service of a judge as it is a kind of reward, a goal which can only be achieved through a long period of faithful service.

Keywords: pensions of judges, pension provision of judges, history of pension provision, non-state pensions, pension system of the judicial department

For citation: Toropkin, S. A., 2021. On the temporal problems of implementing an extraordinary method of protecting the rights of bankruptcy creditors. *Pravosudie/Justice*, 3(2), pp. 189–204. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.189-204.

Введение

Несмотря на многие реформы, проведенные в последние годы, современное состояние судебной системы Российской Федерации во многом определяется эволюцией институтов судебной власти, многовековыми традициями взаимоотношений общества и суда. Современный судья является в определенном смысле наследником тех, кто осуществлял судопроизводство не только десятилетия, но и столетия назад. Поэтому учет исторического опыта не только важен для правильного понимания и оценки современных институтов судебной системы, но и должен учитываться при выборе вектора дальнейшего ее развития.

Важную роль в обеспечении независимости и беспристрастности судей всегда играло их «послеслужебное обеспечение», включающее, в первую очередь, пенсионные гарантии. Россия прошла долгий путь осознания и реализации пенсионных идей, существовавших в западноевропейских государствах, но так их и не восприняла «буквально», поскольку с учетом традиций государственной и общественной жизни выстроила собственную систему пенсионирования.

Теоретические основы. Методы

В концептуальном плане основу проведенного исследования составили научные труды знаменитых ученых самодержавной России, внесших большой вклад в разработку как проблем отечественной истории (Н. М. Карамзина, О. В. Ключевского, Н. П. Павлова-Сильванского, С. В. Рождественского, С. М. Соловьева), так и вопросов российского права, в том числе государственного (А. С. Алексеева, И. Д. Беляева, М. Ф. Владимирского-Буданова, А. Д. Градовского, Н. М. Коркунова). В их трудах дается анализ политических и социально-экономических причин формирования системы пенсионного обеспечения государственных служащих, а также раскрываются основы пенсионных правоотношений в Российской империи.

В процессе исследования использовался диалектический метод научного познания, с позиций которого реформы системы пенсионного обеспечения и соответствующие им правовые нормы рассматривались комплексно, в развитии, взаимосвязи и взаимодействии с другими явлениями общественно-политической жизни. На диалектическом методе основывались общенаучные (анализ, синтез, дедукция, индукция, аналогия, системно-структурный, функциональный и др.) и частнонаучные (формально-юридический, сравнительного правоведения, филологический) методы.

Результаты исследования

Долгое время вознаграждением за государственную службу были раздаваемые властью привилегии, земельные наделы с крепостными крестьянами (поместья). В древнерусском государстве служилые люди, выполнявшие роль судей (наместники, волостели), получали жалованье косвенным образом – путем «кормления», т. е. сбора средств с населения управляемых ими территорий. Таким же образом строилась и система их послеслужебного обеспечения. Несколько столетий, начиная с момента образования древнерусского государства и до XVII в., институт поместий был основным источником материального обеспечения государственного служащего в старости или в случае болезни.

При этом следует отметить, что у государства отсутствовала законодательно закрепленная обязанность наделения государственных служащих поместьями. Конечно, в этом случае учитывались личные заслуги, материальное положение человека, т. е. существовали определенные обычаи материального обеспечения дворянства. Но в целом наделение государственных служащих поместьями носило характер «пожалования», зависело от «милости» и личной воли монарха.

Очевидно, что подобная система материального обеспечения крайне отрицательно сказывалась на качестве древнерусского правосудия, что определило негативные тенденции в последующие столетия. В условиях системы кормлений судопроизводство становилось одной из статей дохода государственных чиновников. Это и послужило почвой для возникновения в народе таких поговорок, как: «В суд ногой – в карман рукой», «С сильным не борись, а с богатым не судись» и тому подобные[1].

Как известно, процесс формирования отдельной ветви судебной власти в России начался лишь в XVIII в. Как справедливо отмечал профессор В. В. Ершов, «жесткие рамки абсолютной монархии в России длительное время не способствовали теоретическому исследованию и практической реализации идеи разделения властей» [Ершов, В. В., 2018, с. 38]. Поэтому при решении вопросов материального, пенсионного обеспечения учитывалось в первую очередь разделение государственной службы на военную и гражданскую. В рамках же гражданской службы судьи не выделялись из общего ряда государственных служащих, специальное законодательство о статусе судей отсутствовало [Тиганов, А. И., 2012, с. 7].

Первыми в Российской империи стали получать пенсии отставные военнослужащие при получении на службе увечий либо их семьи – при потере кормильца. Такое право им было предоставлено Петром I положениями Морского устава 1720 г. Для судей, как и для других гражданских чиновников, возможность назначения пенсии была введена значитель-

---

[1] *Даль В. И.* Пословицы русского народа : сб. В. И. Даля. 4-е изд., стер. М. : Рус. яз. : Медиа, 2009. С. 514. ISBN 978-5-9576-0484-6.

но позже. Лишь в 1764 г. Екатериной Великой был утвержден доклад Сената «О пенсиях статских чиновников»[2], который позволил судьям получать пенсию за выслугу лет. Условиями назначения пенсии были наличие 35-летнего срока выслуги, который мог сокращаться при наличии у лица неизлечимых болезней, препятствующих дальнейшему прохождению службы, а также отсутствие судимости за «большие и бесчестные» преступления.

Следует, конечно, отметить, что Екатерининский указ не подразумевал предоставления пенсий всем судебным служащим поголовно, а лишь открывал законный путь для получения послеслужебного обеспечения. Главным препятствием в получении пенсии было наличие законодательно установленного лимита государственных средств, выделяемых для целей пенсионирования. Первоначально эта сумма была определена в размере 25 000 руб., поэтому претендовать на пенсию могло лишь ограниченное число чиновников. Пенсия назначалась строго индивидуально по согласованию с самой Екатериной, которая каждому претенденту утверждала размер его пенсии.

Очевидно, что реформы пенсионного обеспечения, предпринятые Екатериной, в целом не изменили практику послеслужебного обеспечения судей, а были лишь первыми шагами по ее реформированию. Предпосылками создания пенсионной системы стали и перемены, происходившие на рубеже XVIII–XIX вв. в российском обществе. Увеличившийся в результате отмены Указа о единонаследии класс мелкопоместных или даже беспоместных дворян, находившихся в полной финансовой зависимости от государства и нуждавшихся в его помощи, развитие государственного аппарата, усилившаяся борьба с коррупцией стали решающими факторами, обусловившими постепенный отказ от системы кормлений в пользу системы пенсионного обеспечения.

Поворотной вехой в системе пенсионного обеспечения работников судебной системы стало принятие в 1827 г. Устава о пенсиях и единовременных пособиях[3]. Данный документ не только заменил множество существовавших разрозненно нормативных правовых актов, но и определил базовые принципы государственного пенсионного обеспечения судей, которые действовали с некоторыми изменениями вплоть до 1917 г.

Работники судов не выделялись законодателем в отдельную категорию пенсионеров, и назначение им пенсий происходило по общим пра-

---

[2] Высочайше утвержденный доклад Сената от 7 июня 1764 г. № 12175 «О пенсиях статских чиновников» // Полное собрание законов Российской империи. Собр. I. Т. XVI. СПб. : Тип. II Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1830.

[3] Устав о пенсиях и единовременных пособиях от 6 декабря 1827 г. № 1592 // Полное собрание законов Российской империи. Собр. II. Т. II. СПб. : Тип. II Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1830.

вилам Устава 1827 г. Были установлены пенсии как для самих служащих – по выслуге лет, так и для их семей – в случае потери кормильца. Основанием права на пенсию выступала «беспорочная» служба в течение установленного количества лет. От срока выслуги зависел и размер пенсии: прослужившие 35 лет получали полный пенсионный оклад, от 30 до 35 лет – $^{2}/_{3}$ пенсионного оклада, от 20 до 30 лет – лишь $^{1}/_{3}$ от оклада своего разряда.

Позднее даже такие длительные по современным меркам сроки выслуги были увеличены. Первые существенные изменения были внесены в систему пенсионирования в 1852 г. Высочайшим Указом Правительствующему Сенату от 6 ноября 1852 г. постановлялось: «Отменить 20-летний срок для получения пенсий по Общему Уставу и вместо теперешних 25-ти, 30-ти и 35-летних сроков оставить только два: 25-ти и 35-летний с тем, чтобы за 25 лет производилась половинная, а за 35 лет полная пенсия»[4]. Изменения вступили в силу с 1 января 1853 г. Повышение пенсионного возраста и уменьшение размеров пенсий обосновывались необходимостью «соразмерить расходы казны на пенсии», а также удержать на службе полезных и опытных чиновников. Однако, полагаем, главной причиной принятия непопулярных мер все же была подготовка к войне с Турцией, которая требовала значительных финансовых ресурсов.

Поскольку как отдельный вид пенсии по инвалидности не существовали, законодатель лишь снижал сроки выслуги для тех служащих, чье здоровье в период службы существенно ухудшилось. Для гражданских чиновников закон предусматривал две степени утраты здоровья: а) «совершенно расстроенное на службе здоровье» или «неизлечимая болезнь»; б) «тяжкие неизлечимые болезни» (такие, как паралич, лишение рассудка, потеря зрения). При этом закон не требовал наличия причинно-следственной связи между ухудшением здоровья и выполнением должностных обязанностей, а лишь устанавливал сокращенные сроки выслуги пенсии для имеющих заболевания лиц.

Следует отметить, что пенсия рассматривалась государством исключительно как способ послеслужебного обеспечения человека, поэтому одновременно получать пенсию и жалованье за службу было невозможно. Однако подобный поход уже в те времена встречал непонимание и недовольство служащих.

