



БЕЛОРУССКИЙ
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ

ЖУРНАЛ
БЕЛОРУССКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА

ПРАВО

JOURNAL
OF THE BELARUSIAN STATE UNIVERSITY

LAW

Издается с января 1969 г.
(до 2017 г. – под названием «Вестник БГУ.
Серия 3, История. Экономика. Права»)

Выходит три раза в год

3

2020

МИНСК
БГУ

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

- Главный редактор** **БАЛАШЕНКО С. А.** – доктор юридических наук, профессор; профессор кафедры экологического и аграрного права юридического факультета Белорусского государственного университета, Минск, Беларусь.
E-mail: balashenko@bsu.by
- Ответственный секретарь** **ЧЕРВЯКОВА Т. А.** – кандидат юридических наук, доцент; заведующий кафедрой государственного управления юридического факультета Белорусского государственного университета, Минск, Беларусь.
E-mail: chervyakova@bsu.by
- Балиук Г. И.** Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина.
- Ванг Г.** Чжэцзянский университет, Ханчжоу, Китай; Тулейнский университет, Новый Орлеан, США; Городской университет Гонконга, Гонконг, Китай.
- Василевич Г. А.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.
- Вердуссен М.** Католический университет Лувена, Лувен-ла-Нев, Бельгия.
- Годунов В. Н.** УО «Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ», Минск, Беларусь.
- Каменков В. С.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.
- Карпович Н. А.** Конституционный Суд Республики Беларусь, Минск, Беларусь.
- Келли К. Р.** Арканзасский государственный университет, Джонсборо, США.
- Крюссман Т.** Университет глобального развития, Грац, Австрия; Грацкий университет им. Карла и Франца, Грац, Австрия; Центр глобальной Европы Кентского университета, Брюссель, Бельгия.
- Макарова Т. И.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.
- Матье Б.** Университет Париж 1 Пантеон-Сорбонна, Париж, Франция.
- Мацкевич И. М.** ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет им. О. Е. Кутафина (МГЮА)», Москва, Россия.
- Некросиус В.** Институт гражданского процесса и римского права Вильнюсского университета, Вильнюс, Литва.
- Скаков А. Б.** Евразийский национальный университет им. Л. Н. Гумилева, Астана, Казахстан.
- Хелльманн У.** Потсдамский университет, Потсдам, Германия.
- Чуприс О. И.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.

EDITORIAL BOARD

- Editor-in-chief** **BALASHENKO S. A.**, doctor of science (law), full professor; professor at the department of environmental and agricultural law of the faculty of law of the Belarusian State University, Minsk, Belarus.
E-mail: balashenko@bsu.by
- Executive secretary** **CHERVYAKOVA T. A.**, PhD (law), docent; head of the department of public administration of the faculty of law of the Belarusian State University, Minsk, Belarus.
E-mail: chervyakova@bsu.by
- Baliuk G. I.** Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine.
- Chupris O. I.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Godunov V. N.** Institute for Retraining and Qualification Upgrading of Judges, Prosecutors and Legal Professionals at the Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Hellmann U.** University of Potsdam, Potsdam, Germany.
- Kamenkov V. S.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Karpovich N. A.** Constitutional Court of the Republic of Belarus, Minsk, Belarus.
- Kelley C. R.** Arkansas State University, Jonesboro, the USA.
- Kruessman T.** University of Global Development, Graz, Austria; University of Graz, Graz, Austria; Global Europe Centre, University of Kent, Brussels, Belgium.
- Mackevich I. M.** Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia.
- Makarova T. I.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Mathieu B.** University Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Paris, France.
- Nekrosius V.** Institute of Civil Procedure and Roman Law of the Vilnius University, Vilnius, Lithuania.
- Skakov A. B.** L. N. Gumilyov Eurasian National University, Astana, Kazakhstan.
- Vasilevich G. A.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Verdussen M.** Catholic University of Louvain, Louvain-la-Neuve, Belgium.
- Wang G.** Zhejiang University, Hangzhou, China; Tulane University, New Orleans, USA; City University of Hong Kong, Hong Kong, China.

АД РЭДАКЦЫІ EDITORIAL

Шаноўнае спадарства!

Гэты год асаблівы для студэнтаў і выпускнікоў, выкладчыкаў і супрацоўнікаў юрыдычнага факультэта Беларускага дзяржаўнага ўніверсітэта. Мы адзначаем 95-гадовы юбілей факультэта і рыхтуем да святкавання 100-годдзя БДУ. Юрыдычны факультэт БДУ – частка нашага жыцця, душы, гэта энергія маладых сэрцаў і лепшыя сябры. Тут студэнты набываюць выдатныя прафесіі, тут адбываецца фарміраванне характару і станаўленне іх актыўнай грамадзянскай пазіцыі. Прававая навука з’яўляецца адным з прыярытэтных напрамкаў дзейнасці факультэта на працягу ўсяго перыяду яго існавання. Пра гэта сведчыць колькасць і якасць навуковых выданняў, цесныя шматгадовыя сувязі з навуковымі і навукова-практычнымі ўстановамі Беларусі і замежжа, фундаментальнасць даследаванняў, узнагароды нашых вучоных.

Набыццё суверэннасці Рэспублікай Беларусь патрабавала ўдасканалення заканадаўства і стымулявала развіццё беларускай прававой навукі. Вучоная юрыдычнага факультэта БДУ актыўна ўдзельнічаюць у падрыхтоўцы нарматыўных прававых актаў, якія садзейнічаюць пабудове сацыяльнай дэмакратычнай прававой дзяржавы. Свае прапановы і меркаванні па актуальных прававых праблемах, удасканаленні заканадаўства яны адлюстроўваюць у навуковых артыкулах. «Журнал Беларускага дзяржаўнага ўніверсітэта. Право», які з’яўляецца правапераемнікам часопіса «Веснік БДУ. Серыя 3: Гісторыя. Эканоміка. Права», лічыцца адным з вядучых навуковых выданняў Беларусі. Тут публікуюць вынікі сваіх даследаванняў вядомыя вучоныя-юрысты.

Гэты нумар не стаў выключэннем: у ім сабраны найлепшыя артыкулы сучасных навукоўцаў юрыдычнага факультэта, якія паспяхова захоўваюць

і памнажаюць найлепшыя традыцыі старэйшага пакалення вучоных. Новы час уздымае новыя пытанні прававога рэгулявання, а правазнаўцы шукаюць і знаходзяць іх найбольш эфектыўныя рашэнні. Разглядаюцца такія пытанні, як канстытуцыйная мадэрнізацыя і сучасныя вектары развіцця, барацьба з арганізаванай злачыннасцю, нелегальная міграцыя, развіццё сістэмы заканадаўства Рэспублікі Беларусь аб інтэлектуальнай уласнасці, прававыя праблемы забеспячэння балансу публічных і прыватных інтарэсаў у сферы прыродакарыстання, стратэгічныя аспекты процідзеяння карупцыі. Гэта толькі сціслы пералік закранутых актуальных тэм артыкулаў, прадстаўленых у юбілейным нумары.

Ад усяго сэрца віншваем выкладчыкаў, супрацоўнікаў, студэнтаў, магістрантаў, аспірантаў і дактарантаў, выпускнікоў юрыдычнага факультэта БДУ. Традыцыі і высокія стандарты навукі і адукацыі на факультэце – гэта заслуга і ўклад у агульную справу кожнага члена нашай вялікай юрыдычнай сям’і. Прага да ведаў, прававыя ідэалы, патрыятызм і грамадзянская адказнасць заўсёды былі і застаюцца базай юрыдычнай адукацыі і навукі ва ўніверсітэце.

Жадаем юрыдычнаму факультэту таленавітых і працавітых студэнтаў, далейшых поспехаў у падрыхтоўцы высокакваліфікаваных юрыстаў-практыкаў і навукоўцаў, новых праектаў і дасягненняў!

Кандыдат юрыдычных навук, дацэнт,
дэкан юрыдычнага факультэта БДУ

Т. М. Міхалёва

Доктар юрыдычных навук,
прафесар, галоўны рэдактар выдання
«Журнал Беларускага дзяржаўнага ўніверсітэта. Право»

С. А. Балашэнка

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

THEORY AND HISTORY OF LAW AND STATE

УДК 340.114.5+340.115

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРАВОСОЗНАНИЯ КАК КАТЕГОРИИ ФИЛОСОФИИ И ЮРИДИЧЕСКОГО ФЕНОМЕНА

И. Л. ВЕРШОК¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Пересматривается содержание термина «правосознание» в целях преодоления семантической девальвации, произошедшей в результате его частого применения и размытости смысловых границ. Устанавливаются четкие рамки и контекст использования данного термина. Объектом исследования является правосознание как феномен и философская категория. В результате проведенного анализа с применением нового для юриспруденции номиналистского подхода, а также лингвистических и психологических методов обосновывается смысловое ограничение понятия правосознания. Оно признается философской, мировоззренческой метанаучной категорией, без которой невозможен поиск идеальных форм государственного и правового строительства, где правосознание – явление статичное. Наряду с этим подтверждается целесообразность научного осмысления понятия и категории правового сознания в качестве феномена, проявляющегося на коллективном и индивидуальном уровнях в правовом поведении, что предполагает необходимость изучения правосознания как на предельно высоком, так и на низком уровне обобщения. Закладывается новое направление дальнейших фундаментальных и прикладных исследований правосознания в динамике и с контекстуальной предопределенностью интерпретации, что имеет практическое значение. Выработанные на фундаментальном уровне предложения будут способствовать выявлению тенденций трансформации правосознания и ее последствий для правовой системы, на прикладном – разработке механизмов обеспечения когерентности и интенциональности правового сознания субъектов права.

Ключевые слова: динамика правового сознания; интенциональность правового сознания; внутренний и внешний императив правового сознания; напряженность правового сознания.

Образец цитирования:

Вершок ИЛ. Методологические проблемы определения правосознания как категории философии и юридического феномена. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:4–13.

For citation:

Vershok IL. Methodological problems of determining the concept of legal consciousness as a category of philosophy and a legal phenomenon. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:4–13. Russian.

Автор:

Ирина Леонидовна Вершок – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета.

Author:

Irina L. Vershok, PhD (law), docent; associate professor at the department of theory and history of state and law, faculty of law.
viarshok_irina@mail.ru

METHODOLOGICAL PROBLEMS OF DETERMINING THE CONCEPT OF LEGAL CONSCIOUSNESS AS A CATEGORY OF PHILOSOPHY AND A LEGAL PHENOMENON

I. L. VERSHOK^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The article is devoted to the revision of the term «legal consciousness» with the aim of overcoming the emerging semantic devaluation that occurred as a result of its frequent application and blurring of semantic boundaries by establishing its clear boundaries and the context of use. The object of research is legal consciousness as a philosophical category and a legal phenomenon. The purpose is to overcome the semantic devaluation of the term «legal consciousness». As a result of the research using a new for jurisprudence nominalist approach, as well as linguistic and psychological methods, the semantic limitation of the concept and category of legal consciousness is substantiated. Legal consciousness is recognized as a philosophical, worldview meta-scientific category used in the search for ideal forms of state and legal construction, in which legal consciousness manifests is a static phenomenon. Along with this, the scientific study of the concept and category of legal consciousness as a legal phenomenon, manifested in legal behaviour at the collective as well as at the individual level, is substantiated. This implies the need to study legal consciousness both at an extremely high and at a low level of generalization. The significance of the results of the research: a new direction is being laid for further studies of legal consciousness in its dynamics and with a contextual predetermination of interpretation: separately at the level of fundamental research, as well as at the level of applied sciences. The proposals developed at the fundamental level will help to identify trends in the transformation of legal consciousness and its consequences for the legal system, and at the applied level, to develop mechanisms to ensure coherence and intentionality of law subjects' legal consciousness.

Keywords: dynamics of legal consciousness; internal and external imperative of legal consciousness; intentionality of legal consciousness; tension of legal consciousness.

Введение

В настоящее время термин «правосознание» чрезвычайно широко используется как в научных исследованиях, так и в учебной юридической литературе. В сложившейся ситуации появляется объективная потребность в научном выявлении причин и последствий повсеместного распространения данного понятия, первоначально обладавшего статусом философской категории, но постепенно перешедшего в терминологию общей теории права, которая формирует в рамках своего предмета универсальный категориальный аппарат и методологическую базу для юриспруденции в целом. Термин «правосознание», хотя и реже, но используется также в отраслевых юридических науках, социологии права, юридической психологии, конфликтологии, встречается в источниках публицистического жанра, в выступлениях по проблемам борьбы с преступностью и даже был обнаружен в музыкальном произведении песенного жанра.

Фактически произошел механический перенос категории «правосознание» из философии во многие сферы юридической теории и практики без оговорки о контекстуальных особенностях ее идентификации с реальными явлениями и процессами. В результате слово «правосознание» либо получает гипертрофированное значение в качестве универсальной причины несовершенства правотворческой и правоприменительной практики, либо, наоборот, подвергается семантической девальвации вследствие частого употребления. Указанные

коннотации в дальнейшем одинаково приводят к выявлению низкого уровня правосознания населения в целом либо ее отдельной группы в частности и подготовке рекомендаций по его повышению путем «воспитания», осуществляемого в форме «совершенствования правовых знаний, изучения законов и обучения по их использованию» [1, с. 12]. Данный способ интерпретации правосознания редуцируется к совокупности сведений из области положительного права и умению пользоваться ими повсеместно, что «укрывает в себе глубочайшие недуги и дефекты» [1, с. 23].

Одна из причин описанной проблемы заключается в том, что семантическое значение правосознания не подвергается дополнительному толкованию или пересмотру в контексте конкретной отрасли юридической науки либо доминирующей в определенной пространственно-временной матрице парадигмы. Когда осуществляются исследования проблем правосознания, относящиеся к сфере фундаментальных правовых проблем, т. е. там, где велик авторитет объяснения, возникают противоречия. Наука начинает «измышлять реальность как продолжение своих представлений, она перестает видеть фактическое», и таким образом рождаются понятия, обычно отрицательные (деформация правового сознания, правовой нигилизм, низкий уровень правосознания), которые «защищают теорию от неловких ситуаций» [2, с. 18]. Вместе с тем остаются открытыми вопросы о реальных

процессах правового сознания как психического феномена и, соответственно, об объективных причинах неэффективности мер по «формированию» правосознания или повышению его уровня.

В связи с этим представляется методологически важным выдерживать постоянство значений в разных коммуникативных ситуациях и безусловное единство на протяжении всего текста [3, с. 108], что нередко является трудновыполнимым. Например, только в одной работе И. А. Ильина, посвященной глубокому философско-правовому анализу феномена правосознания, можно обнаружить его совершенно различную семантику, без каких-либо дополнительных оговорок сигнифицируемую одним термином «правосознание».

В первой части исследования философ рассмотрел «народное правосознание» наравне с правосознанием правоприменяющего субъекта [1, с. 27]. В другой части правосознание названо неотъемлемым условием вменяемости субъекта права, а сознание – признаком субъектности, так как «право говорит на языке сознания и обращается к сознательным существам» [1, с. 24–25]. Затем правосознание без дополнительной интерпретации определяется как необходимая форма жизни человека, осознающего, что, кроме него, на свете есть другие люди – естественное правосознание [1, с. 19–21].

Приведенные выше смысловые различия при характеристике одного и того же термина предполагают преимущественно частноправовое содержание, однако у И. А. Ильина они дополняются еще и иными определениями, выводящими анализ феномена правосознания в публично-правовую сферу. Например, «русское правосознание» [1, с. 34], «народное правосознание» рассматриваются ученым как автономное правосознание и способность к самоуправлению [1, с. 61], а на макроуровне правосознание выступает как фактор благополучного существования национальной государственности, государственное правосознание [1, с. 29, 106].

Выявленное семантическое непостоянство терминологии в фундаментальном труде И. А. Ильина «О сущности правосознания» не является исключением. Оно получает гипертрофированное выражение в современных научных работах, прямо или косвенно затрагивающих проблемы правосознания, что вызывает межперсональное искажение терминологии, в конечном счете происходит семантическая девальвация термина. В результате многие неудачи в правотворческой и правоприменительной сферах объясняются низким уровнем правосознания населения либо массовым правовым нигилизмом, тем самым маскируются или нивелируются недостатки выполнения правил юридической техники и (или) сбои в работе механизма государства. Однако, хотя в «сфере лингвистики никто не претендует на знание того, каким должен быть совершенный язык», необходимо бороться

с ошибками в словоупотреблении, которые ведут к размыванию важных различий [4, с. 22]. Цель настоящей работы заключается в установлении границ термина «правосознание», для чего необходимо доказать факт его семантической девальвации и определить пути ее преодоления, сравнить этимологию слов «правосознание» и «правовое сознание», объяснить их смысловое и контекстуальное отличия, заложить основы изучения правового сознания в динамике.