Так, в 1896 г. Сенатом была рассмотрена жалоба судьи Борзинского городского суда – коллежского советника Андрея Сендаровского на министра финансов за отказ в выплате ему сверх жалованья пенсии, назначенной за прежнюю службу. Из дела видно, что бывший окружной

---

[4] Именной указ от 6 ноября 1852 г. № 26747 «О правилах для назначения пенсий и пособий увольняемым со службы чиновникам и семействам их» // Полное собрание законов Российской империи. Собр. II. Т. XXVII. СПб. : Тип. II Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1853.

надзиратель акцизного управления Черниговской губернии, коллежский советник А. Сендаровский состоял на службе 25 лет и 9 месяцев и при увольнении 6 октября 1887 г. был освидетельствован врачебным отделением черниговского губернского правления. Болезнь Сендаровского давала ему право на пенсию по сокращенному сроку выслуги. Впоследствии он был назначен на должность судьи, при этом выплата ему пенсии из государственного казначейства была прекращена. Рассматривая жалобу судьи, Сенат указал, что выплата назначаемых по сокращенному сроку «за болезнью» пенсий после поступления пенсионера вновь на службу с получением содержания должна быть прекращена независимо от того источника, из которого выплачивается жалованье (казенных или городских средств)[5].

Вдовы и дети классных чиновников, каковыми являлись и судьи, в случаях потери кормильца (находившегося на службе или получавшего пенсию) также могли рассчитывать на поддержку государства. Их пенсия рассчитывалась согласно Уставу 1827 г. исходя из той пенсии, которая была назначена или могла быть назначена умершему кормильцу. Вдова получала $^1/_2$ пенсии умершего супруга, а его дети – по $^1/_3$ от пенсии родителя. Таким образом, бездетной вдове выплачивалась лишь половина положенной супругу пенсии, а вдове с тремя детьми – полная пенсия.

Примечательно, что основания прекращения права на пенсию по потере кормильца у детей служащего различались в зависимости от пола ребенка. Сыновьям служащего выплата пенсий прекращалась: 1) в случае смерти; 2) по достижении 18-летнего возраста; 3) при поступлении в общественное заведение на казенное содержание; 4) при поступлении на службу. Дочерям пенсии прекращали выплачиваться: 1) в случае смерти; 2) по достижении 21-летнего возраста; 3) при поступлении в общественное заведение на казенное содержание; 4) в случае замужества.

Следует отметить, что в ряде случаев семьи служащих могли вообще не приобрести права на пенсию. Так, вдовам убитых на поединках (дуэль считалась тяжким преступлением) и семьям «лишивших себя жизни» чиновников пенсии не назначались. Правда, в последнем случае вдова «по действительному недостатку» (т. е. по бедности) могла просить о назначении ей или всему семейству пенсии, выслуженной мужем. И если местное начальство подтверждало, что самоубийство было совершено «в припадке меланхолии или умопомешательства», а «служба сего несчастного ничем помрачена не была», то министру в порядке исключения предоставлялось право в подобных случаях назначить пенсию.

---

[5] Уставы о пенсиях и единовременных пособиях : Официальное издание 1896 г., дополненное продолжением 1902 г., а равно позднейшими узаконениями, разъяснениями Правительствующего Сената, необходимыми выдержками из других частей Свода законов, штатами, циркулярами и пр. // Свод Законов. Т. 3. Кн. 2 / сост. Е. И. Смирнов. СПб. : Гос. тип., 1906. С. 17–18.

Первоначально право на пенсионное обеспечение имели лишь те семьи, чей доход не превышал положенную по закону пенсию. Однако в 1839 г. это правило было пересмотрено.

Так, Комитет министров рассмотрел служебную записку министра внутренних дел о назначении вдове бывшего статского советника Штакельберга пенсии по потере кормильца. Проблема заключалась в том, что вдова Штакельберга владела как недвижимым, так и движимым имуществом. Однако, учитывая все обстоятельства дела, правительство приняло Положение от 24 октября 1839 г. «О назначении пенсий вдовам, имеющим недвижимую собственность»[6], согласно которому факт наличия у вдовы недвижимости «не может служить препятствием» для назначения ей пенсии.

Не приобретали права на пенсию семьи тех судебных работников, кто не выслужил права на пенсию, т. е. имел выслугу на момент смерти менее 20 лет. Для данных и некоторых иных категорий лиц закон предусматривал выплату единовременных пособий. Пособия назначались:

а) вдовам и детям чиновников, не выслуживших сроков на пенсии;

б) семьям лиц, утративших право на пенсию за прежнюю службу и не выслуживших новых сроков;

в) семьям лиц, имевших право на пенсию по сокращенным срокам, но не воспользовавшихся этим правом;

г) семьям лиц, которые сами пожелали вместо пенсии получить единовременное пособие (поскольку последнее назначалось не по табели, а по окладу жалованья, то иногда было выгоднее получить единовременное пособие).

Семьям служащих пособие назначалось с учетом срока службы умершего: семьям служивших до 10 лет выдавалась половина годового жалованья умершего; более 10 лет – годовое. Одновременное получение пенсий и единовременных пособий не допускалось.

Учитывая внешние военные угрозы и частые войны, которые велись Российской империей в XVIII–XIX вв., государство в вопросах пенсионного обеспечения отдавало приоритет именно служащим военного ведомства. Поэтому размеры пенсий судей, как и других гражданских чиновников, были меньше, чем у военных чинов, поскольку рассчитывались не от получаемого жалованья, а исходя из утвержденного расписания окладов. Было установлено 9 разрядов с соответствующим фиксированным пенсионным окладом.

После издания Учреждения судебных установлений 1964 г. к высшему, первому разряду были отнесены сенаторы кассационных департаментов

---

[6] Положение Комитета Министров от 24 октября 1839 г. № 12804 «О назначении пенсий вдовам, имеющим недвижимую собственность» // Полное собрание законов Российской империи. Собр. II. Т. XIV. СПб. : Тип. II Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1840.

Сената – служащие высшего судебного органа того времени. При годовом жалованьи в 7000 руб. их пенсия в 1864 г. составляла 1143 руб. 60 коп. в год, что сопоставимо (используя в качестве эквивалента золото) с суммой в 740 365 современных российских рублей. Должности старшего председателя судебной палаты, председателя департамента судебной палаты, председателя окружного суда относились ко 2-му разряду, им пенсия назначалась в размере 857 руб. Должности товарища председателя окружного суда, члена судебной палаты, члена окружного суда, а также мирового судьи в столицах соответствовали 3-му пенсионному разряду (1-й степени); сумма их пенсии составляла 571 руб. 80 коп. (в пересчете на современный рубль это 369 905 руб.).

Таким образом, ко времени проведения Судебной реформы заложенные в 1827 г. размеры сумм пенсионных окладов явно устарели, поскольку не позволяли отставному судье заместить даже половину жалованья. Так, если член окружного суда получал ежегодно 2200 руб. жалованья, то при выходе в отставку после 35 лет государственной службы он получал пенсию в размере 571 руб. 80 коп., т. е. всего лишь 25% от жалованья. Поэтому многие судьи того времени были недовольны размером пенсии, так как после прекращения службы их доходы резко сокращались.

Однако чтобы не создавалось ложного представления о мизерности пенсий судей, приведем два примера. П. А. Зайончковский в книге приводит расходный бюджет холостого офицера российской армии в 1898 г. Холостой офицер ниже капитана расходовал в год 624 руб. 52 коп. [Зайончковский, П. А., 1973, с. 78]. В то же время средний годовой заработок фабричного рабочего (работавшего 288 дней в году по 12 часов) колебался от 88 до 606 руб. в зависимости от местности, профессии и квалификации. В московском промышленном районе средний заработок в металлообработке и машиностроении равнялся 250 руб., в хлопчатобумажной отрасли – 168 руб.[7] Так что пенсии большинства судей, имевших чин статского советника, были сравнимы с бюджетом офицера российской армии и значительно превосходили средние заработки рабочих.

Недостаточный размер пенсионных окладов был связан с дефицитом государственных средств и постоянным увеличением пенсионных расходов. Если в 1828 г. – в первый год действия пенсионного Устава 1827 г. – на выплату пенсий из государственной казны было потрачено 2 982 679 руб., то в 1837 г. – уже 5 366 015 руб., а в 1866 г. сумма расходов по пенсиям достигла громадной по тем временам величины в 16 754 тыс. руб. [Блиох, И. С., 1882, с. 221].

Недовольство служащих размером пенсионных окладов, установленных Уставом 1827 г., породило практику ходатайств к монарху об установлении индивидуальной, повышенной пенсии. Вот как оценивал размер пенсионных окладов современник: «Всем было понятно, что если бы

[7] Россия : энцикл. словарь. Л. : Лениздат, 1991. 922 с.

какое-либо ведомство вздумало при назначении пенсий чиновникам применять этот табель, то оно породило бы громадную массу почти нищих людей, неспособных при этом, вследствие болезненного состояния и преклонности лет, ни к какому личному труду» [Чеглоков, А. П., 1906, с. 86]. Потому в практику вошел обычай, когда ведомство, где служил чиновник, делало запрос в Министерство финансов и, заручившись согласием последнего, обращалось через Комитет министров с ходатайством о назначении пенсии чиновникам или осиротевшей семье на «Высочайшее благоусмотрение». При получении «Высочайшего соизволения» делалось распоряжение об открытии кредита на ассигнование «Высочайше пожалованных пенсий». Практика назначения индивидуальных, «усиленных» пенсий постепенно превратилась из исключительного случая в общее правило. Если в начале царствования императора Александра III отставным судьям индивидуальных, усиленных пенсий назначалось около 30 в год, то к концу его царствования их количество возросло до 250 в год, в то время как число назначаемых обычных пенсий составляло около 200 ежегодно[8].

Очевидно, что необходимость получения поддержки сначала Министерства финансов, а затем и Комитета министров и согласия императора при назначении пенсии ставила судей в прямую зависимость от органов исполнительной власти и лично императора, что соответствующим образом сказывалось на их беспристрастности при отправлении правосудия.

В это трудно поверить сегодня, но из-за низкого уровня материального обеспечения «не мало людей талантливых и достойных покинули привлекательную службу в судах, променяв ее на службу в других ведомствах, адвокатуру или частные занятия, а оставшимся на судебной службе гнет тяжелого и дурно оплачиваемого труда стал угрожать ослаблением необходимой энергии и интереса к порученному им важному делу»[9].

Понимая негативные тенденции по одновременному увеличению государственных расходов на пенсии и росту среди работников судебной системы недовольства размером пенсионных выплат, государственная власть вынуждена была искать альтернативные способы пенсионного обеспечения служащих. Важную роль в решении этой проблемы сыграли эмеритальные кассы, являвшиеся по сути аналогом современных негосударственных пенсионных фондов. Эмеритальные кассы создавались по инициативе государства, которое регулировало на законодательном уровне их деятельность, но капитал эмеритальных касс формировался за счет взносов участников кассы, обязанных отчислять в кассу определенный процент своего заработка.

---

8 Общий обзор деятельности Министерства юстиции и Правительствующего Сената за царствование императора Александра III. СПб. : Сенат. тип., 1901. С. 65.

9 Там же. С. 67.

Вычеты из жалованья судебных работников в эмеритальную кассу начали производиться с 1866 г.[10] Первоначально размер вычета составлял 6% от оклада, однако впоследствии, с 1885 г., размер отчислений был снижен до 4%.

Эмеритальная касса Министерства юстиции была открыта 1 июля 1885 г. В то время капитал кассы составлял 5 993 273 руб. 60 коп. при 7500 участниках, а в 1894 г. этот капитал, непрерывно увеличиваясь, составил уже 14 094 957 руб. 10 коп. при 10 302 участниках. Равным образом постоянно возрастала сумма расхода на эмеритальные пенсии: в 1885–1886 гг. она равнялась 52 323 руб. 60 коп., а в 1894 г. – 216 661 руб. 18 коп.[11]

Получать эмеритальную пенсию могли судебные работники, прослужившие в Министерстве юстиции, уплачивая членские взносы в течение не менее 10 лет. Эмеритальные пенсии подразделялись на 9 разрядов (в зависимости от жалованья и соответственно произведенных отчислений), при этом 3-й разряд разделялся на 2 степени. Далее каждый из разрядов дифференцировался на 4 класса (учитывая срок выслуги): полный оклад (выслуга более 35 лет), $^{2}/_{3}$ оклада (выслуга от 25 до 30 лет), $^{1}/_{2}$ оклада (выслуга от 20 до 25), $^{1}/_{3}$ оклада (выслуга от 10 до 20 лет).

Таким образом, эмеритальные пенсии дифференцировались на 40 величин с учетом размера отчислений служащего и срока его выслуги. Максимальный размер эмеритальной пенсии составлял 1143 руб. 60 коп. (сенатор кассационной палаты, прослуживший 35 и более лет), минимальный – 42 руб. 90 коп. (помощники секретаря при мировых съездах, прослужившие от 10 до 20 лет). Эмеритальная пенсия судьи окружного суда, прослужившего 35 лет, составляла 571 руб. 80 коп. в год, т. е. ровно столько же, сколько и пенсия из государственного казначейства. Это показывает, что эмеритальные кассы позволили в два раза увеличить пенсии судебных работников, обеспечив замещение заработка на уровне 50%, что является хорошим показателем даже по современным стандартам Международной организации труда.

Кроме самих служащих получить эмеритальную пенсию могли также и члены их семей: жена и дети, потерявшие кормильца. Размер эмеритальной пенсии, назначаемой члену семьи участника, определялся в долях от пенсионного оклада, причитавшегося самому служащему. Вдова имела право на получение половины оклада пенсии. Дети участника кассы

---

[10] Именной указ от 19 марта 1866 г. № 43129 «О производстве из жалованья лиц, назначенных уже и имеющих поступить на новые судебные должности, вычета в эмеритальную кассу» // Полное собрание законов Российской империи. Собр. II. Т. XVI. СПб. : Тип. II Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1866. С. 312.

[11] Общий обзор деятельности Министерства юстиции и Правительствующего Сената за царствование императора Александра III. С. 68.

при жизни их матери получали пенсии соответственно: одна сирота – $^{1}/_{6}$, две – $^{2}/_{6}$, три и более – $^{3}/_{6}$, которые распределялись между ними поровну. К составу семейства причислялась также и вдовая мать участника, если после участника кассы не оставалось ни вдовы, ни детей или им прекращалось производство пенсии.

Следует отметить, что помимо пенсий из эмеритальной кассы Министерства юстиции в дореволюционной России существовали и иные меры негосударственной поддержки отставных судебных работников и членов их семей. Для наименее обеспеченных служащих, которые, «лишаясь сил от трудов», не имели средств к «приличному себя содержанию», существовала возможность получения пенсии от Комитета призрения заслуженных гражданских чиновников[12].

Кроме того, в целях обеспечения приюта и пропитания для престарелых, не имеющих средств к существованию вдов, чьи мужья, прослужив беспорочно не менее десяти лет в чинах от первого до четвертого класса Табели о рангах включительно, не приобрели права на пенсию из государственной казны, в 1803 г. в Москве и Санкт-Петербурге были основаны Вдовьи дома.

Изучение механизмов пенсионного обеспечения работников Министерства юстиции, в чьем ведомстве находились судьи в самодержавной России, позволяет определить функциональные характеристики данного института, важные для понимания его сущности. В Российской империи пенсионному обеспечению судебных работников были присущи:

1) стимулирующая функция. Еще в начале прошлого века было отмечено, что «многие стремятся быть непременно на государственной службе. Единственно чванством и желанием получать чины и ордена такого стремления, конечно, объяснить нельзя. И если вы спросите у чиновника, почему он держится так цепко за свое место, то ответ вы получите такой: место прочнее другого, да и старость, как ни как, обеспечена» [Новиков, А., 1904, с. 110]. Если обычный гражданин, рядовой работник мог свободно поменять место работы без ущерба для своих пенсионных прав, то судья, безусловно, был заинтересован в долгосрочной работе в судебном ведомстве, приобретении срока выслуги, дающего право на получение пенсии. Таким образом, наличие особой системы пенсионного обеспечения для судебных работников способствовало удержанию на службе профессионалов, имеющих длительный опыт работы в судебной системе;

2) антикоррупционная функция. Можно сделать вывод, что возникновение института пенсий в России было непосредственно вызвано борьбой

---

[12] Именной указ, данный Комитету министров от 21 февраля 1823 г. № 29326 «Об учреждении особого Комитета под названием: Призрения заслуженных гражданских чиновников» // Полное собрание законов Российской империи. Собр. I. Т. XXXVIII. СПб. : Тип. II Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1830. С. 792.

с коррупцией. Многие российские правители проводили политику по искоренению коррупции, и в первую очередь Петр I, который значительно усилил меры ответственности за коррупционные преступления. Однако история показывает, что одними репрессивными методами коррупцию победить невозможно, поэтому и были введены меры позитивного стимулирования к добросовестной службе государству. Как справедливо отмечал известный русский историк С. М. Соловьев, одной из причин учреждения пенсионной системы было желание властей «отнять у чиновника побуждение копить денежку на черный день, на старость и болезнь, копить за счет просителей и подчиненных» [Соловьев, С. М., 1965, с. 336].

В современной России пожизненное содержание судьи, безусловно, выполняет ту же функцию, поскольку создает предпосылки для добросовестного поведения судей и избавляет их от необходимости неправомерного накопления будущего капитала;

3) кадровая функция. Очевидно, что любой государственный орган заинтересован в привлечении на службу молодых, активных и энергичных сотрудников. Наличие системы пенсий обеспечивало своевременную ротацию кадров, позволяя тем судебным работникам, кто в силу возраста или физических возможностей не способен в полной мере выполнять свои должностные обязанности, выходить на пенсию, освобождая место новому поколению сотрудников;

4) социально-реабилитационная функция пенсионного обеспечения выражается в поддержке членов семей работников судебной системы, потерявших кормильца, а также служащих, которые в силу заболеваний или полученных увечий не могут более выполнять свои должностные обязанности. Пенсионная система, безусловно, стала отражением идей гуманизма, появившихся на определенном этапе развития человеческого общества, осознания необходимости заботы о тех, кто в силу обстоятельств потерял свою трудоспособность или источник средств к существованию;

5) политическая функция. Следует учитывать, что система пенсионного обеспечения распространялась до начала XX в. только на государственных служащих и являлась привилегией за службу государству. Абсолютное большинство подданных Российской империи не имели никаких пенсионных прав, поэтому наличие системы пенсий (как государственных, так и ведомственных) должно было формировать в судебных служащих чувство лояльности, благодарности по отношению к государству. Это вполне закономерно, учитывая, что судьи должны были быть опорой и сторонниками государственной власти;

6) демографическая функция. В России на протяжении всей истории существовала проблема неравномерного распределения населения по территории государства. Пенсионное обеспечение всегда являлось инструментом миграционной, демографической политики. Уже в Российской империи повышенный уровень пенсионного обеспечения был стимулом

для лиц, проходящих службу в отдаленных местностях или местностях с неблагоприятными климатическими условиями, поменять место службы. И наоборот: посредством усиленных пенсионных гарантий государство стимулировало также переезд служащих в инонациональные регионы, такие как азиатские губернии или Царство Польское;

7) моральная функция пенсионного обеспечения состоит в поддержании должного морального облика работников судебной системы даже после их увольнения. Судья в отставке сохраняет связь с судебной системой, поэтому государство заинтересовано в том, чтобы даже ушедший со службы судья не вел антисоциальный образ жизни и имел хотя бы минимальные средства к существованию.

Обсуждение и заключение

Можно заключить, что сущность института пенсионного обеспечения судей проявляется в его функциях. В основе данного института заложены как идеи гуманизма, долга государства перед теми, кто «верой и правдой» служил ему, так и прагматичные задачи – обеспечение добросовестного выполнения своих обязанностей, своевременная ротация кадров, поддержание морального облика судей, привлекательности службы. Государственное пенсионное обеспечение в России всегда являлось элементом в системе иных юридических стимулов, привлекающих наиболее талантливых юристов на работу в суды.