Пересмотр границ термина «правосознание» сможет значительно дополнить понятийно-категориальный аппарат теории права, направленной на решение онтологических вопросов о праве путем постановки вопроса «не о происхождении и существовании права, а о том, как нечто преобразуется в юридическую форму, как безмерные притязания личности приобретают значение субъективного права, как мысль о должном преобразуется в действие самого права – правовое суждение, правовой поступок и правовое решение» [2, с. 74]. По мнению С. Н. Касаткина, современная российская «теория (= идеология и мифология) правосознания и правового нигилизма» не справляется с данной задачей, так как сегодня для юриспруденции, осуществляющей наблюдение за юридическими объектами по аналогии с наблюдением в классической физике за очевидными явлениями, «миссия исследователя и социального деятеля» сводится только к их «открытию, (достоверному) описанию, (положительной) оценке и принятию, воплощению в жизнь» [5, с. 44]. Приведенная точка зрения применима и к белорусской теории правосознания и правового нигилизма.

Приобретение термином «правосознание» псевдоуниверсального и безграничного объема оказалось противоречивым с методологических позиций. В переводе с греческого языка слово «термин» означает границу, предел. Оно предполагает соблюдение таких требований, как обязательная фиксация одного из наиболее возможных значений слова в качестве терминологического во избежание двусмысленности, делающей речь непонятной, сохранение заранее установленного значения терминов (или исторически сложившегося определенного содержания) во всей практике словоупотребления в научном обиходе на национальном языке [3, с. 104].

В связи с этим необходимо прежде всего отграничить философскую характеристику правосознания в качестве категории из области метафизических суждений, близких к идее правового государства, естественного права, гражданского общества, от понятий и категорий «правосознание» и «правовое сознание», изучаемых на научно-содержательном уровне. Характерно, что Л. И. Петражицкий заложил основу нового перспективного направления по решению проблем интериоризации

внешнего должествования, имеющего не столько философскую, сколько эмпирическую базу, при котором обобщения делаются в результате сбора и систематизации эмпирических данных о переживаниях человека относительно права.

Традиционно предлагаемое в настоящее время в общей теории права определение правосознания, которое зиждется на методологии материалистического понимания сознания и трактует его как форму отражения окружающей действительности, уже не справляется с решением онтологических и связанных с ними задач. Современное научное обособление юридической догматики в черед различных дискурсов о праве требует инвентаризации понятий отечественной теории права (юриспруденции в целом) и их последовательной юридизации, «переописания с позиций юридической значимости, соотносительности с языковой игрой официального права» [5, с. 48].

Являясь изначально сформулированной в контексте философских концепций, категория «право сознание» до сих пор подразумевает интерпретацию на уровне метанауки, что наблюдается не только в классических, но и во многих современных русскоязычных работах, посвященных проблеме правосознания [6, с. 32–36; 7, с. 12–23; 8, с. 18–32; 9, с. 201–209]. Хотя нельзя отрицать ценность философии и ее заслуг в развитии научного знания, смешивать ее с научно-содержательной сферой нецелесообразно. Если «за основание берем философские постулаты и они являются источником методологии» [10, с. 119–122], то, будучи предопределенными спецификой изучаемого объекта, эти постулаты не попадают в систему методологии юридической науки, сводясь к инструментам поиска ответов на вечные вопросы правды и справедливости, но не к объекту юриспруденции. Термин «правосознание» в значении юридического мировоззрения, т. е. системы взглядов, которая построена на безусловном признании важности правовых ценностей и идеалов [9, с. 206], предполагает философско-абстрактную, статическую характеристику. Его методологически непродуктивно включать в понятийно-категориальный аппарат юридической науки в целом и общей теории права в частности.

Когда же в основание исследования будет заложено эмпирическое обобщение фактов, а философские постулаты станут только продуктом осмысления [10, с. 119–122], научные изыскания, прямо или косвенно связанные с феноменом правосознания, помогут постигнуть его содержательную трансформацию в пространственно-временном измерении. Причем в общей теории права данное явление целесообразно рассматривать на категориальном уровне как понятие предельно общее, охватывающее признаки изучаемого феномена, свойственные всем его

типологическим проявлениям. В иных случаях достаточно анализа правосознания в качестве простого понятия и соответствующего проявления его отличительных признаков.

Заложенная философией Аристотеля традиция эссенциалистской интерпретации – чтения определения понятий слева направо – широко использовалась в классической юридической науке, при этом дефиниция создавала «комфортную иллюзию завершенности, конечности» [11, с. 75]. Вызовы современной теории и практики обуславливают распространение противоположной, номиналистской, интерпретации справа налево, при которой прибегают к сокращенным обозначениям для максимального исключения из текста абстрактных формулировок. Если в соответствии с эссенциалистским способом в отношении правосознания происходит поиск ответа на вопрос: «Что это?» – с использованием формулировок «форма отражения» или «совокупность идей, эмоций и чувств», «отношение к праву», то в данном исследовании осуществляется попытка пересмотра правосознания при помощи номиналистского определения, согласно которому постановка вопроса иная: «Какие процессы и при каких условиях можно признать правовым сознанием?».

Применительно к юриспруденции указанный методологический концепт был введен в исследовательскую деятельность Г. Л. А. Хартом, который считал, что прогресс в науке замедляется не из-за ошибочных ответов, а из-за неправильно сформулированных вопросов. Форма вопроса: «Что есть X?» – относится к одному слову, его цель – узнать, что данное слово обозначает или подразумевает. В отличие от философских юридические понятия совершенно другие: «Их отношение к фактам более сложно, опосредованно и нуждается в прояснении». Бесперспективное толкование слов, взятых изолированно, предлагается заменить «характеристикой функции, которую осуществляют эти слова, когда они используются в правовой системе» [12, с. 146–148]. Необходимо уточнение «того, каковы стандартные условия, при которых такое высказывание является истинным, в какого рода контекстах произносятся такие высказывания» [12, с. 148–149].

В случае рассмотрения правосознания как динамического явления на понятийном уровне необходимо развернуть начальные точки исследования, применяя методiku естественных наук, где для синтеза обязателен средний уровень анализа, когда эмпирическое обобщение – это основание для сведения материала в систему и построения концепции. Оно строится не на первичном элементарном материале, а на материале, сведенном в систему [10, с. 119–122]. Такие исследования правосознания возможны с использованием ряда социологических и психологических методов, ос-

нованных на комбинированном – гуманитарном и естественно-научном – подходе и адаптированных к специфике изучения феноменов социально-правовой действительности. При этом в качестве предмета изучения будет правильнее использовать словосочетание «правовое сознание» наряду с универбализированным термином «правосознание», проводя между ними разграничение, закладывающее методологические особенности исследований. Сравнительный анализ, предполагающий дифференциацию категории «правосознание» и понятия «правовое сознание», особенно с учетом их динамического аспекта, даст возможность, не снижая высокую методологическую ценность и эвристический потенциал достижений исследовательских работ по философии права, перейти на иной перспективный уровень изучения правового сознания как процесса восприятия, отражения и осмысления информации о социально-правовой действительности, имеющего психическую природу и существенно предопределяющего динамику и качество правовой системы.

В то же время англоязычные исследования, имеющие схожую предметную направленность, наобо-

рот, обладают преимущественно прикладным, эмпирическим характером. Попытки найти аналог сложного слова «правосознание» в иностранном языке, например, в английском, не приводят к успеху. При этом у наиболее семантически близкого к нему термина *legal consciousness* [13–15] не появилось сокращенной формы (наподобие слова «правосознание» в русской терминологии), что еще раз подчеркивает определенную самобытность такого универбализированного термина и соответствующих работ по рассмотрению соответствующего феномена. Кроме того, доминирование эмпирических исследований правового сознания, получающего экстериоризацию в контексте англосаксонской правовой семьи, подтверждает контекстуальную обусловленность интерпретации феномена осознания социально-правовой действительности в разных правовых семьях. В рамках одной правовой системы также заметна динамика феномена правосознания под влиянием смены типов правопонимания, обусловленная трансформацией парадигмы политико-правового и общественно-правового мышления, что не должно ускользать из поля зрения исследователя.

Теоретические основы исследования

В связи с тем, что категория «правосознание» имплементировалась в общую теорию права из русскоязычных философских работ, произошел перенос термина, интерпретируемого метанаучно и мировоззренчески, в понятийно-категориальный аппарат советской юриспруденции, формирующейся на основе использования метода материалистической диалектики. Постепенно юридическая теория и практика стали оперировать категорией «правосознание» как политико-правовым средством. На доктринальном уровне, исходя из базовых принципов исторического материализма, правосознание трактовалось как форма общественного сознания, надстроечного явления над экономическим базисом, что предопределяло классовые отличия правосознания как коллективного явления. С учетом родо-видовой связи общественного сознания с правосознанием им давалась схожая интерпретация в качестве формы отражения общественного бытия, которое является совокупностью коллективных представлений.

Если выходить на практическую плоскость, правосознанию как коллективному феномену придавалось гипертрофированное регулятивное значение. Даже в работах постсоветского периода все так же признавалась «регулятивная энергия, выраженная в активных формах господствующего правосознания», которая обнаруживается в исторических ситуациях, когда правосознание выступает обособленно, становится основой механизма правового регулирования еще до создания правовой систе-

мы и «исполняет обязанности» собственно права [9, с. 205–206]. При данном подходе анализ регулятивной функции феномена правосознания, в действительности обладающего индивидуальными чертами, может повлечь негативные последствия, связанные с отождествлением позитивного права с правосознанием одного или нескольких субъектов, произвольно принимающих правовые решения. «Правосознание должно нуждаться в праве, чтобы приобрести предметную основу и объективную верность» [1, с. 40].

В настоящее время доказана острая необходимость «деактуализации марксистских гносеологических установок» в юридической науке и формирования альтернативных философско-методологических подходов, позволяющих переосмыслить сложившийся под влиянием марксизма «понятийный аппарат, многие теоретические конструкции и исследовательские стереотипы» [16, с. 16–17]. Кроме того, уже явно недостаточно исследований общих вопросов правосознания, требуется комплексный пересмотр фундаментальных и отдельно – отраслевых проблем трансформации и выражения правового сознания.

Идеи Л. И. Петражицкого об «императивно-атрибутивном сознании», «правовой психике» [17, с. 109] и реже – правосознании [17, с. 103] заложили основу для дальнейших исследований именно правового сознания как специфического, но при этом видового явления по отношению к родовому феномену – сознанию. Однако последовательного продолжения

научных изысканий по данному предмету комплексно не осуществлено и выводы, построенные на методологической основе теории Л. И. Петражицкого, допускающей широкое использование интроспекции, эксперимента и наблюдения [17, с. 107, 129], по-прежнему стремятся к философии, но не к юриспруденции. В качестве примера можно привести постулаты, сформированные в рамках доктрины гражданского права на основе его теории, согласно которым «право желает не просто подчинять себе человеческое поведение, а подчинять его в инте-

ресах какого-то высшего блага». В результате этого «всякая норма права предстает нашему сознанию не только с точки зрения ее “данности”, но и с точки зрения ее “должности”; мы не только стремимся ее познать как она есть, но в то же время оценить, как она должна быть» [18, с. 60–61]. Такое утверждение снова предполагает метаправовые критерии ценности правосознания, о которых ни правовая, ни психологическая наука ничего сообщить не может, поскольку вопрос о ценностях составляет содержание философского дискурса [2, с. 51].

Результаты и их обсуждение

В связи с тем, что в отношении термина «правосознание» была выявлена потеря «лексического понятия из-за чрезмерно частого употребления», при которой «полнозначное слово, которое длительно находится в обращении и не варьируется, оставаясь в постоянно повторяющемся шаблонном контексте, подвергается действию процесса семантической девальвации», произошло содержательное ослабление семантики слова «правосознание» [3, с. 109]. В целях наиболее глубокого обоснования необходимости содержательного различия терминов «правосознание» и «правовое сознание» проведем определение их границ путем семантического и морфологического анализа. Вместе с тем формулировка пределов терминов «правосознание» и «правовое сознание» должна различаться на уровне категории или понятия.

Предварительное уяснение пределов категории или понятия, обозначающих процессы интериоризации правовой информации, будет способствовать тому, чтобы точный смысл, тождественный для обоих контрагентов коммуникации, мог быть достигнут при соблюдении определенного минимума интерперсональной точности и терминологической очерченности в употреблении самих выражений (терминов) [3, с. 115]. При анализе категории нужно установить то, что называется парадигмой, а при анализе понятия – стандартный случай употребления выражения. В случае двусмысленности поверхностное многообразие применений данного понятия показывает, что следует провести различие между определением общего термина и заданием критериев его применения в разных диапазонах случаев.

Что касается слова «правосознание», то оно является сложным: состоит из двух корней: *прав-* и *созна-*. Кроме того, ударение падает на второй корень, образующий слово «сознание», в то время как первая часть слова *прав-* трактуется в зависимости от контекста: конкретной философской парадигмы, содержания доминирующего правовопонимания, предметной области исследований, в которой затронуты проблемы правосознания.

В частности, первый корень при образовании сложного слова «правосознание» может подразуме-

вать старославянское слово «правъ», а также быть сокращенным вариантом существительных «право», «правило» либо прилагательных «правильный», «правовой», глагола «править», «управлять», «направлять» и ряда других частей речи. В соответствии с этим возможна вариативность значения термина «правосознание» и неясность сфер, отраслей, методов его предметного научного осмысления. На данном основании считаем, что, с одной стороны, эвристически оправданным является использование термина «правосознание» в философском категориальном аппарате, характеризующем феномены на метанаучном предельно абстрактном уровне, связанном с поиском идеальных форм государства и права в контексте конкретной философской парадигмы. Одновременно происходит абстрагирование от признаков динамичности и индивидуальности, присущих рассматриваемому феномену. Обязательный учет контекстуальности указанной категории будет обеспечивать границы ее анализа заранее определенной философской парадигмой.

С другой стороны, правосознание оправданно включать в предметную отрасль фундаментальных сфер юридической науки. В таком случае оно рассматривается на научно-категориальном уровне, который допускает высокую степень обобщения. Предметность правосознания определяется за пределами (макроанализ) или внутри выбранной правовой системы по различным критериям: значительного количества и (или) специфического статуса его носителей (работников органов внутренних дел, судей), национальной идентичности (национальное правосознание, «правосознание новых европейских народов» [17, с. 128]), трансформации на конкретном историческом этапе. Контекстуальность данного термина обусловлена содержанием правовопонимания и типологических особенностей правовой семьи, в которой проявляется данный феномен, обеспечивая ее динамику.

В свою очередь, словосочетание «правовое сознание», характеризующееся на понятийном уровне, имеет ряд существенных признаков, свойственных сознанию, но с особенностями, детерминированными юридической сферой. Его изучение предпо-

лагает низкий уровень обобщения, ограничиваясь проблемами восприятия правовой информации и ее интериоризации на уровне индивида (индивидов) как участника (участников) правоотношения либо субъекта (субъектов) правонарушения, а также частноправовой сферой его выражения. Семантически в нем смысловое ударение делается на слово «правовое», подчеркивая специфичность сознательной деятельности именно в правовой сфере, благодаря чему четко прослеживаются главный и зависимый компоненты. Приведенное словосочетание допускает возможность поменять местами слова, смещая смысловые акценты, например, с «правового сознания» на «сознание права».

В таком случае актуализируются этимология и смысловое значение ключевого в словосочетании «правовое сознание» слова «сознание», значение которого сводится к уяснению физиологических, когнитивных, психических характеристик отдельного человека, подчеркивается индивидуальность правосознания как специфического процесса, протекающего у конкретного субъекта. Однако при этом приставка *со-*, размещаемая перед частью *знание*, подразумевает совместность, общность знания, а также процессы, дающие оценку объединению субъектов на его основе. Методологические проблемы соотношения знания права и его «сознания» рассмотрены в отдельном исследовании сквозь призму изучения юридической презумпции знания закона и проблем, связанных с ее реализацией [19, с. 110–115]. Термин «правовое сознание» контекстуально определен сведениями об эмоциях и психике, а также правовым воздействием на них.

Таким образом, приведенное сопоставление элементов сложного слова, когда каждая его часть не может быть самостоятельно использована, и компонентов аналогичного по форме, но не по содержанию словосочетания, в случае независимого применения каждой части приводит к выводу о том, что лингвистически неверно отождествление терминов «правосознание» и «правовое сознание». Произошедшее свертывание словосочетания, т. е. универбализация, привело не к их полному смысловому совпадению и семантической однородности, а к более высокой степени абстрактности и безграничности созданного философской концепцией термина «правосознание», механический, внеконтекстуальный перенос которого в понятийную часть юридической науки уже утрачивает свой эвристический потенциал.

Осуществляя попытку сформулировать принципы номиналистского определения феномена осознания социально-правовой действительности, отметим, что при философской его характеристике ключевым признаком правосознания была признана форма отражения, что свойственно материалистическому пониманию сознания. Однако при этом термин «отражение» встречается и в опре-

делении сознания исследователями психологического профиля. При указанном внешнем сходстве философской и психологической характеристик сознания следует обращать внимание на то, что психология определяет сознание не просто в качестве механического отражения, а как «высший уровень психического отражения и регуляции» поведения человека [20, с. 72]. Данное отражение не является зеркальным, механическим и пассивным копированием мира – психическое отражение представляет собой усвоение (интериоризацию) и активную обработку поступающей извне информации индивидуально каждым носителем сознания.

В то время как отражательная функция характерна не только человеческому, но и другим живым организмам, только человек способен сформировать свою я-концепцию, которая заключается в совокупности представлений субъекта о самом себе, окружающей среде и своей роли в ней, на основании чего человек обладает способностью самостоятельно, без воздействия внешних раздражителей, регулировать поведение [20, с. 73], что специфически проявляется в правовом сознании.

Если сознание в целом предполагает регуляцию (саморегулирование), то правовое сознание – это процесс сложного сочетания внешних, в том числе юридических, и внутренних (саморегулирование) императивов при их интериоризации. Данное сочетание строго индивидуально в связи с физиологическими, психическими особенностями человека. Вместе с тем динамика правового сознания обладает закономерностями, юридически предопределяемыми методами правового регулирования и проявляющимися в правовом поведении. Например, в брачно-семейных отношениях для одного субъекта выполнение родительских функций осознается как право, при этом о нем обычно говорят, что он «сознательный» родитель; для другого субъекта – как обязанность, которую налагают на него нормы семейного законодательства, влияя на сознание путем правового воздействия, в результате которого появляется переживание «в качестве сознания нашего долженствования – права другого» [17, с. 129]. Однако в результате оба родителя будут в своем правовом поведении выполнять в среднем примерно схожие функции по отношению к своему ребенку.

«Способность правовой, императивно-атрибутивной психики вызывать относительную общность и неуклонность соблюдения и соответствующих правил социального поведения следует признать великим достоинством и преимуществом... перед нравственной психикой» [17, с. 128]. Выражая большое сомнение касательно «великого преимущества» правовых эмоций перед нравственными, согласимся с тем, что правовое сознание действительно обеспечивает «относительную общность», получая выражение в относительно массовом,

типичном правовом поведении, когда большой интерес исследователя правового сознания представляет исключительное, нетипичное поведение носителя правового сознания. В связи с этим именно правовое сознание, характеризующее индивидуальностью при его интериоризации и коллективностью, определяющей схожесть в экстериоризации, должно рассматриваться на высоком и низком уровнях обобщения.

Интериоризация правовым сознанием внешних и внутренних императивов обусловлена методами правового регулирования. Применение диспозитивного метода предполагает преимущественно саморегулирование на основе осознания обязательств. При императивном методе правового регулирования доминирует внешнее регулирование, предусматривающее осознанные взаимные обязанности.

Динамика правового сознания обусловлена признаком его интенциональности. Если сознание направлено на определенный предмет, то правовое сознание – еще и на опосредующую его норму права. Будучи видом сознания как родового явления, правовое сознание сначала интенционно направлено на предметы окружающего мира, однако, если в отношении их не срабатывает механизм саморегулирования, интенция смещается на догматические юридические источники как конечную инстанцию. Субъекты «фактически приписывают себе или другим разные права и обязанности правового типа не потому, что так написано в законе, а потому, что так подсказывает им их “интуитивно-правовая совесть”. Они обычно и не знают о существовании этого закона, но в случае разногласий

и споров, притом особенно серьезных и не поддающихся разрешению без обращения к законам и судам, они переходят с почвы интуитивного на почву позитивного права» [17, с. 87].

Интенциональность правового сознания в дальнейшем обуславливает его изучение, не сводимое к анализу в самом себе. «Сознание не может рассматриваться как замкнутое в самом себе: оно должно проявляться в деятельности (принцип “размывания” круга сознания)», в связи с чем и правовое поведение нельзя рассматривать в отрыве от правового «сознания человека (принцип единства сознания и поведения)» [20, с. 127].

Динамика правового сознания характеризуется также различной степенью его напряженности и обусловлена потребностями его субъекта-носителя. Причем фактически напряженность правосознания опосредованно констатировал еще Л. И. Петражицкий, именуя ее активным правосознанием [17, с. 131]. Напряженность правового сознания – это состояние объективной нуждаемости его носителя в чем-то, находящемся вне его. Представляется, что констатируемую И. А. Ильиным «смутность, сбивчивость, непредметность и слабость» правосознания, создающее «непредметное», т. е. дурное, неверное, несправедливое, не соответствующее своему прообразу «положительное право» [1, с. 21] можно отнести именно к феномену слабой напряженности правового сознания. Кроме того, она будет зависеть от каузальности или некаузальности правового сознания, т. е. его интенциональности на конкретный юридический случай либо на правовые феномены в целом.

Заключение

В целях научного изучения явлений, связанных с осмыслением информации о социально-правовой действительности, необходимо разграничение правосознания на понятийном и категориальном уровнях, а также разделение правосознания в качестве предмета научного изучения (феномена) от аналогичной метанаучной философской категории. Научный уровень изучения феномена осмысления социально-правовой действительности тоже должен подвергаться градуации, формально проявляющейся в разделении терминов «правосознание» и «правовое сознание».

С содержательной точки зрения категорию «правосознание» методологически допустимо вводить в область философского знания, направленного на решение мировоззренческих вопросов бытия и сознания и основанных на этом идеалов общества, государства и права в контексте определенной философской парадигмы. Например, И. А. Ильин естественное правосознание трактует как констатацию правосознания в статике в качестве компонента

фиксированной идеальной картины мира на фоне определенного философского учения.

Категория правосознания, допускающая высокую степень обобщения при ее формулировке, может быть включена в аппарат научного знания фундаментального уровня при условии обязательного указания на взятый за основу тип правопонимания и соответствующее семантическое значение составных частей термина, влияющее на интерпретацию данного сложного слова с учетом конкретной предметной области исследований. Например, рассмотрение правосознания в значении законосознания (нормативизм) как чувства справедливости (юснатурализм), легитимирующего правовые новации, государственного правосознания как фактора суверенитета, экологического правосознания как предпосылки реализации права на благоприятную окружающую среду и т. д. При исследовании, направленном на правовое сознание, сбор эмпирических данных является явно недостаточным – нужен анализ собранного мате-

риала, сведенного в систему и демонстрирующего пространственно-временные особенности трансформации правосознания. Здесь динамичность правосознания обусловлена изменениями, происходящими с теми социальными и юридическими институтами, на которые оно направлено интенционально. Описанный контекст необходим: без его изучения невозможна научно-содержательная характеристика правосознания. В частности, с изменением закона имеет место динамика правосознания, с пересмотром моральных принципов меняются и иррациональная оценка справедливости правовых новаций, и состояние окружающей среды. Последнее влечет трансформацию в осознании ценности экологических прав.

Понятие «правовое сознание» характеризуется низкой степенью обобщения. Это индивидуальный физиологический, когнитивный и эмоциональный процессы восприятия и психического отражения правовой действительности, средство внутренней регуляции поведения и обязательное условие внешнего правового регулирования поведения (де-

еспособности, деликтоспособности). Его понятие формируется при помощи прикладных исследований, проводимых на междисциплинарном уровне, при этом методы психологии адаптируются под специфические особенности предмета и учитываются современные данные из отраслевых наук, конфликтологии, социологии, психиатрии. Например, посредством данной степени обобщения методологически продуктивно изучать правосознание преступника, совершающего повторное правонарушение, правосознание участника общественного обсуждения проекта нормативного правового акта. В таком случае динамика правосознания сводится к его темпоральности, во многом обеспечиваемой формализацией различных процедур: исполнения наказания, регистрации сделки, подготовки и принятия нормативного правового акта, образовательного процесса. Контекст содержания термина «правовое сознание» обусловлен степенью формализации его выражения, методом правового регулирования, соответствующими эмоциями и знаниями.

Библиографические ссылки

1. Ильин ИА. *О сущности правосознания*. Москва: Рарогъ; 1993. 235 с.
2. Пермьяков ЮЕ. *Философские основания юриспруденции*. Самара: Самарская гуманитарная академия; 2006. 248 с.
3. Комлев НГ. Границы точности термина в разных науках. В: *Проблемы взаимосвязи общественных и гуманитарных наук*. Москва: Издательство Московского университета; 1987. с. 103–117.
4. Фуллер ЛЛ. *Мораль права*. Данилова Т, переводчик. Москва: ИРИСЭН; 2007. 308 с.
5. Касаткин СН. Словоупотребление и правовая теория. Язык юридической догматики. *Вопросы экономики и права*. 2009;4:44–49.
6. Касаткин СН. Юспозитивистская интерпретация правосознания в современной российской юриспруденции. *Актуальные проблемы правоведения*. 2005;3:32–36.
7. Байниязов РС. Философия правосознания: постановка проблемы. *Правоведение*. 2001;5:12–23.
8. Жуков ВН. Правосознание: философский анализ. *Государство и право*. 2019;11:18–32. DOI: 10.31857/S013207690007467-5.
9. Алексеев СС. *Теория права*. 2-е издание. Москва: БЕК; 1995. 320 с.
10. Матарас ВН. Предмет и объект теории государства. *Вестник Полоцкого государственного университета. Серия D. Экономические и юридические науки*. 2017;5:119–122.
11. Скловский КИ. *Собственность в гражданском праве*. 5-е издание. Москва: Юрайт; 2020. 1016 с.
12. Харт ГЛА. *Философия и язык права*. Москва: Канон+; 2017. 384 с.
13. Sarat A. The law is all over: power, resistance and the legal consciousness of the welfare poor. *Yale Journal of Law the Humanities*. 1990;2:343–379.
14. Cowan D. Legal consciousness: some observations [Internet]. *The Modern Law Review Limited*. 2004 [cited 2019 October 10];67(6). Available from: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/legal-consciousness-some-observations-97.pdf>.
15. Smith A. The bunk house rules: a materialist approach to legal consciousness in the context of migrant workers' housing in Ontario [Internet]. *Osgoode Hall Law Journal*. 2015 [cited 2019 October 10];52(3):864–904. Available from: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2958&context=ohlj>.
16. Тарасов НН. *Методологические проблемы юридической науки*. Екатеринбург: Издательство гуманитарного университета; 2001. 264 с.
17. Петражицкий ЛИ. *Теория права и государства в связи с теорией нравственности*. Санкт-Петербург: Лань; 2000. 608 с.
18. Покровский ИА. *Основные проблемы гражданского права*. Москва: Статут; 1998. 353 с.
19. Вершок ИЛ. Теоретико-правовые вопросы соотношения правового сознания и правового знания. *Вестник Полоцкого государственного университета. Серия D. Экономические и юридические науки*. 2019;6:110–115.
20. Маклаков АГ. *Общая психология*. Санкт-Петербург: Питер; 2003. 584 с.

References

1. Il'in IA. *O sushchnosti pravosoznaniya* [About the essence of legal consciousness]. Moscow: Rarog; 1993. 235 p. Russian.
2. Permjakov JuE. *Filosofskie osnovaniya yurisprudentsii* [Philosophical foundations of jurisprudence]. Samara: Samara Humanitarian Academy; 2006. 248 p. Russian.

3. Komlev NG. [The boundaries of the accuracy of the term in different sciences]. In: *Problemy vzaimosvyazi obshchestvennykh i gumanitarnykh nauk* [Problems of the relationship of social and human sciences]. Moscow: Moscow University Press; 1987. p. 103–117. Russian.
4. Fuller LL. *The morality of law*. London: Yale University Press; 1964. 202 p.
Russian edition: Fuller LL. *Moral' prava*. Danilova T, translator. Moscow: IRISEN; 2007. 308 p.
5. Kasatkin SN. Language use and legal theory. Language of legal dogmatics. *Voprosy ekonomiki i prava*. 2009;4:44–49. Russian.
6. Kasatkin SN. [Yuspositivistic interpretation of legal consciousness in modern Russian jurisprudence]. *Aktual'nye problemy pravovedeniya*. 2005;3:32–36. Russian.
7. Bajnijazov RS. [Philosophy of legal consciousness: statement of the problem]. *Pravovedenie*. 2001;5:12–23. Russian.
8. Zhukov VN. Legal consciousness: philosophical analysis. *Gosudarstvo i pravo*. 2019;11:18–32. Russian. DOI: 10.31857/S013207690007467-5.
9. Alekseev SS. *Teoriya prava* [Theory of law]. 2nd edition. Moscow: Publishing House BEK; 1995. 320 p. Russian.
10. Mataras VN. The subject and object in the theory of the state. *Vestnik Polotskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya D. Ekonomicheskie i yuridicheskie nauki*. 2017;5:119–122. Russian.
11. Sklovskij KI. *Sobstvennost' v grazhdanskom prave* [Property in civil law]. 5th edition. Moscow: Yurait; 2020. 1016 p. Russian.
12. Hart GLA. *Filosofiya i yazyk prava* [Philosophy and language of law]. Moscow: Kanon+; 2017. Russian.
13. Sarat A. The law is all over: power, resistance and the legal consciousness of the welfare poor. *Yale Journal of Law the Humanities*. 1990;2:343–379.
14. Cowan D. Legal consciousness: some observations [Internet]. *The Modern Law Review Limited*. 2004 [cited 2019 October 10];67(6). Available from: <https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/legal-consciousness-some-observations-97.pdf>.
15. Smith A. The bunk house rules: a materialist approach to legal consciousness in the context of migrant workers' housing in Ontario [Internet]. *Osgoode Hall Law Journal*. 2015 [cited 2019 October 10];52(3):864–904. Available from: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2958&context=ohlj>.
16. Tarasov NN. *Metodologicheskie problemy yuridicheskoi nauki* [Methodological problems of legal science]. Ekaterinburg: Publishing House of the University of Humanities; 2001. 264 p. Russian.
17. Petrazhickij LI. *Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriei nrvstvennosti* [The theory of law and the state in connection with the theory of morality]. Saint Petersburg: Lan'; 2000. 608 p. Russian.
18. Pokrovskij IA. *Osnovnye problemy grazhdanskogo prava* [The main problems of civil law]. Moscow: Statut; 1998. 353 p. Russian.
19. Viarshok IL. Theoretical and legal issues of correlation legal consciousness and legal knowledge. *Vestnik Polotskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya D. Ekonomicheskie i yuridicheskie nauki*. 2019;6:110–115. Russian.
20. Maklakov AG. *Obshchaya psikhologiya* [General psychology]. Saint Petersburg: Piter; 2003. 584 p. Russian.

Статья поступила в редколлегию 16.06.2020.
Received by editorial board 16.06.2020.

МИР-СИСТЕМНЫЙ АНАЛИЗ В МЕТОДОЛОГИИ ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

С. А. КАЛИНИН¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Обосновывается идея о необходимости расширения методологического аппарата юриспруденции познавательными феноменами, позволяющими рассматривать государство и право в качестве историкоразмерных элементов внешних социальных систем. Выдвигается тезис о том, что данным требованиям соответствует концепция мир-системного анализа, возникшая в рамках неомарксизма и представленная в русскоязычной постсоветской науке двумя основными направлениями: развитием идей западных ученых и собственными концептуальными изысканиями. Описываются исходные методологические аксиомы, а также характеризуется эвристический потенциал данного подхода.

Ключевые слова: методология юриспруденции; мир-системный анализ; либеральная геокультура.

WORLD-SYSTEM ANALYSIS IN THE METHODOLOGY OF THEORETICAL JURISPRUDENCE

S. A. KALININ^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The author of the article substantiates the idea of the necessity to expand the methodological apparatus of jurisprudence by cognitive phenomena that allow us to consider the state and law as historical and dimensional elements of external social systems. The thesis that the world-system analysis concept, which arose within the framework of neo-Marxism and is presented in Russian-speaking post-Soviet science by two main directions, representing both the development of ideas of Western scientists and their own conceptual research, meets these requirements, is put forward. The initial methodological axioms are described, and the heuristic potential of the world-system analysis is also described.

Keywords: methodology of jurisprudence; world-system analysis; liberal geoculture.