Совершенствование материального обеспечения судей может осуществляться в различных формах, как посредством повышения оплаты труда, заработной платы действующих судей, так и через повышение уровня пенсионного обеспечения отставных служащих. И то и другое требует от государства затрат материальных средств, но преследует различные цели. Полагаем, что развитие системы пенсионного обеспечения в большей мере, чем просто повышение оплаты труда, способствует добросовестной государственной службе судьи, поскольку является своего рода наградой, итогом беспорочной службы, целью, к которой можно стремиться. Для получения пенсии всегда была необходима долгая «беспорочная» служба, выполняемая профессионалом, что, безусловно, отвечает интересам государства. Полагаем, что и антикоррупционная функция пенсии, которая всегда была ей присуща, выполняется современными институтами послеслужебного обеспечения судей.

Кроме того, следует подчеркнуть, что система особого пенсионного обеспечения судей как работников, подведомственных Министерству юстиции Российской империи, распространялась не только на судей, но также и на работников аппарата суда, которые являлись получателями государственной пенсии за выслугу лет и эмеритальной пенсии. Такой подход, безусловно, обеспечивал привлекательность работы в судебной системе и мог бы быть использован в наши дни для решения проблемы дефицита и текучести кадров в аппаратах судов.

Исторический опыт показывает, что введение двухуровневой системы пенсионного обеспечения в рамках судебного ведомства (государственные пенсии и эмеритальные пенсии) способно без дополнительных затрат со стороны государства повысить качество пенсионных гарантий судебных работников.

Список использованной литературы

Блиох И. С. Финансы России XIX столетия. История – статистика. Т. 1. СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1882. 344 с.

Ершов В. В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений : моногр. М. : РГУП, 2018. 627 с. ISBN 978-5-93916-631-7.

Зайончковский П. А. Самодержавие и русская армия на рубеже XIX–XX столетий. 1881–1903 гг. М. : Мысль, 1973. 351 с.

Новиков А. И. Записки о городском самоуправлении. СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1904. 220 с.

Соловьев С. М. История России с древнейших времен. Т. XIII. М. : Соцэкгиз, 1965. 686 с. ISBN 5-17-002534-3, 966-03-0881-7.

Тиганов А. И. Правовой статус судей в России в XVII – начале XX века: историко-правовое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Курск, 2012. 28 с.

Чеглоков А. П. Наше пенсионное законодательство // Право. 1906. № 9. С. 84–87.

References

Bliokh, I. S., 1882. *Finansy Rossii XIX stoletiya. Istoriya – statistika* = [Finance of Russia of the XIX century. History – statistics]. Vol. 1. St. Petersburg: M. M. Stasyulevich Printing House. (In Russ.)

Cheglokov, A. P., 1906. [Our pension legislation]. *Pravo* = [Law], 9, pp. 84–87. (In Russ.)

Ershov, V. V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennyh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of public relations]. Monograph. Moscow: RGUP. (In Russ.) ISBN 978-5-93916-631-7.

Novikov, A. I., 1904. *Zapiski o gorodskom samoupravlenii* = [Notes on city government]. St. Petersburg: M. M. Stasyulevich Printing House. (In Russ.)

Solov'ev, S. M., 1965. *Istoriya Rossii s drevnejshih vremen* = [History of Russia since ancient times]. Vol. XIII. Moscow: Sotsekgiz. (In Russ.) ISBN 5-17-002534-3, 966-03-0881-7.

Tiganov, A. I., 2012. *Pravovoj status sudej v Rossii v XVII – nachale XX veka: istoriko-pravovoe issledovanie* = [The legal status of judges in Russia in the XVII – early XX century: historical and legal research]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Kursk. (In Russ.)

Zaionchkovskiy, P. A., 1973. *Samoderzhavie i russkaya armiya na rubezhe XIX–XX stoletij. 1881–1903 gg.* = [Autocracy and the Russian army at the turn of the XIX–XX centuries. 1881–1903]. Moscow: Mysl'. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Торопкин Сергей Александрович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории права, государства и судебной власти Приволжского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 603022, г. Нижний Новгород, просп. Гагарина, д. 17а).

Sergey A. Toropkin, Cand. Sci (Law), Associate Professor, Associate Professor of the Theory and History Law, State and Judicial Power Department, Volga Branch, Russian State University of Justice (17a, Gagarina Av., Nizhniy Novgorod, 604033, Russian Federation).

E-mail: st81@rambler.ru

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.
The author declares no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 15.04.2021; дата одобрения после рецензирования: 10.05.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 12.05.2021.
Submitted: 15.04.2021; reviewed: 10.05.2021; revised: 12.05.2021.

УДК 349
DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.205-220

Коррупция как глобальная проблема современного мира: обзор научных публикаций

Е. В. Рябцева

ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Российская Федерация
rev020680@mail.ru

Аннотация
Введение. Коррупция как сложное многоаспектное явления негативно сказывается на всех сферах жизни государства и общества. Несмотря на то что коррупция известна еще со времен древнего Китая, изучением и научным анализом причин и следствий коррупции начали заниматься только в последние годы.
Теоретические основы. Методы. Современные научные исследования, посвященные определению сущности коррупции, методикам предупреждения, выявления и устранения различных форм коррупционных проявлений, определяют коррупцию на основании одного из научных подходов: политического, экономического, социального, правового и т. д. Междисциплинарный подход, использованный в работе, основан на различных методах, в том числе сравнительно-правовом, структурно-функциональном, информационном и ряде других, позволивших сделать достоверные выводы по результатам исследования.
Результаты исследования. Представленный обзор научных публикаций позволяет объединить результаты исследований разных отраслей науки для более глубокого понимания сущности коррупции, степени и характера влияния коррупции на структуру и функционирование органов государственной власти, развитие институтов гражданского общества, обеспечение экономических и социальных гарантий граждан. Статья обобщает определенные результаты, полученные в области научного исследования проблем коррупции.
Обсуждение и заключение. Научно обоснованные выводы и предложения, содержащиеся в работах ученых разных стран, позволяют системно признать коррупцию глобальной международной проблемой, поскольку в них представлена «мировая картина коррупции», а также детально показать ее отдельные элементы, что позволяет обосновать универсальные методы предупреждения коррупции с учетом национальных особенностей отдельных государств.

Ключевые слова: коррупция, экономика, политика, социология, право, органы государственной власти, правосудие

Для цитирования: Рябцева Е. В. Коррупция как глобальная проблема современного мира: обзор научных публикаций // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 2. С. 205–220. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.205-220.

© Рябцева Е. В., 2021

Corruption as a Global Problem of the Modern World: A Review of Scientific Publications

Ekaterina V. Ryabtseva

Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation
For correspondence: rev020680@mail.ru

Abstract.
Introduction. Corruption is a complex multidimensional phenomenon that negatively affects all spheres of life within the state and its society. Despite the fact that corruption has been known since the times of ancient China, the study and scientific analysis of the causes and consequences of corruption began to be dealt with only in recent years.
Theoretical Basis. Methods. Modern scientific research methods were used, devoted to the definition of the essence of corruption, methods of its prevention, its detection and the elimination of various forms of corruption. The determination of corruption on the basis of one of the scientific approaches: political, economic, social, legal, etc. The interdisciplinary approach used in the work is based on various methods, including comparative legal, structural and functional, informational and a number of others, which made it possible to draw reliable conclusions based on the results of the study.
Results. The presented review of scientific publications allows us to combine the results of research in various branches of science for a deeper understanding of the essence of corruption, the degree and nature of the influence of corruption as to the structure and functioning of government bodies, the development of civil society institutions, and the provision of economic and social guarantees of citizens. The article summarises certain results obtained in the field of scientific research on the problems of corruption.
Discussion and Conclusion. Scientifically grounded conclusions and proposals contained in the works of scientists from different countries make it possible to systematically recognise corruption as a global international problem, since they present a "global picture of corruption", as well as to show in detail its individual elements. This makes it possible to substantiate universal methods of preventing corruption, taking into account national characteristics of individual states.

Keywords: corruption, economics, politics, sociology, law, public authorities, justice

For citation: Ryabtseva, E. V., 2021. Corruption as a Global Problem of the Modern World: A Review of Scientific Publications. *Pravosudie/Justice*, 3(2), pp. 205–220. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.2.205-220.

Введение

Антикоррупционная стратегия большинства государств направлена на обеспечение системного подхода к противодействию коррупции в публичной и частной сферах. Для понимания сущности коррупции обратимся к международным исследованиям по анализу коррупции в различных государствах. Особенности работ антикоррупционной тематики заключаются в том, что они построены на эвристической концепции анализа коррупции, информации о способах и средствах предупреждения и устранения коррупционных явлений. На основании такого подхода происходит формулирование научно обоснованных предложений, направленных на повышение эффективности правового регулирования предупреждения и пресечения коррупции на национальном уровне.

Одной из ведущих международных организаций, которая проводит комплексные эмпирические исследования коррупции, является международная неправительственная организация **Transparency International**. Она ежегодно проводит исследования состояния коррупции в различных странах на основании разработанных методологических подходов. В исследовании за 2020 г., опубликованном в отчете «Индекс восприятия коррупции за 2020 год»[1], Transparency International представила свои рекомендации по снижению уровня коррупции и более эффективному реагированию на будущие кризисы, такие как ситуация с пандемией коронавируса:

• укреплять позиции надзорных органов: антикоррупционные и надзорные органы должны обладать достаточными средствами, ресурсами и независимостью для выполнения своих обязанностей;

• обеспечивать открытость и прозрачность государственных закупок для борьбы с правонарушениями, выявления конфликтов интересов и справедливого ценообразования;

• защищать демократию и содействовать участию гражданского общества в борьбе с коррупцией: для этого в стране должны быть созданы условия, в которых организации гражданского общества и СМИ смогут безбоязненно вести свою деятельность по обеспечению подотчетности государства;

• публиковать релевантные данные о расходовании и распределении бюджетных средств и гарантировать доступ к ним для широкой общественности.

Теоретические основы. Методы

Теоретическую основу научного обзора составили исследования ученых различных государств англосаксонской и континентальной правовых систем по вопросам содержания коррупции и форм ее проявления. Обращает на себя внимание то, что исследованием коррупции занимаются ученые различных отраслей права: уголовного, гражданского, административного и т. д.

Исследование проблем коррупции различными отраслевыми науками позволяет обосновать возможность использования межотраслевых методов научных исследований, таких как сравнительно-правовой, структурно-функциональный, социологический и другие методы. Использование различных методов для исследования коррупции позволяет не только сформировать комплексные представления о данном негативном явлении, но и теоретически обосновать модель предупреждения коррупции, практическая реализация которой позволила бы минимизировать проявление коррупции в различных государствах.

---

[1] Corruption Perception Index 2020 // Transparency International. January 2021. 34 p.

Результаты исследования

На национальном уровне во многих государствах учреждены специальные органы и организации, обобщающие и публикующие информацию о состоянии коррупции.

Например, во Франции работает Антикоррупционное агентство, которое с 2017 г. осуществляет взаимодействие с разными администрациями, органами управления на местном уровне и частными компаниями, чтобы выявлять коррупционные правонарушения. Агентство проводит анализ различных вопросов, связанных с правовым регулированием коррупционных рисков, организацией предупреждения коррупции в различных сферах государственного управления и т. д.[2] В 2020 году Французским антикоррупционным агентством был подготовлен аналитический обзор об органах по противодействию коррупции зарубежных стран[3]. Посредством анализа и систематизации информации о государственных органах, наделенных функциями по предупреждению и противодействию коррупции в разных странах, были изучены отдельные элементы функционирования системы антикоррупционных мер на государственном уровне, в том числе эффективность практики закрепления на законодательном уровне обязанности принятия кодексов поведения и требования проведения оценки коррупционных рисков в отдельных органах и организациях. В исследовании дана оценка перспектив международного сотрудничества антикоррупционных органов, сформулированы существующие проблемы и основные тенденции такого взаимодействия. В рассматриваемом аналитическом обзоре указаны некоторые проблемы, обусловившие понимание коррупции как явления, проникающего во все сферы жизни общества и государства.

На основании международных и национальных данных о коррупции несколько десятилетий проводятся комплексные исследования, свидетельствующие о глобальном характере рассматриваемого негативного явления, характерного для всех государств и затрагивающего различные сферы жизни общества.

Одним из современных междисциплинарных исследований проблем коррупции является монографическое исследование Всемирного банка «Многоликая коррупция» [Кампос, Э. и Прадхан, С., ред., 2010], проведенное с участием специалистов-практиков и ученых в различных областях: экологии, социально устойчивого развития, изучения человеческого

---

[2] Agence française anticorruption: официальный сайт. URL: https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/tous-les-documents

[3] Global Mapping of Anti-Corruption Authorities. Analysis report. A project of the French Anti-Corruption Agency (AFA) in partnership with the Council of Europe's Group of States against Corruption (GRECO), the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) and the Network of Corruption Prevention Authorities (NCPA). May 2020. 51 p.

потенциала, развития сельского хозяйства, финансов, внешних связей, политики, управления экономикой и права. Исследование конкретных секторов публичной и частной сфер в монографии показывает перспективные пути как для исследователей, так и для практиков, стремящихся решить проблемные вопросы коррупции. Представленный «ландшафт коррупции» с его детализацией и диагностикой, как проведенной, так и потенциальной, помогает обосновать перспективы повышения эффективности борьбы с коррупцией. Эконометрические исследования на макроуровне смогли установить безусловную причинную связь между коррупцией и, в более широком смысле, плохим управлением, с одной стороны, и низким уровнем инвестиций и экономического роста – с другой. Коррупция искажает распределение ресурсов, переключая бюджетные средства на такие направления деятельности, где легче получить взятки и незаконные комиссии, например, туда, где есть текущие расходы, связанные с капиталовложениями. Междисциплинарное исследование коррупции как явления показало множество ее форм и различий внутри самого общества и государства, что предполагает различные индикаторы коррупции. Такие индикаторы ориентированы на конкретные регионы и больше отвечают практическим потребностям. В исследовании нет универсальных антикоррупционных маршрутных карт или отдельных антикоррупционных наборов индикаторов.

Проведенное исследование обосновало взаимосвязь практических проблем коррупции с теоретической и эмпирической работой в рассматриваемой сфере и определило основные направления разработки более совершенных и информативных маршрутных карт и индикаторов для ученых и практиков. Стоит отметить, что отдельные разделы книги различаются по глубине проработки вопросов, связанных с маршрутными картами и сигнальными индикаторами, отчасти потому, что отдельные из рассмотренных вопросов ранее являлись предметами самостоятельных, более глубоких научных исследований (таких, как здравоохранение и фармацевтическая промышленность). Вместе с тем они ясно показывают, что это направление исследований, хотя и находится на начальной стадии, оправдывает возлагаемые на него надежды как на связующее звено между теорией, эмпирическими данными и практикой.

Пониманию сущности коррупции как сложного явления, негативно влияющего на различные сферы жизни общества и государства, способствуют отраслевые исследования.

Среди исследований коррупции через призму влияния на различные сферы жизни общества и государства хотелось бы обратить внимание на научные обзоры, систематически публикуемые в журнале Annual Review. Особенность таких обзоров заключается в их тематическом характере, обосновывающем коррупцию как глобальную проблему.

Американские ученые-экономисты **Бенджамин А. Олкен** и **Рохини Панде** в научном экономическом обзоре «Влияние коррупции на разви-

тие государства» [Olken, B. A. and Pande, R., 2012] обратили внимание на увеличение в последние годы количества экономических исследований, связанных с анализом коррупции, что дало возможность для научного обоснования применения предложенных экономических концепций в борьбе с коррупцией. В анализируемой работе авторы поставили три вопроса:

• как давно существует коррупция?

• каковы последствия коррупции для эффективного развития экономики?

• что определяет уровень коррупции?

Последовательно отвечая на поставленные вопросы, ученые доказали, что коррупция отвечает стандартной теории экономического стимулирования, поскольку последствия антикоррупционной политики часто нивелируются. Чиновники находят альтернативные способы для извлечения прибыли вопреки публичным интересам, ради которых они были наделены своими полномочиями. Коррумпированные чиновники реагируют на стимулы и угрозы наказания даже в коррумпированной среде. Проведенные авторами исследования показали устойчивость коррупции: со временем чиновники приспосабливаются к изменениям в своей среде, в некоторых случаях «корректируя» антикоррупционную политику новыми способами поиска незаконного получения доходов, пользуясь своими властными полномочиями.

Учеными обоснованы варианты предупреждения коррупции среди представителей органов власти посредством использования ряда антикоррупционных мер. Одна из них – это транспарентность деятельности органов государственной власти. Более высокая вероятность раскрытия информации может стимулировать чиновников действовать правомерно и будет способствовать тому, чтобы оставаться в рядах честных и добросовестных граждан.

Следующий вариант предупреждения коррупции связан с осуществлением институционных инициатив антикоррупционной политики в мире, в соответствии с которым многие страны создали авторитетные независимые антикоррупционные органы с прокурорскими полномочиями. В международном аспекте основные усилия по борьбе с коррупцией должны быть связаны, по мнению ученых, с расширением прозрачности, а также ограничением возможностей иностранных компаний (например, ОЭСР) давать взятки. Примерами нормативного регулирования данных вопросов могут стать Конвенция о борьбе со взяточничеством и Закон США о борьбе с коррупцией за рубежом.

Несмотря на недавние успехи в исследованиях коррупции, Б. А. Олкен и Р. Панде пришли к выводу о том, что мы относительно мало знаем об эффективности внутренних и международных политических инициатив и каким образом потенциально коррумпированные субъекты реагируют на используемые антикоррупционные меры.

В целом существующие исследования коррупции в развивающихся странах, по мнению ученых, являются эмпирической основой для теоретического моделирования наиболее эффективных способов противодействия данному негативному явлению [Olken, B. A. and Pande, R., 2012].

Ученый-политолог Гарвардского университета, Кембридж, Массачусетс (США), **Деннис Ф. Томпсон** в политологическом обзоре «Теории институциональной коррупции» [Thompson, D. F., 2018], посвященном вопросам коррупции, на основании нормативной теории коррупции обосновал институциональную концепцию, которая отличается как от индивидуалистических подходов, ориентированных на обмен «услуга за услугу», так и от других институциональных подходов, представленных в литературе. В работе обоснована тесная связь между моделями коррупции и законными функциями институтов. Коррупция может обеспечить функционирование государственных, политических, общественных и иных институтов (через их финансирование), но в то же время ставит под угрозу существование таких институтов, подрывает доверие и уважение к ним.

По мнению автора, реформы должны быть направлены на поиск альтернативных функций, которым служит коррупция. Кроме того, институциональная коррупция не требует, чтобы виновные в ней имели коррумпированные мотивы, и она не ограничивается политическими институтами.

В представленном обзоре рассматриваются ведущие теории коррупции и изложена их критика. В работе предлагается трехсторонняя структура для анализа элементов институциональной коррупции. Автором делается вывод о возможности использовать рассмотренные теории для отграничения институциональной коррупции от более известных форм индивидуальной коррупции. Однако их можно дополнить, уделив больше внимания борьбе с индивидуальной коррупцией в ее проявлениях в конкретных государствах.

Необходимость в проведении рассматриваемого исследования связана с тем, что в последние годы изучение институциональной коррупции приняло новый оборот, поскольку теоретики разработали концепцию противодействия, которая отличается от форм и методов борьбы с традиционной коррупцией как в институциональном, так и в индивидуальном плане.