Введение

Современные процессы развития государства и права, осложненные глобальным кризисом и качественно новыми, ранее не прогнозируемыми вызовами, обуславливают необходимость иных методологических подходов к познанию юридических феноменов. Одним из требований к таким подходам, на наш взгляд, является рассмотрение государства и права в историко-динамическом измерении в качестве элементов внешних глобальных систем. Полностью названному требованию соответствует *мир-системный анализ* (*world-systems research*). Данная методологическая стратегия, кон-

грунтная постнеклассической научной и управленческой парадигме и имеющая метатеоретический и пандисциплинарный характер, позволяет описывать государство и право, а также детерминировать их закономерности и феномены в рамках предельного, имеющего глобальное измерение термина «мир-система» (*world-system*). Однако само использование мир-системного анализа для познания государства и права нуждается в осмыслении эвристического потенциала данного феномена и выявлении исходных принципов познания и описания объективной реальности.

Образец цитирования:

Калинин С.А. Мир-системный анализ в методологии теоретической юриспруденции. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:14–23.

For citation:

Kalinin SA. World-system analysis in the methodology of theoretical jurisprudence. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:14–23. Russian.

Автор:

Сергей Артурович Калинин – кандидат юридических наук, доцент; заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета.

Author:

Sergey A. Kalinin, PhD (law), docent; head of the department of theory and history of state and law, faculty of law. kalinin@bsu.by

Материалы и методы исследования

Использование мир-системного анализа в юриспруденции изначально требует понимания аксиом, характерных для данной методологической стратегии и детерминирующих процесс познания социальных и юридических феноменов. Такими аксиомами целесообразно считать следующие.

1. Мир-системный анализ генетически является макросоциологической, политологической и исторической наукой, возникшей в результате качественного переосмысления и развития историко-материалистической теории К. Маркса и Ф. Энгельса (неомарксизм). Поэтому важнейшей эпистемологической чертой данной стратегии выступает стремление, во-первых, к статусу междисциплинарной альтернативы традиционным социальным наукам и, во-вторых, к пересмотру возникших в XIX в. обществоведческих теорий о структурах знания, представленных идеографической историей и «нотетическим трио» (экономика, политология и социология) [1, с. 168, 259–262].

2. Объектом мир-системного анализа является *мир-система*, т. е. пространственно-временной континуум, проходящий определенные стадии развития, охватывающий объединенные общими идеями и ценностями политические и культурные элементы, которые невозможно рассматривать по отдельности, понимающий себя в качестве всего мира, даже не будучи таковым географически. Мир-система – это долговременная крупномасштабная общность (целостность), характеризующаяся разделением труда, организующими принципами, институтами, культурными структурами, внутренними противоречиями, определенной пространственно-временной автономией. Она является относительно автономной от внешних сил и самоорганизующейся *системой*, функционирование которой объяснимо в основном с позиции ее внутренней динамики и исторически изменяющихся характеристик. Изучение мир-системы как целостности позволяет *одновременно* учитывать характеризующие ее параметры и процессы – цикличность и линейность, закономерность и уникальность (технологические уклады, географические факторы и т. д.), структуру и функции – взятые в конкретном социокультурном и историческом измерении, в рамках спиралевидного и необратимого восстановления, развития и преодоления заложенных в мир-системе противоречий.

3. В мир-системном анализе объективно представлены взаимообусловленные западная и постсоветская традиции (направления). При этом возникновение последней лишь после распада СССР связано с советской догматизацией марксизма. Данные традиции различаются предпосылками артикуляции себя как методологических явлений,

исходными аксиомами описания мир-системы, а также охватом включаемых в нее феноменов. Для мир-системного анализа в целом характерно совпадение принципов и подходов к познанию взятой в предельном измерении реальности при отсутствии единого устоявшегося концептуально-понятийного аппарата, что в постсоветской науке одновременно осложняется особенностями перевода. Так, в русскоязычной науке данное направление именуется в переводной литературе как «миросистемный анализ» (в первую очередь в работах И. Валлерстайна), а в собственно постсоветских исследованиях – как «мир-системный анализ». Второе наименование будет использоваться нами.

4. Западная традиция мир-системного анализа, зародившаяся в 1960–70-х гг. и представленная трудами Дж. Арриги (*Giovanni Arrighi*) [2; 3], Ф. Броделя (*Fernand Braudel*) [4; 5], И. Валлерстайна (*Immanuel Wallerstein*) [1; 6–9], А. Г. Франка (*Andre Gunder Frank*)¹ и иных ученых, в основном характеризуется подчеркнутым экономическим детерминизмом и связью доминирующего типа производства с пространственной организацией публичной власти, социальными структурами, нормирующими институтами и ценностями. В данной традиции основным объектом исследования является *современная капиталистическая мир-система*, которая зародилась в XVI в. в Западной Европе в качестве локальной цивилизации и, постепенно включив в себя иные цивилизационные модели, стала единственной глобальной исторической системой, достигнув к настоящему времени состояния пределов своего бытия [5; 9]. Такой локально-географический генезис позволяет применять к ее описанию термины, соотносимые с цивилизационным подходом (западная, техногенная, инновационная цивилизация, цивилизация модерна (модернити) и т. д.).

Мир-система возникает как результат внедрения социальных инноваций, организации глобальной экономики, а также разрешения существующих социальных противоречий в рамках мировоззренческих стереотипов, порождающих (детерминирующих) конкретные формы социального бытия. Это позволяет типологизировать мир-системы на основе критерия наличия либо отсутствия единого политического центра на *мир-империи* (*world-empire*) и *мир-экономике* (*world-economy*). Отметим, что при переводе работ И. Валлерстайна понятие *world-economy* передается и как «мир-экономика», характеризующая часть мира или весь мир, являющийся единым экономическим целым (и где, что не менее важно, именно экономика является ведущей сферой социальной деятельности), и как «мироэкономика», т. е. «мир-экономика», распро-

¹Франк А. Г., Джиллс Б. К. Пять тысяч лет мировой системы в теории и практике [Электронный ресурс] / пер. С. А. Евтушенко, С. В. Жигжитов. URL: <http://www.worldpolit.ru/> (дата обращения: 27.08.2014).

странившаяся географически на весь земной шар [10, с. 11–12]. Ф. Бродель использует термины «мировая экономика» (экономика мира, взятого в целом) и «мир-экономика» (экономика части планеты в той мере, в какой она образует экономически единое целое) [4, с. 85].

5. На постсоветском пространстве обращение к мир-системному анализу стало возможным лишь после утраты монополии вульгаризированного марксизма в рамках нелиберального направления научного познания. Это обусловило формирование двух взаимосвязанных направлений в рамках данного подхода в постсоветской науке: 1) развития западных идей² [11; 12]; 2) собственных концептуальных исследований [13–18]. Характерное для постсоветской традиции развитие методологического инструментария проявилось в том числе и в становлении категориального аппарата и написании с прописной буквы исходной категории – *Мир-Системы*, под которой понимается, во-первых, термин, «с помощью которого описывается обладающая системными характеристиками предельная совокупность человеческих обществ, заметным образом прямо или опосредованно связанных между собой»; во-вторых, предельная в рамках реально-материального, а не абстрактного (историко-системного) развития, сверхсложная, многоуровневая, многомерная и многоаспектная система единого исторического феномена («Афроевразийской Мир-Системы»), образованная посредством совокупности постоянно усложняющихся инновационных решений, направленных на обеспечение выживания человечества в целом, где экономика является важным, но не единственным фактором [13, с. 7–35].

По сути, выделенные направления мир-системного анализа следует соотносить как частное и общее. Так, западная традиция обращена в первую очередь на познание собственной цивилизации с последующим распространением (зачастую некорректным) выработанного инструментария на иные сообщества, пространства и исторические эпохи. Постсоветская же традиция стремится ох-

ватить все развитие человечества, а также выработать собственный, отличный от западного научного дискурса инструментарий, что обуславливает изначальное глобальное рассмотрение *Мир-Системы*, включающей современную мир-систему в качестве этапа своего развития [13; 16; 17, с. 35–39].

Нашей целью является определение методологических принципов и аксиом, в рамках которых осуществляется познание детерминированного социальными инновациями и типом производства локального и глобального бытия государства и права. При этом в конгруэнтной мир-системному анализу логике могут рассматриваться и иные факторы, детерминирующие бытие государства и права в глобальном мире, изучаемые при помощи других методологических феноменов [15; 19–22]. Воздействие таких феноменов на государство и право проявляется лишь при достижении глобального (панрегионального) уровня обобщения, что обуславливает избыточность мир-системного анализа для рассмотрения отдельных проблем отраслей и институтов права. Исключение, по сути, представляют лишь отрасли конституционного права, отражающего ценностно-мировоззренческие стандарты, и экологического права, закрепляющего соответствующие стандарты жизнедеятельности и выживания человечества. Мир-системный анализ применим в большей степени к международному праву и государственному управлению, особенно в контексте целеполагающего историко-перспективного субъектного развития.

Таким образом, мир-системный анализ позволяет согласовывать идеографический и номотетический, логический и исторический методологические подходы, связать воедино в глобальной перспективе географические факторы, длительные исторические процессы и порожденные ими структуры, преодолеть разрыв субъекта и объекта, индивида и общества, человека и объективной реальности, учитывать игнорируемую догматическим восприятием историкоразмерность государства, права и юриспруденции.

Результаты и обсуждение

Мир-системный анализ может быть определен как общее направление исследования, продуктивная крупная концепция, позволяющая «исследовать развитие обществ и крупных надобщественных систем в глобальном временном и пространственном масштабах... выделять в историческом многообразии общие черты и тенденции; определять иера-

рхию причин, влияющих на ход исторического развития, и т. д.» [23, с. 3]; постоянно развивающийся открытый методологический феномен, отличающийся в большей степени критикой иных подходов, расширением объекта своего применения, осуществлением постановки новых проблем, а также сочетанием обобщения и осмысления частных

²Купряшкин И. В. Капиталистическая мир-система и проблемы современности: социально-философский анализ идей и концепций : автореф. дис. ... канд. философ. наук : 09.00.11. Улан-Удэ, 2015. 21 с. ; Михайловский В. С. Неомарксизм: теоретико-методологические основания исследования политики : автореф. дис. ... канд. полит. наук : 23.00.01. Минск, 2015. 24 с. ; Пучковская А. А. Мир-системный подход И. Валлерстайна и его применение в культурологии : автореф. дис. ... канд. культурологии : 24.00.01. СПб., 2015. 33 с. ; Филатова О. Ю. Эволюция современной мир-системы в XX–XXI вв.: сравнительный анализ неомарксистских концепций : автореф. дис. ... канд. полит. наук : 23.00.04. СПб., 2005. 21 с.

[1, с. 265–267]; теория геоисторических изменений и метадисциплинарная альтернатива традиционным социальным наукам, изучающая реальность с позиций глобальности, историчности, монодисциплинарности и холизма [1, с. 260–261].

Глобальность предполагает, что исходным объектом анализа является *мир-система*. *Историчность* (историческая длительность, протяженность), коррелирующая с методологическим принципом *историко-размерности* изучаемого феномена, связывает факт либо суждение о нем с пространством и временем, рассматривает мир-систему как конечно темпоральную историческую систему, вводя в качестве предмета анализа проявляемые в закономерностях временные отрезки бытия структур и процессов мир-системы (генезис, развитие, упадок). *Монодисциплинарность*, в силу взаимозависимости процессов в мир-системе, отражает направленность на изучение реальности (целостности) без разделения ее на самостоятельные независимые и автономные экономическую, политическую и социокультурную сферы. *Холизм* ставит под сомнение границы между науками, требуя их переосмысления и, возможно, отказа от них [7, с. 74–75, 77–78].

Формирование и развитие мир-системы осуществляется согласно законам диалектики в целях выживания человечества в условиях внешних вызовов, а также ставит задачу поиска инновационных решений по организации бытия отдельного социума, направленных на преодоление и (или) сглаживание фундаментальных противоречий мир-системы, проявляющихся на уровне глубинных процессов в рамках циклических колебаний. При этом легитимация и интеграция элементов мир-системы, а также сглаживание противоречий осуществляется посредством *геокультуры*, т. е. самовоспроизводящегося культурного способа организации мирового пространства, культурного давления ядра на периферию и полупериферию в целях обеспечения легитимности сформированного в интересах ядра мирового глобального порядка [6, с. 188–226]; феномена, предопределяющего стратегии инновационного преобразования реальности [24]. Термин «геокультура» в русскоязычной науке также характеризует пространственное бытие уникальных самоорганизуемых субъектов³ [25].

Одновременно противоречия в мир-системе могут преодолеваются путем включения в нее новых сфер и элементов либо новых трактовок существующих феноменов. Так, христианство перевело идею воздаяния и справедливости на уровень загробной жизни, что в рамках божественной сущно-

сти власти позволяло минимизировать социальные противоречия (1-е Пет. 2:13–23, Рим. 13:1–8). Райская судьба гибнущего на пути джихада в исламе стала фактором, повлиявшим на мировую историю [21, с. 23, 297–300]. Достижение противоречиями мир-системы максимума порождает одновременные разнонаправленные процессы, снижающие ее способность к их разрешению за счет внутренних механизмов самоорганизации, при этом решение краткосрочных проблем лишь подрывает систему в долгосрочной перспективе. Например, расширение участия демоса в управлении в Древних Афинах в ходе демократических реформ (Солона, Перикла и т. д.) происходило в рамках кратковременных целей внутриаристократической борьбы, в долгосрочной перспективе приведя к упадку Афин⁴. В результате мир-система, неизбежно снижая способности к самосохранению, движется к собственной качественной нестабильности и хаотичности. Это проявляется в периодических глобальных кризисах, порождающих новый системный порядок, причем жизнеспособность системы может быть поддержана (ослаблена) целенаправленными субъектными действиями [6, с. 24, 110–113, 347, 350, 403, 404].

Вышесказанное требует выявления центрального противоречия конкретной мир-системы, объяснения его причин, следствий и проявлений в различных сферах социального бытия, а также экстраполяции на бытие взятого в исторической длительности субъекта. Таким образом, анализ любой мир-системы включает три взаимосвязанные проблемы: 1) объяснение места и времени возникновения мир-системы; 2) определение главных действующих сил и порожденных ими структур исторической системы, реализующих ее базовые ценности (геокультуру); 3) выявление сущности и качеств противоречий, ведущих к ее упадку [1, с. 172–173].

В рамках западной традиции мир-системного анализа ключевую роль играют такие ранее упомянутые термины, как «мир-империя», «мир-экономика» и «геокультура», взаимообусловлено отражающие мировоззренческое единство глобальной экономики в рамках различных политических пространственно-детерминированных субъектов. На наш взгляд, разделение и противопоставление мир-империи и мир-экономики, которые холистически и диалектически взаимодействуют в рамках сущностно единой *современной капиталистической мир-системы* (мир-экономики), содержательно легитимированной геокультурой либерализма, является недостаточно корректным. В этом ключе допустимы различные подходы (характеристики)

³Градировский С., Межуев Б. Геокультурный выбор России [Электронный ресурс] // Русский Архипелаг: сетевой проект «Русского Мира». URL: http://www.archipelag.ru/geoculture/new_ident/geocultruss/choice/ (дата обращения: 12.10.2013); Цымбурский В. Армагеддон. Горы Македонские [Электронный ресурс] // Рус. журн. URL: <http://old.russ.ru/politics/20011227-tzim.html> (дата обращения: 12.10.2013).

⁴Суриков И. Е. Аристократия и демос: политическая элита архаических и классических Афин. М.: Рус. фонд содействия образованию и науке, 2009. 244 с.

к описанию всех аспектов данной цивилизации. В таком контексте мир-экономика – географически обширная зона, внутри которой в качестве системообразующего фактора выступает некоторое разделение труда, а также обмен товарами, рабочей силой и капиталом. Ф. Бродель указывает на три существенных признака мир-экономики⁵: 1) размещение ее в медленно изменяющихся границах определенного географического пространства; 2) наличие полюса, представленного господствующим городом (город-государство – в прошлом, экономическая столица – в настоящее время); 3) концентрическая структура (срединная, промежуточная и периферийная зоны) [4, с. 117–120]. Политически мир-экономика представлена неразрывной множественностью суверенных государств, входящих в межгосударственную систему (Вестфальская, Венская, Версальская, а также практически разрушенная Ялтинско-Потсдамская система международных отношений) и ведущих борьбу за гегемонию как в мир-экономике, так и в межгосударственной системе [6, с. 95–97]. При этом добиться недолгой гегемонии, т. е. *одновременно* стать географическим центром накопления и концентрации капитала и власти, идеологом доминирующей геокультуры и гарантом миропорядка, удавалось лишь трем державам в результате всемирных «тридцатилетних войн» со сторонниками создания мир-империй (Нидерланды – Тридцатилетняя война против Габсбургов (1618–1648); Великобритания – Наполеоновские войны против Франции (1792–1815); США – военное противостояние с Германией (1914–1945)).

Достижение гегемонии осуществляется за счет эффективности производства, но ее сохранение требует направления ресурсов на *внеэкономические* цели, тогда как иные государства могут уделять внимание экономике. Период гегемонии характеризуется политикой глобального либерализма и противостояния протекционизму, поддержкой парламентаризма, гражданского общества, прав человека и т. д., но при постоянном отступлении от данных принципов в своих интересах. Затратность поддержания гегемонии обуславливает неизбежный упадок победившей державы, проявляемый в силовой реакции на экономический рост иных субъектов [6, с. 347–353], что подтверждается современной политикой США.

Капиталистическая мир-система легитимирована либеральной геокультурой, сущностно вытекающей из ценностно-мировоззренческих традиций Нового времени (модерна) и получившей общеевропейское (Великая французская революция), а затем

всемирное распространение. Либеральная геокультура, кроме признания безграничного накопления, основана на следующих аксиомах: 1) народ, состоящий из обладающих всеобщим избирательным правом и всеобщей воинской обязанностью граждан, является источником власти; 2) инновации, осуществляемые путем социальной инженерии, нормальны и необходимы; 3) политически свободная нация, использующая идеи демократии, прав человека, правового государства и т. д., выбрав либеральный экономический курс развития, достигнет успеха. Однако буквальное применение либеральных идей в межгосударственном масштабе противоречит бесконечности накопления капитала, а реализация либеральных принципов государствами ядра обеспечивается поражением «неграждан» в правах, расизмом и экономической эксплуатацией периферии и полупериферии [1, с. 189, 194, 201–204, 220–223, 363–364].

Данная закономерность обусловлена генезисом либерализма, который возник в контексте пуританской и кальвинистской версии англосаксонского протестантизма, апеллировавшего не только к раннему христианству, но и к ветхозаветным ценностям. Кальвинистская идея об изначальном предопределении человека, проявляемом в земном богатстве либо бедности, наложенная на переосмысление Ветхого Завета [26, с. 375–387], породила феномен христианского (английского) гебраизма, т. е. идею о богоизбранности (особой роли, глобальной ответственности, бремени белого человека и т. д.) народа Британии, несущего свет миру. Эта идея, имманентно включающая принцип двойных стандартов, стала затем неотъемлемой частью гражданской религии США, проявляясь, например, в фетишизации политических структур и социально-исторического опыта США, апологии статуса Америки как «богоизбранной» страны, оправдании ее превосходства над другими⁷. Таким образом, современный либеральный тоталитаризм можно рассматривать как логическое завершение идей английской философии XVI–XVIII вв., отражающих интересы гегемона в мир-системе.

Применительно к капиталистической мир-экономике выделяется шесть базовых принципов и противоречий, которые, по сути, являются закономерностями и внешними феноменами, детерминирующими бытие государства и права:

1) бесконечное накопление капитала как мировоззренческий принцип, подавляющий любые альтернативные и сдерживающие, в том числе культурные, механизмы и объективно ограничиваемый

⁵В данной статье мы используем терминологию в логике И. Валлерстайна, которая отличается от терминологии Ф. Броделя. Однако при цитировании работ последнего нами сохранена его лексика.

⁶Обама Б. Выступление Президента США на 5-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН, 24 сент. 2013 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/484/51/PDF/N1348451.pdf?OpenElement> (дата обращения: 11.10.2013); Задорожнюк И. Е. Гражданская религия в США: социально-философский анализ : автореф. дис. ... д-ра филос. наук : 09.00.11. М., 2008. 52 с.

конечностью Земли как естественной среды обитания человечества⁷ [27; 28], а также всемирным характером идеалов равенства и прав человека, требующим финансирования социальных обязательств. При этом зависящая от устойчивого и постоянно увеличивающегося спроса бесконечность накопления капитала порождает научно-технический прогресс, качественную трансформацию производства, хищническое отношение к экосистеме, непрерывную коммодификацию⁸ и т. д.;

2) наличие основанной на международном разделении труда глобальной экономики (глобального рынка), параметры которой задают объемы производства, степень специализации, формы оплаты работы и т. д.;

3) неравенство в распределении прибыли в силу концентрации определенных видов производства в ограниченных зонах и формирование глобальных товарных цепочек, минимизирующих издержки производства;

4) осевое социальное и географическое разделение труда и трехуровневое присвоение прибавочного продукта (ядро (*core*)⁹, периферия, полупериферия, по Валлерстайну; срединная, промежуточная и периферийная зоны, по Броделю), в котором полупериферия эксплуатирует периферию и одновременно эксплуатируется ядром;

5) существование межгосударственной системы, состоящей из формально суверенных государств различной реальной силы, способных политически создавать (ограничивать) преимущества для определенных групп при всеобщем разделении труда, в краткосрочной перспективе регулируя экономическую деятельность, в долгосрочной – создавая геокультуру [4, с. 57–60; 6, с. 96];

6) порождающие кумулятивный эффект закономерные смены технологических укладов, влекущие за собой перемещение источников прибыли из производственной в финансовую сферы и обратно (циклы Кондратьева, 50–60 лет), и гегемонии в мир-системе (циклы гегемонии, 100–150 лет). Так, для А-периода циклов Кондратьева характерна защита государствами интересов наиболее значительных экономических монополий, которые первыми получают прибыль от нового технологического уклада, а для Б-периода – географическое перемещение видов производств, монополия на которые исчерпала себя, равно как и борьба за контроль над перспективными новыми монополиями. Поэтому переход к новому технологическому укладу всегда сопровождается глобальными кризисами [29, с. 397–400, 717]. Названные колебания обуславливают постоянные медленные географические

сдвиги центров концентрации капиталов и власти, а также важные структурные изменения в направлениях, определяющих исторические тенденции развития мир-системы.

Мир-системный анализ позволяет вводить дополнительные параметры в изучение публичной власти и социального регулирования, сущность которых приобрела новые аспекты в рамках капиталистической мир-системы. Так, вместо имперской (надгосударственной и наднациональной) системы субъектного взаимодействия, существующей, как правило, в рамках религиозно-культурной идентификации населения, стала формироваться новая система суверенных (национальных) государств, представляющих интересы иных взаимопорождаемых самоорганизуемых и саморепрезентуемых структур и институтов (классы, нации и т. д.). Модель современного государства восходит к возникшим в конце XV в. в Испании, Франции и Англии «новым (абсолютным) монархиям», которые посредством суверенитета и взаимопризнания в рамках межгосударственной системы противопоставили себя иным уровням и типам власти, монополизировали налогообложение и регламентацию экономики, осуществили в интересах экономики централизацию и унификацию всех социальных сфер, став институциональным посредником, устанавливающим рыночные ограничения в пользу определенных групп [6, с. 117, 120, 403, 406, 408, 411–413; 7, с. 124]. Это породило долговременную тенденцию постепенного укрепления государственной власти, связанной с циклически самоподдерживающимся экономическим господством, которое включает отчуждение права от социума и превращает право в основной институт управления социумом в интересах капиталистической экономики.

Важной чертой капитализма является его образование преимущественно на вершинных видах экономической деятельности. Согласно утверждению Ф. Броделя, «европейский мир-экономика в 1650 году являет собой соединение, в котором сосуществуют самые разные общества – от уже капиталистического в Голландии до крепостнических и рабовладельческих, стоящих на самой нижней ступени лестницы общественного прогресса. <...> ...Само существование капитализма зависит от этого закономерного расслоения мира: внешние зоны питают промежуточные и, особенно, центральную. <...> Ведь именно Западная Европа как бы вновь “изобрела” и экспортировала античное рабство в Новый Свет, именно ее экономические нужды вызвали вторичное закрепощение крестьян в Восточной Европе» [4, с. 95–102]. Таким образом,

⁷Медоуз Д., Рандерс Й., Медоуз Д. Пределы роста. 30 лет спустя / пер. с англ. Е. С. Оганесян. 3-е изд. М.: Академкнига, 2007. 342 с.

⁸Коммодификация (*commodification*) – возрастание числа разных видов человеческой деятельности, продукты которой отражают денежную стоимость и фактически становятся объектами купли-продажи на рынках.

⁹Понятие *core* может переводиться как «ядро», «центр», «сердцевина».

наличие единого мирового рынка, объективно требующего сочетания капиталистического и некапиталистического, либерального и тоталитарного укладов, эквивалентного и неэквивалентного обмена, наемного и принудительного труда, объясняет тесную связь демократических государств с компрометирующими их диктаторскими странами [30, с. 140–142]. Данная закономерность прекрасно иллюстрируется социально-экономическим и политико-правовым развитием восточноевропейских государств [14; 31, с. 260–289].

Мир-системный анализ позволяет учитывать ряд закономерностей развития современной государственности:

1) преимущественную обусловленность государства и права глобальной экономикой (в силу ужесточения межгосударственной конкуренции за статус главных мест накопления капитала), включающую потребность в усилении государственного регулирования экономики. Это предопределяет давление ядра на иные государства для ослабления их воздействия на экономику [6, с. 361, 397–398; 32], а также активную протекционистскую деятельность (либо ее необходимость) полупериферийных государств в целях изменения структуры производства и места в мировом разделении труда [15; 19]. Вышеизложенное объясняет довоенную политику СССР, направленную на создание индустриальной базы, заложившей основы будущей Победы [33, с. 29–42];

2) аттрактивное тяготение каждого типа государств к определенной культурной гомогенности

(либерализм – для ядра, авторитаризм – для полупериферии, упадок государственности – для колоний) [6, с. 43, 84; 7, с. 96];

3) зависимость силы государств ядра и возможности реализовать идеи демократического правового социального государства от концентрации на соответствующей территории капиталов и высокоприбыльных производств, доступа к мировым ресурсам и упадка государств периферии;

4) качественную трансформацию феномена государственного суверенитета, включающую одновременно как усиление, так и ослабление государственности применительно к различным типам государств. С одной стороны, на необходимость и объективность (в силу процессов глобализации) ограничения суверенитета в пользу наднациональных структур, формирующих условия глобального сотрудничества государств, указывают мыслители государств-бенефициаров глобализации, а также либеральные интеллектуалы иных государств [32; 34]. С другой стороны, мыслители государств полупериферии связывают сохранение и усиление субъектности государств, зачастую идеологически квалифицируемых как авторитарные, с преодолением негативных последствий глобализации, выполнением социальных обязательств и т. д. [35], так как утрата суверенитета снижает уровень безопасности и благосостояния населения, усиливает влияние альтернативных групп и иных государств [6, с. 365–369], переводит их в разряд несостоявшейся государственности [36].

Заключение

Вышеизложенное позволяет сделать следующие выводы.

1. Мир-системный анализ, как метатеоретическая концепция, представленная западной и постсоветской традициями, может использоваться в юриспруденции для изучения государства и права как составных элементов внешних глобальных историко-размерных мировых систем. При этом мир-системный анализ может применяться как самостоятельно, так и в рамках иных методологических стратегий. Мир-системный анализ имеет собственные пределы применимости, будучи адекватным для историкоразмерных исследований, выходящих за пределы отдельных государств, и избыточным для отдельных узкодисциплинарных работ.

2. Мир-системный анализ основан на следующих методологических аксиомах:

а) приоритетность рассмотрения государства как динамической самоорганизуемой системы, взаимодействующей с иными целеполагающими субъектами в рамках его роли в исторической межгосударственной системе (*ядро – периферия – полупериферия*) и реальной способности достигать собственных интересов (влияние на геокультуру, развитие экономики и т. д.), что обуславливает вытекающую из логики доминирующей геокультуры инструментальную природу права;

б) детерминированность политико-правовых феноменов экономическими и инновационными процессами, а также статусом и ролью государства в исторической межгосударственной системе.

Библиографические ссылки

1. Валлерстайн И. *Конец знакомого мира: социология XXI века*. Иноземцев ВИ, переводчик. Москва: Логос; 2004. 368 с.
2. Арриги Дж. *Долгий двадцатый век: деньги, власть и истоки нашего времени*. Смирнов А, Эдельман Н, переводчики. Москва: Территория будущего; 2006. 472 с.
3. Арриги Дж. *Адам Смит в Пекине. Что получил в наследство XXI век*. Менская ТБ, переводчик. Москва: Институт общественного проектирования; 2009. 456 с.

4. Бродель Ф. *Динамика капитализма*. Смоленск: Полиграмма; 1993. 128 с.
5. Бродель Ф. *Материальная цивилизация, экономика и капитализм, XV–XVIII вв.* Афанасьева ЮН, редактор; Куббель ЛЕ, переводчик. 2-е издание. Москва: Весь мир; 2006.
6. Валлерстайн И. *Анализ мировых систем и ситуация в современном виде*. Кудюкин ПМ, переводчик; Кагарлицкий БЮ, редактор. Санкт-Петербург: Университетская книга; 2001. 414 с.
7. Валлерстайн И. *Миросистемный анализ*. Тюкина Н, переводчик. Москва: Территория будущего; 2006. 246 с.
8. Валлерстайн И. *После либерализма*. Гурвиц ММ, переводчик. Москва: Едиториал УРСС; 2003. 256 с.
9. Валлерстайн И. *Мир-система Модерна*. Проценко Н, Черняев А, переводчики, редакторы. Москва: Университет Дмитрия Пожарского; 2016. 552 с.
10. Кагарлицкий БЮ, Кудюкин ПМ. Несколько замечаний в переводе терминов. В: Валлерстайн И. *Анализ мировых систем и ситуация в современном виде*. Кудюкин ПМ, переводчик; Кагарлицкий БЮ, редактор. Санкт-Петербург: Университетская книга; 2001. с. 11–12.
11. Дерлугьян Г. *Как устроен этот мир: наброски на макросоциологические темы*. 3-е издание. Москва: Издательство Института Гайдара; 2017. 381 с.
12. Фисун АА. Світ-системна теорія і сучасні глобальні трансформації (філософія, політологія, соціологія). *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*. 2000;487:34–51.
13. Гринин ЛЕ, Коротаев АВ. *Социальная макроэволюция. Генезис и трансформации Мир-Системы*. Москва: ЛИБРОКОМ; 2009. 566 с.
14. Кагарлицкий БЮ. *Периферийная империя. Россия и миросистема*. 4-е издание. Москва: ЛЕНАНД; 2016. 455 с.
15. Кагарлицкий БЮ. *От империй – к империализму: государство и возникновение буржуазной цивилизации*. Москва: Высшая школа экономики; 2010. 675 с.
16. Фурсов А. *Колокола истории. Часть 1*. Москва: ИНИОН; 1996. 180 с.
17. Чешков МА. *Глобальный контекст постсоветской России. Очерки теории и методологии мироцелостности*. Москва: Научно-образовательный форум по международным отношениям; 2005. 224 с.
18. Цыганков ВВ. Миросистемный анализ: «твердое ядро» и «защитный пояс». *Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология*. 2012;4:95–101.
19. Андерсон П. *Родословная абсолютистского государства*. Курилла И, переводчик. Москва: Территория будущего; 2010. 512 с.
20. Мак-Нил У. *В погоне за мощью. Технология, вооруженная сила и общество в XI–XX веках*. Ованнисян Т, переводчик; Нефедов СА, редактор. Москва: Территория будущего; 2008. 456 с.
21. Нефедов СА. *Факторный анализ исторического процесса. История Востока*. Москва: Территория будущего; 2008. 752 с.
22. Тилли Ч. *Принуждение, капитал и европейские государства, 990–1992 гг.* Менская ТБ, переводчик. Москва: Территория будущего; 2009. 328 с.
23. Гринин ЛЕ, Коротаев АВ. Макроэволюция и мир-система: новые грани концептуализации. *История и современность*. 2008;1:3–31.
24. Ахромеева Т, Малинецкий Г, Посашков С. Современная экономика. Взгляд с позиций компьютерного моделирования и системного анализа. *Безопасность Евразии*. 2002;2:22–27.
25. Замятин Д. *Геокультура: образ и его интерпретации*. *Вестник Евразии*. 2002;2:5–17.
26. Кальвин Ж. *Наставление в христианской вере. Том 2, книга 3*. Бакулов АД, переводчик. Москва: Издательство Российского государственного гуманитарного университета; 1998. 479 с.
27. Медоуз ДХ, Медоуз ДЛ, Рэндерс Й, Беренс Ш ВВ. *Пределы роста*. Кавтарадзе ДН, редактор. Москва: Издательство МГУ; 1991. 205 с.
28. Пестель Э. *За пределами роста*. Нетесов ЕВ, переводчик; Гвишиани ДМ, редактор. Москва: Прогресс; 1988. 268 с.
29. Кондратьев НД. *Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения*. Москва: Экономика; 2002. 765 с.
30. Делёз Ж, Гваттари Ф. *Что такое философия?* Зенкин СН, переводчик. Москва: Институт экспериментальной социологии; 1998. 288 с.
31. Доўнар-Запольскі МВ. *Дзяржаўная гаспадарка Вялікага Княства Літоўскага пры Ягелонах*. Мінск: Беларуская навука; 2009. 759 с.
32. Омае К. *Упадок национального государства: становление региональных экономик*. Москва: Европа; 2009. 336 с.
33. Сталин ИВ. О задачах хозяйственников: Речь на Первой Всесоюзной конференции работников социалистической промышленности, 4 февраля 1931 г. В: Сталин ИВ. *Сочинения. Том 13*. Москва: Государственное издательство политической литературы; 1951. с. 29–42.
34. Сорос Дж. *О глобализации*. Башкиров А, переводчик. Москва: ЭКСМО; 2004. 219 с.
35. Гринин Ю. Национальные государства в эпоху неолиберальной глобализации. *Человек вчера и сегодня: междисциплинарные исследования*. 2009;3:140–158.
36. Подвинцев ОБ. Идея «несостоявшихся государств» в российском постимперском контексте. *Научный ежегодник Института философии и права УрО РАН*. 2007;7:204–214.