Институциональная коррупция – это не индивидуальная коррупция, примером которой являются взяточничество и аналогичные незаконные правонарушения (Rose-Ackerman and Palifka, 2016, pp. 7–11), и это не просто структурная коррупция, описанная в работе по развитию общества (Acemoglu and Robinson, 2010).

Теория институциональной коррупции, по мнению ученого, позволяет не только описать влияние коррупции на государственные и общественные институты, но и показать различия в ее негативном воздействии.

С позиции нормативного институционализма коррупция – неотъемлемая часть любого института по трем причинам.

Первая: двойственный характер коррупции – коррупция приносит пользу институту, хотя в то же время разрушает его. Коррупция использует сложившуюся законную институциональную практику, которая допускает существование такого института и которой должны быть найдены альтернативы. В отличие от практики взяточничества, например, сбор средств на избирательную кампанию выполняет законную функцию.

Вторая: институциональная коррупция безлична. Так, представители тех или иных институтов могут действовать в институциональных целях и не иметь корыстных мотивов, характерных для лиц, участвующих в процессах обмена «услуга за услугу». Например, политики, принимающие незаконные «пожертвования» на избирательную кампанию, могут действовать и в интересах своих избирателей, интересах политической партии.

Третья: коррупция «объединяет», поскольку она присутствует не только в правительстве, но и во многих других учреждениях.

Деннис Ф. Томпсон утверждает, что теоретический подход к институциональной коррупции возрождает дух традиционной концепции коррупции, которая относилась к собственности институтов, а не отдельных лиц и часто метафорически выражалась как «болезнь политического тела» (Montesquieu, 1949–1951; Dobel, 1978; Euben, 1989).

В обзоре исследуются сходство и различия между ведущими теориями институциональной коррупции и сделаны наиболее важные критические замечания в отношении их обоснования.

В рассматриваемом обзоре предлагается уточненная институциональная концепция, позволяющая провести анализ элементов институциональной коррупции. Бóльшая часть обзора сосредоточена на взяточничестве и связанных с ним правонарушениях (по мнению ученого, их следует рассматривать как индивидуальную коррупцию), но, поскольку в нем описываются элементы коррупции, которые носят систематический характер и широко распространены в обществе и государстве, они влекут последствия, которые могут быть взяты за основу для дальнейших теоретических исследований.

С позиции исследователей-социологов при изучении сущности коррупции используются различные социологические подходы. Английские ученые-социологи **Энтони Ф. Хит, Линдси Ричардс и Нан Дирк де Грааф**, представители Оксфордского центра социальных исследований Соединенного Королевства Великобритании, провели исследование «Объяснение коррупции в развитом мире: потенциал социологических подходов». Авторы работы обратили внимание на то, что коррупция как в развивающихся странах, так и в развитом мире изучается многими дисциплинами, особенно экономическими и политическими, но есть значительные воз-

можности и для социологии. Было проведено большое количество межнациональных исследований с использованием индексов предполагаемой коррупции, но скрытый характер коррупции затрудняет проверку этих индексов. Более плодотворными являются недавние опросы, аналогичные тем, что проводились для оценки виктимизации преступлений, связанных с получением взятки. В процессе изучения коррупции социологи обнаружили закономерности возникновения этого явления, но понимание его причинных механизмов так и не было достигнуто.

Социологические концепции, базирующиеся на теории обмена и социологических переменных, таких как протестантизм, обобщенное и партикуляристское доверие, уровень образования, являются, по-видимому, важными предикторами национальных уровней коррупции в развитом мире. Авторы убедительно доказывают, что более целенаправленное и научно обоснованное исследование, сосредоточенное на различных формах и контекстах, а не на нынешних широких подходах, является лучшим способом понимания сущности коррупции.

Правовед **Кевин Э. Дэвис**, представитель Школы права Нью-Йоркского университета (США), подготовил правовой обзор «Правовые индикаторы: влияние верховенства права» [Davis, K. E., 2014]. Правовые индикаторы, иногда называемые индикаторами верховенства закона, индикаторы управления или индикаторы эффективности государственной службы, по мнению Кевина Э. Дэвиса, являются количественными показателями эффективности правовых систем. Они используются и как источники знаний об обществах, и как средства управления ими (технологии управления). В результате эти показатели начали привлекать значительное внимание ученых, политиков и других участников. В статье автором сделаны попытки ответить на следующие вопросы:

• когда, почему и кем разрабатываются различные виды юридических индикаторов?

• насколько они надежны и действенны, насколько они эффективны?

• следует ли их регулировать и если да, то какими способами?

Анализ отраслевых научных исследований вопросов противодействия коррупции помогает более глубокому пониманию сущности коррупции, объяснению причин и условий ее возникновения в различных органах государственной власти и негосударственных институтах, а также выработке эффективных механизмов предупреждения возникновения и развития коррупции.

Среди различных указанных в обзоре исследований коррупции в публичных и частных сферах хотелось бы остановиться на тех из них, которые посвящены влиянию коррупции на публичные правоотношения, связанные с реализацией властных полномочий представителей органов государственной власти.

Например, в исследовании **Ханса-Иоахима Лаута** «Неправовые институты и демократия» [Lauth, H.-J., 2000] показано влияние коррупции

как одной из неправовых форм отношений на политический режим государства, а именно – развитие демократических институтов государства. Автор рассматривает пять основных типов неформальных институтов, таких как клиентелизм, коррупция, насильственный захват власти, различные формы гражданского неповиновения, обычное право как элемент национального менталитета. Ученый провел исследование способов влияния коррупции на развитие демократии с точки зрения теории неоинституционализма. Аргументируется вывод: комплексное изучение коррупции имеет решающее значение для теоретического обоснования ее влияния на развитие правовых институтов государства и общества, поскольку представляет собой выдающийся механизм неформального влияния, влечет дисбаланс публичных и частных интересов посредством обеспечения гарантий привилегированных социальных групп, что нивелирует свободу демократического самоопределения, а также равенство в защите прав и свобод граждан.

С учетом особенностей тематики журнала «Правосудие/Justice» остановимся на предупреждении и пресечении коррупции среди судей – носителей судебной власти.

В отношении органов судебной власти проблемы борьбы с коррупцией исследуются через призму принципов независимости и беспристрастности судей. Если мы обратимся к работам зарубежных ученых, то увидим широкий перечень вопросов, которые непосредственно связаны с теми коррупционными рисками, которые возникают как при осуществлении правосудия, так и во внепроцессуальной деятельности судей.

В работе итальянского исследователя **К. Болоньи** «Видимость беспристрастности. Судья и свобода слова» [Bologna, C., 2018] рассмотрена проблема соотношения конституционных прав судьи как гражданина, а именно политического права на свободу слова, и требований его независимости и беспристрастности как лица, наделенного правовым статусом судьи, что презюмирует во всех ситуациях его беспристрастность и независимость. Автор видит основой ограничений свободы выражения мнения судей различные действующие конституционные принципы. Научная работа посвящена, в частности, выражению взглядов судей за пределами их судебной функции (например, в публичных выступлениях). Критически рассматривается эволюция ограничений, связанных с правовым статусом судьи, в судебной системе Италии. Приводятся примеры из дисциплинарной практики в отношении судей. Подводя итоги проведенного исследования, автор выдвигает предложение de iure condendo, отстаивая дисциплинарную ответственность и, следовательно, ограничение свободы выражения мнения судьи.

Гарантии обеспечения объективности и независимости судьи исследуются канадским ученым **Л. Савадого** в работе «Обстоятельства, влияющие на состав международных судов и трибуналов»[Savadogo, L., 2018]. Независимость и беспристрастность судьи определены автором как ос-

новополагающие условия любого судебного разбирательства, проводимого как на национальном, так и на международном уровне. Однако могут возникать «особые ситуации», мешающие судье участвовать в рассмотрении дела. Существуют два процессуальных порядка, позволяющих исключить заинтересованность судьи при осуществлении правосудия: «отвод» (или дисквалификация) и «воздержание», которые являются механизмами внутреннего права, применяемыми – не безоговорочно – к международным судебным разбирательствам. Автор обращает внимание на то, что рассматриваемые процедуры не имеют единой цели: она может заключаться в обеспечении беспристрастности разбирательства (самоотвод или дисквалификация члена судебного органа) или даже в том, чтобы поставить под сомнение саму возможность проведения судебного разбирательства (спонтанный отзыв арбитра или отказ от участия в заседании), что будет свидетельствовать о злоупотреблении правом со стороны участников судебного разбирательства. Эти обстоятельства анализируются посредством тщательного изучения основных текстов законодательства и практики международных судов и трибуналов, положения которых позволяют разграничить реальные обстоятельства, свидетельствующие о заинтересованности судьи, и те, которые намеренно интерпретируются сторонами с целью дискредитации судьи и оказания незаконного влияния на результаты рассмотрения дела.

Из работ российских ученых-правоведов, занимающихся изучением коррупции в судебных органах, можно отметить исследования, проведенные под руководством профессора **Н. А. Петухова**. В значимых работах «Организация противодействия и предупреждения конфликта интересов в судебной деятельности» (2018), «О преодолении конфликта интересов в правоприменительной деятельности судей» (2019) коррупция рассмотрена как трансграничное явление, которое нарушает целостность государственного устройства, препятствует деятельности государственных органов, в частности подрывает доверие и уважение к суду. Авторы изучили опыт зарубежных стран, практику специализированных структурных подразделений по противодействию коррупции Верховного Суда Российской Федерации, судов субъектов Федерации, а также практику Высшей квалификационной коллегии судей по урегулированию конфликта интересов и Совета судей Российской Федерации. На основании интегративного понимания права проведен анализ системной взаимосвязи международных основ противодействия коррупции с национальными особенностями борьбы с данным негативным явлением. Сделан вывод, что международный опыт имеет особую ценность для оптимизации организации судебной системы по различным направлениям. В соответствии с требованиями международного права, а также с учетом особенностей национальных правовых систем в проведенном исследовании использован междисциплинарный подход, необходимый для эффективного предупреждения коррупции и борьбы с

ней. Теоретические результаты исследования нашли отражение в разработке базовой и специальной моделей организации противодействия коррупции и предотвращения конфликта интересов с учетом направлений развития современного законодательства многих государств. Авторы обосновали предложения по оптимизации организации противодействия коррупции в судебной системе: урегулировать на уровне ведомственных документов систематическое взаимодействие комиссий по противодействию коррупции с правоохранительными и иными государственными органами; определить порядок взаимодействия этих комиссий с кадровыми службами судов. В Российской Федерации для оптимизации работы комиссий на основании действующих положений необходимо организовать методическое обеспечение их работы (в частности, по вопросам повышения квалификации руководителей и членов комиссий). Практические выводы могут быть использованы при оптимизации деятельности соответствующих структурных подразделений Верховного Суда Российской Федерации и судов субъектов Российской Федерации [Петухов, Н. А. и Рябцева, Е. В., 2018a; Петухов, Н. А. и Рябцева, Е. В., 2019].