References

1. Wallerstein I. *The end of the world as we know it: social science for the twenty-first century*. London: University of Minnesota Press; 2003. 355 p.
Russian edition: Wallerstein I. *Konets znakomogo mira: sotsiologiya XXI veka*. Inozemtsev VI, translator. Moscow: Logos; 2004. 368 p.
2. Arrighi G. *The long twentieth century: money, power, and the origins of our times*. London: Verso; 1994. 470 p.
Russian edition: Arrighi G. *Dolgi dvadtsatyi vek: den'gi, vlast' i istoki nashogo vremeni*. Smirnov A, Edelman N, translators. Moscow: Territoriya budushchego; 2006. 472 p.

3. Arrighi G. *Adam Smith in Beijing. Lineages of the 21st century*. London: Verso; 2007. 372 p.
Russian edition: Arrighi G. *Adam Smit v Pekine. Chto poluchil v nasledstvo XXI vek*. Menskaya TB, translator. Moscow: Institute of Public Design; 2009. 456 p.
4. Braudel F. *La dynamique du capitalisme*. Paris: Arthaud; 1985. 122 p.
Russian edition: Braudel F. *Dinamika kapitalizma*. Smolensk: Polygram; 1993. 128 p.
5. Braudel F. *Civilization matérielle, économie et capitalisme, XV^e–XVIII^e siècle*. Paris: Armand Colin; 1967–1979. Tomes 1–3.
Russian edition: Braudel F. *Material'naya tsivilizatsiya, ekonomika i kapitalizm, XV–XVIII vv.* Afanas'ev YuN, editor; Kubel LE, translator. 2nd edition. Moscow: Ves' mir; 2006. Volumes 1–3.
6. Wallerstein I. *Modern world-system in the longue duree*. New York: Routledge; 2015. 256 p.
Russian edition: Wallerstein I. *Analiz mirovykh sistem i situatsiya v sovremennom vide*. Kudyukin PM, translator; Kagarlitskii BYu, editor. Saint Petersburg: University Prince; 2001. 414 p.
7. Wallerstein I. *World-systems analysis: an introduction*. London: Duke University Press; 2004. 105 p.
Russian edition: Wallerstein I. *Mirosistemnyi analiz*. Tyukin N, translator. Moscow: Territoriya budushchego; 2006. 246 p.
8. Wallerstein I. *After liberalism*. New York: The New Press; 1995. 272 p.
Russian edition: Wallerstein I. *Posle liberalizma*. Gurvits MM, translator. Moscow: URSS editorial; 2003. 256 p.
9. Wallerstein I. *The Modern world-system*. Berkeley: University of California Press; 2011. 440 p.
Russian edition: Wallerstein I. *Mirosistemnyi analiz*. Protsenko N, Chernyaeva A, translators and editors. Moscow: University of Dmitry Pozharsky; 2016. 552 p.
10. Kagarlitskii BYu, Kudyukin PM. [A few comments on the translation of terms]. In: Wallerstein I. *Analiz mirovykh sistem i situatsiya v sovremennom vide* [World-systems analysis: an introduction]. Kudyukin PM, translator; Kagarlitskii BYu, editor. Saint Petersburg: Universitetskaya kniga; 2001. p. 11–12. Russian.
11. Derlug'yan G. *Kak ustroen etot mir: nabroski na makrosotsiologicheskie temy* [How is this world: outline on macro-sociological topics]. 3rd edition. Moscow: Publishing house of the Institute of Gaidar; 2017. 381 p. Russian.
12. Fisun AA. [World-system analysis as a theory of geohistorical changes (philosophy, political sciences, sociology)]. *Visnik Harkivskogo nacional'nogo universitetu imeni V. N. Karazina*. 2000;487:34–51. Ukrainian.
13. Grinin LE, Korotaev AV. *Sotsial'naya makroevolyutsiya. Genesis i transformatsii Mir-Sistemy* [Social macroevolution. Genesis and transformations of the World-System]. Moscow: LIBROKOM; 2009. 566 p. Russian.
14. Kagarlitskii BYu. *Periferiynaya imperiya. Rossiya i mirosistema* [Peripheral Empire. Russia and the world system]. 4th edition. Moscow: LENAND; 2016. 455 p. Russian.
15. Kagarlitskii BYu. *Ot imperii – k imperializmu: gosudarstvo i vozniknovenie burzhuznoi tsivilizatsii* [From empires to imperialism: the state and the emergence of bourgeois civilization]. Moscow: Higher School of Economics; 2010. 675 p. Russian.
16. Fursov A. *Kolokola istorii. Chast' 1* [Bells of history. Part 1]. Moscow: INION; 1996. 180 p. Russian.
17. Cheshkov MA. *Global'nyi kontekst postsovetskoi Rossii. Ocherki teorii i metodologii mirotselostnosti* [The global context of post-Soviet Russia. Essays on the theory and methodology of world integrity]. Moscow: Nauchno-obrazovatel'nyi forum po mezhdunarodnym otnosheniyam; 2005. 224 p. Russian.
18. Tsygankov VV. World-systems analysis: a «hard core» and protective belt. *Tomsk State University Journal of Philosophy, Sociology and Political Sciences*. 2012;4:95–101. Russian.
19. Anderson P. *Lineages of the absolutist state*. London: Verso; 2013. 576 p.
Russian edition: Anderson P. *Rodoslovnaya absolyutistskogo gosudarstva*. Kurilla I, translator. Moscow: Territoriya budushchego; 2010. 512 p.
20. McNeill W. *The pursuit of power: technology, armed force and society since AD 1000*. Chicago: The University of Chicago; 1982. 389 p.
Russian edition: McNeill W. *V pogone za moshch'yu. Tekhnologiya, voozruchennaya sila i obshchestvo v XI–XX vekakh*. Hovhannisyan T, translator; Nefedov SA, editor. Moscow: Territoriya budushchego; 2008. 456 p.
21. Nefedov SA. *Faktorni analiz istoricheskogo protsessa. Istoriya Vostoka* [Factor analysis of the historical process. History of the East]. Moscow: Territoriya budushchego; 2008. 752 p. Russian.
22. Tilly Ch. *Coercion, capital and european states, AD 990–1992*. Massachusetts: Blackwell Publisher; 1992. 263 p.
Russian edition: Tilly Ch. *Prinuzhdenie, kapital i evropeiskie gosudarstva, 990–1992 gg.* Menskaya TB, translator. Moscow: Territory of the Future; 2009. 328 p.
23. Grinin LE, Korotaev AV. [Macroevolution and the world-system: new facets of conceptualization]. *Istoriya i sovremennost'*. 2008;1:3–31. Russian.
24. Akhromeeva T, Malinetskii G, Posashkov S. [Modern economy. A view from the perspective of computer modeling and systems analysis]. *Bezopasnost' Evrazii*. 2002;2:22–27. Russian.
25. Zamyatin D. [Geoculture: image and its interpretation]. *Vestnik Evrazii*. 2002;2:5–17. Russian.
26. Calvino J. *Institution De La Religion Chrestienne*. Philadelphia: Presbyterian board of publication; 1909. 1734 p.
Russian edition: Calvino J. *Nastavlenie v khristianskoi vere. Tom 2, kniga 3*. Bakulov AD, translator. Moscow: Publishing House of Russian State Humanitarian University; 1998. p. 375–387.
27. Meadows DH, Meadows DL, Randers J, Behrens III WW. *The limits of growth*. New York: Univers Books; 1972. 211 p.
Russian edition: Meadows DH, Meadows DL, Randers J, Behrens III WW. *Predely rosta*. Kavtaradze DN, editor. Moscow: Publishing House of Moscow State University; 1991. 205 p.
28. Pestel E. *The limits of growth*. New York: Potomac Associates; 1972. 205 p.
Russian edition: Pestel E. *Za predelami rosta*. Netesov EV, translator; Gvishiani DM, editor. Moscow: Progress; 1988. 268 p.
29. Kondrat'ev ND. *Bol'shie tsikly kon'yunktury i teoriya predvideniya* [Big business cycles and foresight theory]. Moscow: Economics; 2002. 765 p. Russian.
30. Deleuze G, Guattari F. *Qu'est-ce que la Philosophie?* Paris: Les éditions de minuit; 1991. 208 p.
Russian edition: Deleuze G, Guattari F. *Chto takoe filosofiya?* Zenkin SN, translator. Moscow: Institute of Experimental Sociology; 1998. 288 p.
31. Dounar-Zapol'ski MV. *Dzjarzhavnaja gaspadarka Vjalikaga Knjastva Litovskaga pry Jagelonah* [State economy of the grand duchy of Jagellons]. Minsk: Belaruskaja navuka; 2009. 759 p. Belarusian.

32. Ohmae K. *Upadok natsional'nogo gosudarstva: stanovlenie regional'nykh ekonomik* [The decline of the national state: the formation of regional economies]. Moscow: Europe; 2009. 336 p. Russian.
33. Stalin IV. [On the tasks of business executives: speech at the First All-Union Conference of workers of socialist industry, February 4, 1931]. In: Stalin IV. *Sochineniya. Tom 13* [Works. Volume 13]. Moscow: Gosudarstvennoe izdatel'stvo politicheskoi literatury; 1951. p. 29–42. Russian.
34. Soros G. *On globalization*. New York: Public Affairs; 2002. 191 p.
Russian edition: Soros G. *O globalizatsii*. Bashkirov A, translator. Moscow: EKSMO; 2004. 219 p.
35. Granin Yu. [National states in the era of neoliberal globalization]. *Chelovek vchera i segodnya: mezhdistsiplinarnye issledovaniya*. 2009;3:140–158. Russian.
36. Podvintsev OB. [The idea of «failed states» in the Russian post-imperial context]. *Nauchnyi ezhegodnik Instituta filosofii i prava UrO RAN*. 2007;7:204–214. Russian.

Статья поступила в редколлегию 06.07.2020.
Received by editorial board 06.07.2020.

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

CONSTITUTIONAL LAW AND ADMINISTRATIVE LAW

УДК 342.7

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В БОРЬБЕ С ОРГАНИЗОВАННОЙ ПРЕСТУПНОСТЬЮ И ПРОБЛЕМА НЕЛЕГАЛЬНОЙ МИГРАЦИИ В ЕВРОПЕ

Т. КРЮССМАН¹⁾

¹⁾Грацский университет им. Карла и Франца, Университетштрассе, 15/С3, 8010, г. Грац, Австрия

Анализируются некоторые правовые проблемы, связанные с соблюдением прав человека в борьбе с трансграничной организованной преступностью и нелегальной миграцией в Европе. Автор выделяет признаки, отличающие торговлю людьми от нелегальной миграции, и поднимает ряд дискуссионных вопросов, связанных с необходимостью криминализации контрабанды людей, защитой и соблюдением прав мигрантов, установлением ответственности за незаконные въезд и проживание, а также допустимостью криминализации содействия миграции со стороны неправительственных организаций, которые проводят гуманитарные поисково-спасательные операции в Средиземноморье.

Ключевые слова: трансграничная организованная преступность; торговля людьми; мигрант; незаконный ввоз мигрантов; нелегальная миграция.

Образец цитирования:

Крюссман Т. Права человека в борьбе с организованной преступностью и проблема нелегальной миграции в Европе. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:24–29 (на англ.).

For citation:

Kruessmann T. Human rights in combating organised crime and the problem of «illegal» migration in Europe. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:24–29.

Автор:

Томас Крюссман – доктор юридических наук, профессор; старший научный сотрудник, координатор проекта «Модернизация магистерских программ для будущих судей, прокуроров, следователей с учетом европейских стандартов в области прав человека» (CRIMHUM) Института уголовного права, уголовного процесса и криминалистики.

Author:

Thomas Kruessmann, doctor of science (law), full professor; senior researcher, coordinator of the project «Modernization of master programmes for future judges, prosecutors, investigators with respect to European standard of human rights» (CRIMHUM), Institute of Criminal Law, Criminal Process and Criminology.
kruessmann.thomas@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-3973-6173>

HUMAN RIGHTS IN COMBATING ORGANISED CRIME AND THE PROBLEM OF «ILLEGAL» MIGRATION IN EUROPE

T. KRUESSMANN^a

^aUniversity of Graz, 15/C3 Universitätsstraße, Graz 8010, Austria

The article analyses a number of legal problems related to the observance of human rights in the fight against transnational organised crime and illegal migration in Europe. The author highlights the features that distinguish human trafficking from illegal migration and raises a number of controversial issues related to the need to criminalise people smuggling, protect and promote the rights of migrants, establish responsibility for illegal entry and illegal residence, as well as the permissibility of criminalising by the assistance to migration by non-governmental organisations that conduct humanitarian search and rescue operations in the Mediterranean.

Keywords: transnational organised crime; human trafficking; migrant; smuggling of migrants; illegal migration.

Introduction

The threat of transnational organised crime has become a potent force in mobilising law makers over the past 20 years. Undoubtedly, the spectre of East European organised crime groups, no longer contained by the Cold War and supposedly set free to roam across Europe, had been used as a wake-up call for tougher measures against «borderless crime», but also to demand long-overdue investment into police forces, their infrastructure and equipment all over Europe. Unlike the fight against corruption, however, the issue of legal measures against transnational organised crime had hardly been «prepared» by using comparative regional experience. Indeed, there are no regional instruments under international law that would be dedicated specifically to the fight against transnational organized crime. Instead, the international community chose to move directly onto the universal level and negotiated and adopted United Nations Convention against trans-

national organized crime (UNTOC), signed in December 2000 and entered into force in 2003. Currently, there are 190 parties to this convention (as of 26 July 2018)¹.

UNTOC is thus the main instrument in the global fight against transnational organised crime, with three additional protocols supplementing the convention: 1) Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children (UN Anti-THB Protocol); 2) Protocol against the smuggling of migrants by land, sea and air (Un Anti-Smuggling Protocol); 3) Protocol against the illicit manufacturing of and trafficking in firearms, their parts and components and ammunition. We shall take a closer look at the first and second Protocol, in particular with a view to the question, how trafficking in human beings (THB)² and smuggling of migrants are distinguished and what human rights implications the regulation of the two areas entails³.

Trafficking in human beings

Whereas the UN Anti-THB Protocol is a clear expression of concern over transnational organised crime, there are a few other tributaries that flow, metaphorically speaking, into the river of the international legal framework against THB, as we know it today⁴. Slavery is perhaps the oldest type of practice that is conceptually linked to THB. The Slavery convention of

1926 in art. 1(1) defines slavery as the «status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised»⁵. The notion of slavery is obviously closely linked to the practice of slave trade, comprising «all acts involved in the capture, acquisition or disposal of a person with intent to reduce him [or her] to slavery»⁶. Slave trade

¹To get the information about convention ratifications see: United Nations treaty collection [Electronic resource]. URL: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&clang=en (date of access: 23.06.2020). For commentary, see: *McClellan D.* Transnational organized crime: a commentary on the UN convention and its protocols. Oxford: Oxford Univ. Press, 2007. 576 p.

²The term «human trafficking» is used interchangeably. However, the attribute «human» does not refer to the supposed humanness of the activity, but to the object of the trafficking, i. e. human beings.

³For a wider human rights perspective see: *Obokata T.* Combating transnational organised crime through international human rights law // *Internatl. Human Rights Law Review.* 2019. No. 8. Vol. 1. P. 1–37.

⁴Generally, see also controversy between J. C. Hathaway (*Hathaway J. C.* Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground? // *Virginia Journ. of Internatl. Law.* 2008. No. 49. Vol. 1. P. 1–59) and A. T. Gallagher (*Gallagher A. T.* Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground? A response to James Hathaway // *Virginia Journ. of Internatl. Law.* 2009. No. 49. Vol. 4. P. 789–848).

⁵Slavery convention [Electronic resource]. URL: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx> (date of access: 23.06.2020).

⁶*Ibid.*

is to be criminalised under art. 3 of the Supplementary convention on the abolition of slavery, the slave trade, and institutions and practices similar to slavery of 1956⁷. According to the Global Slavery Index 2018, an estimated 40.3 million people were enslaved globally in 2016, with North Korea having the highest number of slaves at 2.6 million people (one in 10)⁸. Given these numbers, it would have been more logical from a human rights point of view to consider modern slavery the major target for international initiatives and include into this approach both slave trade («black trade») and THB («white trade»). By focusing only on those who are trafficked transnationally, a large number of modern slavery situations is now actually outside the main focus of international initiatives⁹.

Still, in the particular post-UNTOC consensus on THB, as it emerged, a few other European initiatives stand out that were developed against the background of the legally binding provisions of the UN Anti-THB Protocol.

1. The Council of Europe has perhaps the longest pedigree of dealing with THB, however, it originally took a different angle. As early as 1991, it emphasised the dangers of trafficking for sexual exploitation, focusing on the risks for children and young adults¹⁰. Later, the notion of sexual exploitation was broadened to include the issue of violence against women¹¹. In this way, the Committee of Ministers became the driver of an

anti-THB agenda that finally led to the adoption of the Convention on Action against Trafficking in Human Beings in 2005 (CoE Anti-THB Convention). The convention entered into force in 2008 with a total of 47 ratifications and accessions, including from Ukraine and Belarus as a non-member of the Council of Europe.

2. In 2002, the EU adopted a Framework Decision on combating THB¹². The history of this initiative goes back to the same idea of protecting children from sexual exploitation¹³ and subsequently widened to comprise the full agenda of anti-THB. In the recitals to the decision, the EU explains that «the important work performed by international organisations, in particular the UN, must be complemented by that of the European Union». This earlier framework was later replaced by Council directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims¹⁴.

3. Finally, in 2003 the OSCE set up the post of the special representative and coordinator for combating trafficking in human beings to help participating states develop and implement effective policies for combating human trafficking. The office of the special representative is in charge of watching over the implementation of the OSCE Action plan to combat trafficking in human beings which was adopted in the same year¹⁵. In doing so, the OSCE, through its dedicated infrastructure¹⁶,

⁷Supplementary convention on the abolition of slavery, the slave trade, and institutions and practices similar to slavery [Electronic resource]. URL: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx> (date of access: 23.06.2020).

⁸Global Slavery Index [Electronic resource]. URL: <https://www.globalslaveryindex.org/2018/findings/highlights/> (date of access: 23.06.2020).

⁹J. C. Hathaway speaks of «unjustified privileging» of victims of trafficking over those who are in a slavery situation without having been trafficked earlier (*Hathaway J. C. Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground? // Virginia Journ. of Internatl. Law. 2008. No. 49. Vol. 1. P. 1–59*). See also the response by A. T. Gallagher (*Gallagher A. T. Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground? A response to James Hathaway // Virginia Journ. of Internatl. Law. 2009. No. 49. Vol. 4. P. 789–848*).

¹⁰Committee of Ministers Recommendation No. R (91)11 on sexual exploitation, pornography and prostitution of, and trafficking in, children and young adults [Electronic resource]. URL: <https://archive.crin.org/en/library/legal-database/council-europe-recommendation-no-r-91-11-concerning-sexual-exploitation.html> (date of access: 23.06.2020).

¹¹Committee of Ministers' Recommendation No. R (2000)11 on action against trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation [Electronic resource]. URL: rm.coe.int/16804fda79 (date of access: 23.06.2020) ; Recommendation rec (2001)16 of the Committee of Ministers to member states on the protection of children against sexual exploitation [Electronic resource]. URL: childhub.org/en/child-protection-online-library/recommendation-ree200116-committee-ministers-member-states (date of access: 23.06.2020) ; Recommendation rec (2002)5 of the Committee of Ministers to member States on the protection of women against violence [Electronic resource]. URL: search.col.int/cm/pages/result_detai/s.aspx?ObjectID=09000016805e2612 (date of access: 23.06.2020).

¹²Council framework decision of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings [Electronic resource]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXX/?uri=CELEX%3A32002F0629> (date of access: 23.06.2020). For background see: *Galli F. The content and impact of approximation: the case of trafficking in human beings // Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward / F. Galli, A. Weyembergh (eds). Bruxelles : Editions de l'Université de Bruxelles (IIE), 2013. P. 189–218.*

¹³97/154/JHA: Council joint action of 24 Feb. 1997 adopted by the Council on the basis of Article K. 3 of the Treaty on European Union concerning action to combat trafficking in human beings and sexual exploitation of children [Electronic resource]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXX/?uri=CELEX%3A31997F0154> (date of access: 23.06.2020).

¹⁴Directive 2011/36/EU of the European Parliament and the Council of 5 Apr. 2011 on preventing and combating trafficking in human being and protecting its victims, and replacing Council framework. Design 2002/629/JHA [Electronic resource]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2011:101:TOC> (date of access: 23.06.2020). See also: *Obokata T. Evolution of the EU action against trafficking of human beings // Research handbook on EU criminal law / V. Mitsilegas, M. Bergström, T. Konstantinides (eds). Cheltenham: Edward Elgar, 2016. P. 422–438.*

¹⁵Decision No. 557 of the OSCE Permanent Council PC.DEC/557 of 24 July 2003 [Electronic resource]. URL: <https://www.osce.org/what/trafficking/55512> (date of access: 23.06.2020).

¹⁶See: Combating human trafficking [Electronic resource]. URL: <https://www.osce.org/combating-human-trafficking> for a full picture (date of access: 23.06.2020).

has become most active in trainings and simulations, fostering international co-operation.

Subsequently, the UN, on the initiative of Belarus, also adopted a global plan of action to combat trafficking in persons¹⁷.

The human rights dimension of THB manifests itself in two areas. First of all, by reducing the trafficked person to a commodity, the practice of trafficking is essentially at odds with human dignity (even if the source of the commodification of human beings is not the state, but a private party!)¹⁸. The UN Anti-THB Protocol in art. 3 lit a) defines trafficking as any type of recruitment, harbouring or physical relocation, not necessarily via state boundaries, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. The hallmark of this definition is therefore the involuntary submission into dependency from the point of view of the victim and the perpetrator's goal of using the person for purposes of exploitation. The central rule is to criminalise this type of conduct (art. 5(1) of UN Anti-THB Protocol, art. 18 of CoE

Anti-THB Convention) including the attempt to commit it, participation and aiding and abetting (art. 5(2) of UN Anti-THB-Protocol, art. 21 of CoE Anti-THB Convention (omitting joint participation)). Both UN Anti-THB Protocol and CoE Anti-THB Convention are also unanimous in that consent of the victim of trafficking to his or her intended subsequent exploitation shall not remove the criminality of the perpetrator (art. 3 lit. b) of UN Anti-THB Protocol, art. 4 lit. b) of CoE Anti-THB Convention). Secondly, in art. 6 ff. of UN Anti-THB Protocol, art. 10 ff. of CoE Anti-THB Convention human rights are expressed in the requirement to State Parties to create conditions which are safe and conducive to the well-being of the victims of trafficking («protection and promotion of rights»).

In transforming these prescriptions into national law, there is little disagreement about the first part, i. e. the criminalisation. The second part, by comparison, is more contentious, as state parties may be hesitant to commit resources to the well-being of persons who are in most cases not its citizens. As the Council of Europe explains in the preamble to the CoE Anti-THB-Convention, there is still a need to prepare a comprehensive international legal instrument focusing on the human rights of the victims of trafficking.

Smuggling of migrants

The smuggling of migrants has gained prominence primarily after the events of the Arab Spring and the unleashing of conflicts in the Middle East and North Africa. It would be wrong to say that the adoption of the UN Anti-Smuggling Protocol had been an entirely theoretical exercise, but when the Protocol entered into force in 2004 the whole thrust of problems emerging in the years hence could not be anticipated. And there is not yet another binding legal instrument beyond the UN Anti-Smuggling protocol that would create a more advanced legal framework in a universal context. Indeed, so far there is only the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM), adopted by Resolution of the UN General Assembly on 19 December 2018, which creates a more elaborate (but legally non-binding) framework.

In theory, there are a few features that distinguish THB from smuggling migrants. On the one hand, the smuggling of migrants necessarily involves the crossing of a state border and is by its nature irregular (if not illegal according to that state's laws). On the other hand, agreeing to be smuggled is a voluntary decision, not affected by deceit, threat, coercion or even violence. The legal definition of smuggling given in art. 3 lit. a) of UN Anti-Smuggling Protocol focuses on the

«procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident». It is therefore wrong to speak of «victims of smuggling», as the migrants who contract a smuggler are his clients. However, a situation of smuggling can easily turn into THB when the smuggler takes advantage of the helplessness of his or her clients, deceiving them and bringing them into a situation where they are subject to exploitation.

Using the framework established above for THB, despite the fact that there is no cogent human rights background and in the face of academic criticism¹⁹, there is obviously agreement about the need for criminalisation of human smuggling. Art. 6(1) lit. a) of UN Anti-Smuggling Protocol calls on state parties to adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, the conduct of «smuggling of migrants». In addition, art. 6(2) of UN Anti-Smuggling Protocol calls for the criminalisation of the attempt to commit an act of smuggling migrants, participating as an accomplice and (or) or-

¹⁷Resolution adopted by the General Assembly [Electronic resource]. URL: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/United_Nations_Global_Plan_of_Action_to_Combat_Trafficking_in_Persons.pdf (date of access: 23.06.2020).

¹⁸This is clearly spelled out in the preamble to the CoE Anti-THB Convention: «Considering that trafficking in human beings constitutes a violation of human rights and an offence to the dignity and the integrity of the human being...».

¹⁹J. C. Hathaway argues that the initial focus on THB created a «legal slippery slope» for criminalising human smuggling as well.

ganising or directing the commission of the act. The second dimension, i. e. protection and promotion of the rights of migrants, is the much more critical one. Despite the fact that certain rights of migrants are regulated in a variety of International Labour Organisation (ILO) conventions²⁰, the issue has become enormously contentious. In general, the rights-based approach to migration is heavily contested by the securitisation approach which sees migrants first and foremostly as a security threat to be countered by means of law enforcement. The UN Global compact for safe, orderly and regular migration is the latest attempt by the UN to define common principles and ensure a human rights-based approach to the legal position of migrants. However, a number of populist governments have rejected the GMC and work actively against it.

The question which lies at the heart of this approach is whether it is permissible to criminalise migrants themselves, i. e. those who agree to be smuggled, and for which conduct exactly²¹. There is not, as in the case of THB, the objectification of a victim, i. e., the turning of him or her into a commodity to be used for the purposes of exploitation. On the contrary, the migrant takes advantage of his or her legal capacity to engage in a transaction with a smuggler, with the major difference being that the individual migrant is hardly able to set the conditions of the deal. From an aiding and abetting point of view, the migrant would clearly be criminally liable for the criminal conduct of the smuggler. Assuming that his or her bid to be smuggled is causal for the smuggler's decision to engage in the transaction, the migrant would thus incur criminal responsibility. However, art. 5 of UN Anti-Smuggling Protocol is straightforwardly clear on this question: «Migrants shall not become liable to criminal prosecution under this protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this protocol».

However, this statement, as welcome as it may seem from a human rights point of view, does not prevent countries from establishing the crime of illegal entry and illegal residence. And even in the EU, as the case of

the Return directive²² shows, there is an ongoing conflict between those who interpret the Return directive broadly to limit member states in their freedom to use criminal law as a means of deterring illegal entry or residence, and those who seek to advance the residual competences of the member states in the area of public order and security. Needless to say, member states remained enthusiastic proponents of criminal law measures in the area of irregular migration²³.

A second set of issues that has become important for Europe is whether under the current global rules it is permissible for EU member states to criminalise the facilitation of migration by non-government organisations (NGOs) who conduct humanitarian search and rescue (SAR) operations in the Mediterranean. As we have just seen, the UN Anti-Smuggling Protocol allows for the criminalisation of aiding and abetting in human smuggling, including participating as an accomplice. To hold an NGO and its respective crew aboard ship criminally liable for operating in tacit agreement with smugglers is probably something nobody would argue against. But this is a constellation that police and criminological research have not come across in practice. Instead, the question raised by many across Europe is whether the uncoordinated presence of SAR operations in the Mediterranean is not *de facto* facilitating the business model of human smugglers. By increasing the chance of being rescued and taken to EU member states to claim asylum, the humanitarian NGOs are indeed making it more attractive to risk one's life and hope for a lucky outcome.

In EU law, the so-called «facilitators' package» provides for a regulatory approach in line with the UN Anti-Smuggling Protocol. The package includes, on the hand, Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002, defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence (Facilitators' directive)²⁴. On the other hand, it includes Council Framework Decision 2002/946/JHA of 28 November 2002 on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry, transit and residence (Facilitators' framework decision)²⁵. For competence reasons,

²⁰Migration for employment convention (revised) of 1949 No. 97, Migrant workers (supplementary provisions) convention of 1975 No. 143, Equality of treatment (social security) convention of 1962 No. 118, and Domestic workers convention of 2011 No. 189.

²¹See also: *Mitsilegas V.* EU criminal law after Lisbon. Rights, trust and the transformation of justice in Europe. Oxford : Hart Publishing, 2016. P. 92.

²²Directive 2008/115/EC of the European Parliament and the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member states for returning illegally staying third-country nationals [Electronic resource]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXX/?uri=CELEX%3A32008L0115> (date of access: 23.06.2020).

²³See for this purpose: *Mitsilegas V.* The changing landscape of the criminalisation of migration in Europe: the protective function of European Union law // Social control and justice: criminal migration in the age of fear / M. J. Guia, M. van der Woude, J. van der Leun (eds). The Hague: Eleven International Publishing, 2013. P. 87–114 ; *Afia Kramo Y.* The European Union's response to irregular migration and the problem of criminalisation // New Journl. of Europ. Criminal Law. 2014. No. 5. Vol. 1. P. 26–57 ; Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them [Electronic resource]. Available from: <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/criminalisation-migrants-irregular-situation-and-persons-engaging-them> (date of access: 23.06.2020).

²⁴Council directive 2002/90/EC of 28 Nov. 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence [Electronic resource]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0090> (date of access: 23.06.2020).

²⁵2002/946/JHA: Council framework decision of 28 Nov. 2002 on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry, transit and residence [Electronic resource]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32002F0946> (date of access: 23.06.2020).

it is the directive that sets the task of harmonising the Member states' definition of the offence of facilitation of unauthorised entry, transit and residence until 5 December 2004²⁶, and it is the Framework Decision that defines the member states' obligations to create a legal framework for prosecution and cross-border cooperation²⁷, to become effective by the same date.

The central provision of art. 1 of the directive, entitled «General infringement», reads as follows:

«1. Each member state shall adopt appropriate sanctions on:

(a) any person who intentionally assists a person who is not a national of a member state to enter, or transit across, the territory of a member state in breach of the laws of the state concerned on the entry or transit of aliens;

(b) any person who, for financial gain, intentionally assists a person who is not a national of a member state to reside within the territory of a member state in breach of the laws of the state concerned on the residence of aliens.

2. Any member state may decide not to impose sanctions with regard to the behaviour defined in paragraph 1(a) by applying its national law and practice for cases where the aim of the behaviour is to provide humanitarian assistance to the person concerned».

When it comes to facilitating irregular entry, one difference between the Facilitators' Directive and the UN Anti-Smuggling Protocol is that the former changes the wording from «participating as an accomplice»

to «intentionally assisting». Arguably, both terms are coming from the realm of international and European law and need to be transposed into national law to be able to ascertain what exactly is meant. Being an accomplice indicates the need for a criminal conspiracy, at least in the sense of a mutual agreement. «Intentionally assisting» is arguably less because it describes only the one-sided perspective of the facilitator. A criminal enterprise like smuggling could thus be intentionally assisted even without a conspiracy between the facilitator and the main perpetrators of the crime.

The second surprising feature of the Facilitators' Directive is that it treats the *means rea* requirement of intent «to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit» coming from the UN Anti-Smuggling Protocol in a nuanced way: in the case of facilitating irregular entry an intention to obtain financial gain is no longer needed which makes any humanitarian SAR mission potentially criminally liable. The counterbalance to this is found in para 2: member states may optionally exclude criminal liability in case of humanitarian assistance missions.

Given the fact that the UN Anti-Smuggling Protocol purports to define minimum requirements for criminalisation, it is clear that the EU, despite speaking of «supplementing» other relevant instruments²⁸, is going beyond such minima by allowing the criminalisation of facilitative conduct that is not conspiracy-based and not done with intent to receive a financial or other material benefit.