Совместная работа кафедр и Центра Российского государственного университета правосудия по проблемам противодействия коррупции в судебной деятельности позволила сформулировать научно обоснованные выводы и предложения по предупреждению коррупционных рисков в деятельности судей, выявлению и устранению коррупционных правонарушений, а также оптимизировать деятельность по профилактике коррупции в судебной системе. Так, по поручению Верховного Суда Российской Федерации на основании анализа действующего законодательства и правоприменительной практики Университетом проведено обобщение типовых ситуаций, которые могут привести к возникновению конфликта интересов. Внесены предложения по совершенствованию действующего законодательства, направленные на предотвращение коррупционных рисков в судебной деятельности [Петухов, Н. А. и Рябцева, Е. В., 2018b].

Особо следует отметить совместные исследования ученых различных государств, позволяющие оценить положительный опыт коллег и с учетом национальных особенностей предложить новые направления борьбы с коррупцией. Так, в 2020 г. опубликована монография, подготовленная коллективом научного проекта «Формирование и укрепление в Республике Казахстан профессиональной правовой культуры государственных служащих в свете модернизации общественного сознания: теоретические, нормативно-регулятивные и практические аспекты». В работе приняли участие ученые России, Германии и Казахстана, изучившие вопросы функционирования и укрепления правовой культуры государственных служащих, связанные с определением роли нормативных регуляторов в формировании их профессиональной этики и профессионального право-

сознания, зарубежным опытом служения народу государственных служащих. Авторы не только уделили внимание определению, признакам и отличительным особенностям профессиональной правовой культуры государственных служащих, но и рассмотрели отрицательные стороны нередко встречающихся фактов недостаточного уровня профессионализма и правового сознания работников государственных органов и организаций. В монографии также предложены пути совершенствования системы нормативных регуляторов, что позволит содействовать повышению антикоррупционной правовой культуры государственных служащих, в том числе судей и работников аппарата суда [Абдрасулов, Е. Б., ред., 2020].

Обсуждение и заключение

Проведенное исследование свидетельствует о том, что коррупция является глобальной проблемой, характерной для всех стран мира. Будучи глобальной проблемой, предупреждение коррупции требует координации усилий всех государств как для предупреждения ее проявления, так и для устранения тех негативных последствий, которые наступают в результате роста коррупции.

Анализ исследований различных отраслей науки позволяет сформулировать комплексное представление о коррупции и выработать теоретическую модель предупреждения коррупции, содержащую систему международных антикоррупционных стандартов. Такая модель может быть полезна государствам, поскольку позволит ее реализовать с учетом национальных особенностей, т. е. национальных антикоррупционных стандартов. Таким образом, обзор научных исследований по антикоррупционной тематике позволяет сделать вывод о том, что коррупция как сложная многоаспектная проблема всего мирового сообщества предполагает междисциплинарный подход в ее исследовании, способствующий более глубокому пониманию сущности коррупции, объясняющий ее негативное влияние на все сферы жизни общества и требующий консолидации усилий многих государств в поиске оптимальных способов противодействия этому негативному явлению современности.

Список использованной литературы

Многоликая коррупция: Выявление уязвимых мест на уровне секторов экономики и государственного управления / под ред. Э. Кампоса и С. Прадхана ; пер. с англ. М. : Альпина Паблишер, 2010. 551 с. ISBN 978-5-9614-1062-4.

Петухов Н. А., Рябцева Е. В. О преодолении конфликта интересов в правоприменительной деятельности судей // Государство и право. 2019. № 11. С. 120–124. DOI: 10.31857/S013207690007478-7.

Петухов Н. А., Рябцева Е. В. Организация противодействия и предупреждения конфликта интересов в судебной деятельности // Всероссийский криминологический журнал. 2018a. Т. 12, № 5. С. 651–661. DOI: 10.17150/2500-4255.2018.12(5).651-661.

Петухов Н. А., Рябцева Е. В. Проблема конфликта интересов в судебной системе Российской Федерации // Российское правосудие. 2018b. № 2. С. 5–26. DOI: 10.17238/issn2072-909X.2018.2.5-26.

Формирование и укрепление в Республике Казахстан профессиональной правовой культуры государственных служащих в свете модернизации общественного сознания: теоретические, нормативные и практические аспекты : моногр. / под общ. ред. Е. Б. Абдрасулова. Нур-Султан : Евразийский нац. ун-т им. Л. Н. Гумилева, 2020. 480 с. ISBN 978-601-337-396-6.

Bologna C. Apparenza d'imparzialità o tirannia dell'apparenza? Magistrati e manifestazione del pensiero // Quaderni Costituzionali. 2018. Vol. 38, issue 3. P. 613–646. DOI: 10.1439/90894.

Davis K. E. Legal Indicators: The Power of Quantitative Measures of Law // Annual Review of Law and Social Science. 2014. Vol. 10. P. 37–52.

Heath A. F., Richards L., De Graaf N. D. Explaining corruption in the developed world: The potential of sociological approaches // Annual Review of Sociology. 2016. Vol. 42. P. 51–79. DOI: 10.1146/annurev-soc-081715-074213.

Lauth H.-J. Informal Institutions and Democracy // Democratization. 2000. Vol. 7, no. 4. P. 21–50. DOI: doi.org/10.1080/13510340008403683.

Olken B. A., Pande R. Corruption in Developing Countries // Annual Review of Economics. 2012. Vol. 4. P. 479–509. URL: https://doi.org/10.1146/annurev-economics-080511-110917

Savadogo L. Incidents Affecting the Composition of International Courts and Tribunals // Canadian Yearbook of International Law. 2018. Vol. 55. P. 113–179.

Thompson D. F. Annual Review of Political Science Theories of Institutional Corruption // Annual Review Political Science. 2018. P. 495–513.

References

Abdrasulov, E. B., ed., 2020. *Formirovanie i ukreplenie v Respublike Kazahstan professional'noj pravovoj kul'tury gosudarstvennyh sluzhashchih v svete modernizacii obshchestvennogo soznaniya: teoreticheskie, normativnye i prakticheskie aspekty* = [Formation and strengthening of the professional legal culture of civil servants in the Republic of Kazakhstan in the light of the modernization of

public consciousness: theoretical, normative and practical aspects]. Monograph. Nur-Sultan: L. N. Gumil'ev Eurasian National University. (In Russ.) ISBN 978-601-337-396-6.

Bologna, C., 2018. Apparenza d'imparzialità o tirannia dell'apparenza? Magistrati e manifestazione del pensiero. *Quaderni Costituzionali*, 38(3), pp. 613–646. DOI: 10.1439/90894.

Davis, K. E., 2014. Legal Indicators: The Power of Quantitative Measures of Law. *Annual Review of Law and Social Science*, 10, pp. 37–52.

Heath, A. F., Richards, L. and De Graaf, N. D., 2016. Explaining corruption in the developed world: The potential of sociological approaches // Annual Review of Sociology. Vol. 42. P. 51–79. DOI: 10.1146/annurev-soc-081715-074213.

Kampos, E. and Pradhan, S., eds., 2010. *Mnogolikaya korrupciya: Vyyavlenie uyazvimyh mest na urovne sektorov ekonomiki i gosudarstvennogo upravleniya* = [The Many Faces of Corruption: Identifying Vulnerabilities at the Sector and Government Levels]. Translated from English. Moscow: Albina Publisher, 2010. 551 p. (In Russ.) ISBN 978-5-9614-1062-4.

Lauth, H.-J., 2000. Informal Institutions and Democracy. *Democratization*, 7(4), pp. 21–50. DOI: doi.org/10.1080/13510340008403683.

Olken, B. A. and Pande, R., 2012. Corruption in Developing Countries. *Annual Review of Economics*, 4, pp. 479–509. URL: https://doi.org/10.1146/annurev-economics-080511-110917

Petukhov, N. A. and Ryabtseva, E. V., 2018a. The Organization of Corruption Counteraction and the Prevention of a Conflict of Interests in Judicial Activities. *Vserossijskij Kriminologicheskij zhurnal* = Russian Journal of Criminology, 12(5), pp. 651–661. (In Russ.) DOI: 10.17150/2500-4255.2018.12(5).651-661.

Petukhov, N. A. and Ryabtseva, E. V., 2018b. Issue of Conflict of Interests in Judicial System of the Russian Federation. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 2, pp. 5–26. (In Russ.) DOI: 10.17238/issn2072-909X.2018.2.5-26.

Petukhov, N. A. and Ryabtseva, E. V., 2019. On overcoming of the conflict of interests in law enforcement activity of judges. *Gosudarstvo i pravo* = State and Law, pp. 120–124. (In Russ.) DOI: 10.31857/S013207690007478-7.

Savadogo, L., 2018. Incidents Affecting the Composition of International Courts and Tribunals. *Canadian Yearbook of International Law*, 55, pp. 113–179.

Thompson, D. F., 2018. Annual Review of Political Science Theories of Institutional Corruption. *Annual Review Political Science*, 21, pp. 495–513.

Информация об авторе / Information about the author

Рябцева Екатерина Владимировна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры организации судебной и правоохранительной деятельности, ведущий научный сотрудник Центра исследования проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69).

Ekaterina V. Ryabtseva, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Associate Professor of the Organization of Judicial and Law Enforcement Activities Department, Leading Researcher of the Justice Research Center, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

E-mail: rev020680@mail.ru

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.
The author declares no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 19.04.2021; дата принятия научного обзора к опубликованию: 12.05.2021.
Submitted: 19.04.2021; revised: 12.05.2021.

В апреле 2021 г. отметила юбилей ***Александра Андреевна Дорская****, доктор юридических наук, профессор, заместитель директора по научной работе, заведующий кафедрой общетеоретических правовых дисциплин Северо-Западного филиала Российского государственного университета правосудия.*

А. А. Дорская в 1988 г. поступила в Российский государственный педагогический университет имени А. И. Герцена по специальности «История и Советское государство и право». Сочетание исторических и юридических дисциплин на факультете социальных наук, где читали лекции и вели практические занятия такие известные ученые, как В. Ю. Сморгунова, В. И. Старцев, В. К. Фураев, Ю. Г. Алексеев, М. Б. Свердлов, А. Ю. Давыдов, В. Н. Борисенко, О. Ю. Пленков, В. Н. Бурлаков, А. В. Ильин, В. М. Александров, В. В. Барабанов, И. М. Лебедева, С. А. Морозова, Б. А. Ерунов, А. П. Валицкая, А. Н. Муравьев и другие, предопределило интерес к историко-правовой научной тематике и педагогической деятельности.

Особую роль в становлении Александры Андреевны как молодого исследователя сыграла кандидат исторических наук, доцент Т. Г. Фруменкова, которая была научным руководителем при написании дипломной работы, помогала с первыми научными статьями по взаимодействию государства и Церкви, способствовала переходу на преподавательскую работу в высшую школу. С 1994 года А. А. Дорская прошла путь ассистента, старшего преподавателя, доцента до заведующего кафедрой. Очень большое значение имели помощь и советы заведующего кафедрой государственно-правовых дисциплин (ранее – правоведения) Российского государственного педагогического университета имени А. И. Герцена кандидата юридических наук, доцента С. П. Александровой, под руководством которой Александра Андреевна работала в первые годы своей преподавательской деятельности.

В 1993 году А. А. Дорская стала аспирантом Санкт-Петербургского института истории РАН, осуществляя подготовку диссертационного исследования сначала под руководством доктора исторических наук, профессора В. С. Дякина, а затем доктора исторических наук, профессора, члена-корреспондента Российской академии наук Р. Ш. Ганелина, научное и личностное наставничество которых имело для нее огромное значение. В 1997 году А. А. Дорская успешно защитила кандидатскую диссерта-

цию по отечественной истории на тему «Вопрос о свободе совести в российском законотворчестве 1905–1917 гг.», а в 2001 г. в Северо-Западной академии государственной службы под руководством доктора юридических наук, профессора Л. И. Антоновой – кандидатскую диссертацию по специальности 12.00.01 – теория и история государства и права; история учений о праве и государстве.

Проблемы правового регулирования государственно-конфессиональных отношений, истории церковного права разрабатывались А. А. Дорской и в период обучения в докторантуре в Российском государственном социальном университете, где при научном консультировании доктора юридических наук, профессора Д. А. Пашенцева в 2008 г. она защитила докторскую диссертацию на тему «Церковное право в системе права Российской империи конца XVIII – начала XX века». Огромное значение при подготовке диссертации имело то, что РГСУ со второй половины 1990-х гг. был одним из первых университетов, где силами доктора исторических наук, профессора, академика Российской академии наук В. И. Жукова, доктора исторических наук, профессора С. Г. Зубановой, доктора юридических наук, профессора В. Г. Пахомова и других ученых развивались юридическое, историческое и теологическое направления исследования государственно-конфессиональных отношений.

Церковно-правовая тематика постоянно присутствует в работах А. А. Дорской. В 2001 году в свет вышла ее монография о законотворческой деятельности по вопросу о свободе совести в Российской империи начала XX в.[1], в 2004 г. в рамках работы по гранту Министерства образования Российской Федерации было опубликовано монографическое исследование о взаимодействии и взаимовлиянии позитивного и церковного права в Российской империи[2]. Результатом работы по грантам Российского гуманитарного научного фонда и Российского фонда фундаментальных исследований в составе научных коллективов стали монографии, посвященные влиянию церковно-правовых норм на становление и развитие отраслей российского права[3], эволюции системы права в России[4], правовому режиму имущества религиозного назначения[5], и другие работы.

---

1 *Дорская А. А.* Свобода совести в России: судьба законопроектов начала XX века. СПб. : Изд-во РГПУ им. А. И. Герцена, 2001. 143 с.

2 *Дорская А. А.* Государственное и церковное право в Российской империи: проблемы взаимодействия и взаимовлияния. СПб. : Изд-во РГПУ им. А. И. Герцена, 2004. 227 с.

3 *Дорская А. А.* Влияние норм церковного права на развитие отраслей российского права. СПб. : Астерион, 2007. 158 с.

4 *Дорская А. А., Честнов И. Л.* Эволюция системы права России: теоретический и историко-правовой подходы. СПб. : Астерион, 2010. 304 с.

5 *Дорская А. А.* Правовой режим имущества религиозного назначения в России: история и современность. СПб. : Астерион, 2012. 222 с.

Поскольку в правовом регулировании взаимоотношений государств и религиозных организаций всегда присутствовал и постоянно расширяется международно-правовой компонент, а также в связи с созданием в 2002 г. на юридическом факультете Российского государственного педагогического университета имени А. И. Герцена кафедры международного права, направлениями научной деятельности А. А. Дорской стали также история международного права[6] и роль международного права в регулировании государственно-конфессиональных отношений[7]. Изучение данной тематики с 1990-х гг. инициировалось известным петербургским ученым доктором юридических наук, профессором Ю. Я. Баскиным, что позволило разрушить возникшие в советское время стереотипы и установки по данному вопросу.

В своих работах А. А. Дорская стремится сочетать теоретико-правовую и историко-правовую тематику, используя при этом методологию социологических, исторических, политологических и даже естественнонаучных исследований. Данный подход проявился в монографических работах ученого, посвященных правовым реформам[8], влиянию правовых традиций государств на деятельность международных организаций, в которых они участвуют[9], роли права в преодолении коллективных социальных «травм народов»[10], выявлению «символов зла» в международном и национальном праве[11].

В последние годы одним из важнейших направлений научной деятельности Александры Андреевны стали правовые аспекты официальной политики памяти на международном и национальном уровнях, развитие «мемориального» законодательства, что нашло отражение в многочисленных выступлениях на научных мероприятиях в России, Франции, Нидерландах и Латвии, а также публикациях, индексируемых в международных системах цитирования Web of Science и Scopus.

Особое место в круге научных интересов А. А. Дорской занимает история правосудия в России, а также международного правосудия. Дея-

---

6 *Волкова С. В., Глухарева Л. И., Долгополова Т. А., Дорская А. А. и др.* Идея международного права в истории политических и правовых учений : коллективная моногр. / отв. ред. А. А. Дорская. СПб. : Астерион, 2011. 312 с.

7 *Дорская А. А.* Роль международного права в регулировании государственно-конфессиональных отношений. СПб. : Астерион, 2011. 212 с.

8 *Дорская А. А.* Правовые реформы в России: типология, логика развития, критерии результативности. СПб. : Астерион, 2014. 175 с.

9 *Дорская А. А.* Правовые традиции России и развитие права международных организаций: проблемы взаимовлияния. СПб. : Астерион, 2016. 245 с.

10 *Дорская А. А.* Правовой фактор в динамике социальной травмы: российский опыт. СПб. : Астерион, 2019. 160 с.

11 *Дорская А. А.* Символы зла в истории российского права. СПб.: Астерион, 2018. 163 с.

тельность по изучению истории судебных органов Санкт-Петербурга[12] в 2020 г. была отмечена знаком отличия Совета судей Санкт-Петербурга «80 лет Санкт-Петербургскому городскому суду».

В научной и практической деятельности А. А. Дорская уделяет большое внимание научным сообществам. В частности, интерес вызвала ее статья, посвященная работе Института международного права, функционирующего с 1873 г. по настоящее время[13]. Александра Андреевна является членом Российской ассоциации международного права и Российского историко-правового общества, принимает участие в работе их заседаний. Является членом двух диссертационных советов по специальности 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве. С 2009 года по настоящее время под ее руководством защитились четыре аспиранта: Е. Ю. Ястребова, И. Н. Двойнишникова, И. В. Ботанцов и Е. Ю. Игнатьева.

Огромное внимание А. А. Дорская уделяет преподавательской деятельности: ежегодно с 1994 г. читает курс «История государства и права России», а также ведет ряд специальных дисциплин международно-правового цикла у магистрантов.

В настоящее время в рамках гранта Российского фонда фундаментальных исследований А. А. Дорская в составе научного коллектива работает над проектом «Эффективность правового регулирования и преодоление кризисных явлений в праве: теоретическое и историко-правовое измерения», промежуточным результатом которого стала серия работ, в том числе монография[14]. Данная работа продолжается и должна найти отражение в новых выступлениях и публикациях ученого.

---

[12] *Долгополова Е. В., Дорская А. А., Дряхлов С. К., Жолобов Я. Б. и др.* История судебных органов в Санкт-Петербурге: лица, события, факты : документ.-худож. изд. СПб. : Галатея, 2014. 563 с.

[13] *Дорская А. А.* Институт международного права: опыт неофициального научного сообщества // Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена. 2010. № 134. С. 88–101.

[14] *Дорская А. А.* Эффективность правового регулирования как теоретико-правовая и историко-правовая категория. СПб. : Астерион, 2020. 176 с.