Conclusion

In the areas of THB and the smuggling of migrants, we see a strong desire by states to create for themselves, via international agreements, the authority to criminalise certain conduct, albeit in a coordinated fashion and with a view to facilitating judicial cooperation. What becomes clear from the foregoing is that such international or EU law criminalisation obligations are *leges imperfectae* in that they rely in their transposition to a large degree on the doctrinal approaches of the national criminal law. For example, concepts such as «aiding and abetting» are taken from common law and used internationally in a rather carefree manner. But when it comes down to national law, there is no blueprint what «facilitation» means and how it will fit into the concepts of national criminal law.

Thus, analysing selected issues of criminal law reform in the light of the interplay between international law, in particular human rights law, and European law is a fruitful approach, but it is not sufficient to exhaust the problems. What is needed to see is how the concepts get transposed into national law and what the courts' approach will be, possibly even asking the Court for Justice of the EU for a preliminary ruling. EU member states have been eager to use criminal law as part of some securitisation strategy. Human rights are interwoven into the respective proposals, but often only to the extent that the initiatives pay lip-service to them. In order to «go against the grain» and create a robust methodology for analysing innovations in criminal law, it is therefore necessary to develop a strong human rights focus.

Received by editorial board 09.07.2020.

²⁶Based on art. 79(2) (c) of TFEU.

²⁷Based on art. 83(2) of TFEU.

²⁸Para 5 of preamble of Facilitators' directive.

²⁹For a more broadly defined criticism, see *Mitsilegas V.* The normative foundations of the criminalization of human smuggling: exploring the fault lines between European and international law // *New Journ. of Europ. Criminal Law.* 2019. No. 10. Vol. 1. P. 77.

УДК 342.72/.73

ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ПО ВОПРОСАМ ГЕНЕТИЧЕСКОЙ ИСТОРИИ СЕМЬИ И СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

Э. В. АЛИМОВ¹⁾, Н. С. МАЛЮТИН²⁾

¹⁾Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации,
ул. Большая Черемушkinsкая, 34, 117218, г. Москва, Россия

²⁾Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова,
Ленинские горы, 1, 119991, г. Москва, Россия

Анализируются правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по вопросам генетической истории семьи и суррогатного материнства. Генетическая информация о человеке представляет собой особый вид персональных данных, требующий четкого и эффективного механизма правового регулирования, который обеспечил бы защиту такой информации от неправомерного сбора или использования. Авторами были сделаны выводы относительно сложившейся практики Конституционного Суда Российской Федерации в отмеченной области.

Ключевые слова: геном человека; генетические исследования; Конституционный Суд Российской Федерации; правовые позиции; законодательство; права человека.

Благодарность. Работа выполнена при поддержке грантов Российского фонда фундаментальных исследований № 18-29-14009 «Теория и практика правового регулирования статуса лиц, участвующих в научных исследованиях генома живых организмов, их прав и обязанностей, пределов юридической ответственности в России и зарубежных государствах», № 18-29-14100 «Состояние и перспективы правового регулирования и саморегулирования геномных исследований: национальный, зарубежный и международный опыт».

LEGAL POSITIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION ON GENETIC HISTORY OF THE FAMILY AND SURROGACY

E. V. ALIMOV^a, N. S. MALYUTIN^b

^aInstitute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation,
34 Bolshaya Cheryomushkinskaya Street, Moscow 117218, Russia

^bLomonosov Moscow State University, 1 Leninskie Gory, Moscow 119991, Russia
Corresponding author: N. S. Malyutin (n_malyutin@mail.ru)

This article is devoted to a general analysis of the legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation on issues of the family genetic history and surrogacy. Genetic information about a person is a special type of personal data

Образец цитирования:

Алимов ЭВ, Малютин НС. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по вопросам генетической истории семьи и суррогатного материнства. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:30–37.

For citation:

Alimov EV, Malyutin NS. Legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation on genetic history of the family and surrogacy. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:30–37. Russian.

Авторы:

Эмиль Ваизович Алимов – кандидат юридических наук; научный сотрудник отдела конституционного права.

Никита Сергеевич Малютин – кандидат юридических наук; доцент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета.

Authors:

Emil V. Alimov, PhD (law); researcher at the department of constitutional law.

emil.alimov@gmail.com

Nikita S. Malyutin, PhD (law); associate professor at the department of constitutional and municipal law, faculty of law.

n_malyutin@mail.ru

that requires a clear and effective legal regulation mechanism that would ensure the protection of such information from unlawful collection or use. The authors made conclusions regarding the current practice of the Constitutional Court of the Russian Federation in the noted area.

Keywords: human genome; genetic research; Constitutional Court of the Russian Federation; legal positions; legislation; human rights.

Acknowledgements. This work was supported by RFBR grants No. 18-29-14009 «Theory and practice of legal regulation of the status of persons participating in scientific research of the genome of living organisms, their rights and obligations, limits of legal liability in Russia and foreign countries», No. 18-29-14100 «State and prospects of legal regulation and self-regulation of genomic research: national, foreign and international experience».

Постановка проблемы

Исследование генома живых организмов открывает перед человечеством огромные перспективы в вопросах лечения и предупреждения ранее неизлечимых болезней, генного планирования семьи, биоинженерии, а также в ряде иных сфер общественной жизни [1, с. 158].

Вместе с тем проведение геномных исследований непосредственно затрагивает основные права человека (достоинство личности, неприкосновенность частной жизни, охрана здоровья и др.). В такой ситуации необходимо уделять пристальное внимание их соблюдению и принятию соответствующих правовых актов [2]. Эта относительно новая сфера общественных отношений сочетает в себе как публичные, так и частные интересы. Так, например, генетический тест может предоставить сведения о возможных генетических предрасположенностях человека, в том числе о склонности к определенному заболеванию. Бесконтрольный доступ к такой информации может способствовать дискриминации по генетическому признаку, нарушению права на частную жизнь, врачебную, семейную тайну. Именно по этой причине анализ конституционно-правового регулирования указанного аспекта представляется первостепенно важным.

В первую очередь стоит выбрать подход к определению места генетической информации¹ в системе объектов конституционной защиты. Так, основываясь на законодательном регулировании, генетическая информация может быть отнесена к персональным данным (ст. 3 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных», п. 3 ст. 1 Федерального закона от 3 декабря 2008 г. № 242-ФЗ «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации»). В свою очередь, конституционная основа защиты персональных данных чаще всего выводится из положений ч. 1 ст. 24 Конституции Российской Федерации, устанавливающей запрет на любые манипуляции

с информацией о частной жизни лица без его согласия [3, с. 237–239]. Стоит отметить, что подобный подход в целом соотносится с наиболее распространенными европейскими практиками².

Подобная постановка вопроса представляется крайне важной для определения пределов законодательного ограничения названных прав. Так, в частности, включение анализируемых прав в содержание так называемого информационного самоопределения (ч. 1 ст. 24 Конституции Российской Федерации) вызывает ряд вопросов с точки зрения системного истолкования указанных норм и положений ч. 3 ст. 56 Конституции Российской Федерации. Неслучайно Е. В. Тарибо в издании «Комментарий к Конституции Российской Федерации» отмечает, что права, перечисленные в ч. 3 ст. 56 (к числу которых относятся и права, закрепленные в ст. 24), имеют особое значение, а потому относятся к числу прав и свобод, не подлежащих ограничению [3, с. 511–512]. Подобное толкование позволяет сделать вывод о том, что законодательство не может устанавливать какие-либо специфические способы сбора, хранения, использования и распространения информации (в том числе генетической) без согласия лица.

В последнее время тема генома человека, проведения геномных исследований и т. п. получила развитие в научных трудах многих российских правоведов [4–6]. Вместе с тем, как представляется, отсутствие достаточного нормативного регулирования, в том числе по вопросу защиты геномной информации, способствует криминализации данных отношений, нарушению прав и свобод человека, недоверию общества к генетике и др. Очевидно, что в подобной ситуации нормативные подходы к данной категории требуют более серьезной проработки. В частности, немалое значение в этом процессе играет Конституционный Суд Российской Федерации.

¹Для целей настоящего исследования понятия «геномная информация» и «генетическая информация» рассматриваются как синонимичные.

²В частности, Федеральный конституционный суд ФРГ, рассуждая о природе конституционной защиты персональных данных (в число которых включает и так называемые генетические отпечатки), отмечал, что бесконтрольное использование генетической информации нарушает основное право граждан на информационное самоопределение, закрепленное в абз. 1 ст. 2 Основного закона ФРГ.

Основная часть

В ситуации недостаточного законодательного регулирования вопросов генома живых организмов, осуществления геномных исследований и др. представляется актуальным проанализировать правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по данной теме.

Так, оценивая возможность получения потомками усыновленного сведений об усыновлении после смерти усыновленного и усыновителей, Конституционный Суд Российской Федерации сформулировал ряд правовых позиций в сфере защиты персональных данных, семейной тайны, представляющих интерес в рамках заявленной темы исследования. В частности, подтверждается названный ранее подход, согласно которому Конституция Российской Федерации, гарантируя право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом (ч. 4 ст. 29), закрепляет право каждого на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени (ч. 1 ст. 23) и не допускает сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия (ч. 1 ст. 24). Из этого следует, что не допускаются сбор, хранение, использование и распространение информации, сопряженные с нарушением прав на неприкосновенность частной жизни, на личную и семейную тайну³. Однако далее, как представляется, Конституционный Суд Российской Федерации несколько отошел от буквального прочтения конституционных положений, в частности, закрепленных в ч. 3 ст. 56 Конституции Российской Федерации.

Анализируя возможность ограничения информационного самоопределения⁴, Конституционный Суд отметил, что реализация конституционного права на информацию, затрагивающую частную жизнь других лиц, возможна только в порядке, установленном законом, и что федеральный за-

конодатель правомочен определить законные способы получения такой информации. При этом Конституция Российской Федерации предполагает возможность установления в отношении той или иной информации специального правового режима, в том числе ограниченного свободного доступа к ней со стороны граждан⁵.

Таким образом, можно сделать вывод, что, формулируя данную позицию, Конституционный Суд Российской Федерации все же исходил из концепции правового регулирования названных отношений, которое в итоге направлено на расширение правомочий в рамках названного права до установленных конституционных пределов. Однако представляется, что такая формулировка не в полной мере отражает суть понятия «информационное самоопределение», поскольку переносит нагрузку содержательного наполнения данного права с самой личности на государство в лице федерального законодателя.

Не менее интересной представляется и позиция, в рамках которой Конституционный Суд Российской Федерации напомнил, что право на свободу информации, если им затрагиваются права личности, гарантированные ст. 23 и ст. 24 (ч. 1) Конституции Российской Федерации, осуществляется как ограничивающее указанные права личности. Они, в свою очередь, находятся под особой повышенной защитой Конституции Российской Федерации, и их ограничение требует наличия предусмотренных федеральным законом оснований и (или) допускается только по судебному решению, вынесенному в соответствии с этим федеральным законом.

Таким образом, можно констатировать, что единственным возможным и соответствующим Конституции Российской Федерации ограничением прав, закрепленных в ст. 24, является право на свободу информации (ч. 4 ст. 29) в той мере, в какой это вытекает из взаимосвязанного толкования

³По делу о проверке конституционности положений статьи 139 Семейного кодекса Российской Федерации и статьи 47 Федерального закона «Об актах гражданского состояния» в связи с жалобой граждан Г. Ф. Грубич и Т. Г. Гушиной : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 16 июня 2015 г. № 15-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2015. № 26. Ст. 3944.

⁴Здесь и далее данный термин будет использоваться для краткого наименования права, закрепленного в ч. 1 ст. 24 Конституции Российской Федерации.

⁵По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Б. А. Кехмана : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 18 февр. 2000 г. № 3-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2000. № 9. Ст. 1066 ; По жалобе гражданина Ковалева Сергея Владимировича на нарушение его конституционных прав положениями статей 47 и 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 12 мая 2003 г. № 173-О // Там же. 2003. № 27, ч. 2. Ст. 2872 ; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Глушкова Николая Петровича на нарушение его конституционных прав статьями 3, 5, 6 и 9 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и статьями 8 и 9 Федерального закона «О персональных данных» : определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 29 янв. 2009 г. № 3-О-О [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс / ООО «ЮрСпектр». М., 2020 ; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Багадурова Магомеда Магомедовича на нарушение его конституционных прав подпунктом 1 пункта 3 статьи 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», статьей 10 Федерального закона «О персональных данных» и частью второй статьи 57 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 29 сент. 2011 г. № 1063-О-О [Электронный ресурс] // Там же.

указанных статей и ч. 3 ст. 17 Конституции Российской Федерации⁶. Подобное объяснение позволяет утверждать, что в данной ситуации Конституционный Суд Российской Федерации фактически выявляет конституционные пределы существования права на информационное самоопределение. При этом, говоря о содержательном наполнении данного права, упомянутый суд неоднократно отмечал, что право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну означает предоставленную человеку гарантированную государством возможность контролировать информацию о самом себе, препятствовать разглашению сведений личного, интимного характера⁷. Более того, в ряде своих правовых позиций Конституционный Суд Российской Федерации последовательно развивал подходы Европейского суда по правам человека в этом вопросе, подчеркивая, что в понятие «частная жизнь» включается та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит непротивоправный характер⁸.

Соответственно, лишь само лицо вправе определить, какие именно сведения, имеющие отношение к его частной жизни, должны оставаться в тайне. При этом Конституционный Суд Российской Федерации отдельно подчеркивает, что сбор или распространение информации о частной жизни лица допускается лишь в предусмотренном законом порядке и только в отношении тех сведений, которые уже официально кому-либо доверены самим лицом. Данные сведения собраны в законном порядке, они хранятся, используются и могут распространяться. Иное сузило бы понятие частной жизни и объем гарантий ее защиты⁹, привело бы к произвольному, не основанному на законе вторжению в сферу частной жизни индивида, право на неприкосновенность которой гарантируется Конституцией Российской Федерации.

Фактически данная правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации ограничивает названные права, поскольку указывает на обязательное наличие двух кумулятивных условий:

1) сведения должны быть переданы самим лицом в законном порядке;

2) распространение сведений может осуществляться в соответствии с законом.

Справедливость данного предположения подтверждается в дальнейших рассуждениях суда, который отмечает, что вместе с тем осуществляемое законодателем правовое регулирование в сфере определения режима доступа к информации, к которой, помимо прочего, может относиться и генетическая информация, должно обеспечивать баланс конституционных ценностей, прав и законных интересов всех участников конкретных правоотношений, а потому по смыслу ч. 2 ст. 7 и ч. 1 ст. 38 Конституции Российской Федерации (под их защитой находятся семья, материнство, отцовство и детство) в основе поиска баланса указанных конституционных ценностей при оценке соответствующих законодательных ограничений должен лежать именно принцип максимального обеспечения интересов семьи и всех ее членов. Таким образом, фактически возникает необходимость выполнять традиционные требования, предусмотренные для универсального правила ограничения конституционных прав, которое закреплено в ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации.

Подобная интерпретация права на информационное самоопределение (по сути, как права, предполагающего конституционно допустимые ограничения) и легла в основу позиции Конституционного Суда Российской Федерации о праве усыновленных лиц знать свое происхождение. В ситуациях усыновления сведения о происхождении ребенка (тайны имени и места рождения, а также другие обстоятельства), хотя они и имеют конфиденциальный характер, могут оказаться незаменимыми для воссоздания генетической истории семьи и выявления биологических связей, составляющих важную часть идентичности каждого человека, в частности, при необходимости выявления (диагностики) наследственных заболеваний, предотвращения браков с близкими кровными родственниками и т. д. В таких случаях речь идет об удовлетворении лицом определенного информационного интереса, который состоит в том, чтобы знать происхождение своих родителей, предков. Соответственно, юридическая возможность предоставления потомкам усыновленного лица информации, касающей-

⁶См., например: По делу о проверке конституционности части третьей статьи 138 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С. В. Капорина, И. В. Коршуна и других : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 31 марта 2011 г. № 3-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 15. Ст. 2191.

⁷Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Усенко Дмитрия Николаевича на нарушение его конституционных прав положениями статьи 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 26 янв. 2010 г. № 158-О-О [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс / ООО «ЮрСпектр». М., 2020.

⁸Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Захаркина Валерия Алексеевича и Захаркиной Ирины Николаевны на нарушение их конституционных прав пунктом «б» части третьей статьи 125 и частью третьей статьи 127 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации : определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 9 июня 2005 г. № 248-О [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс / ООО «ЮрСпектр». М., 2020.

⁹Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Супруна Михаила Николаевича на нарушение его конституционных прав статьей 137 Уголовного кодекса Российской Федерации : определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 28 июня 2012 г. № 1253-О [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс / ООО «ЮрСпектр». М., 2020.

ся усыновления, после его смерти (при отсутствии высказанной при жизни его усыновителями воли на раскрытие тайны усыновления) не может рассматриваться как не имеющая необходимого конституционного обоснования.

Конституционный Суд Российской Федерации также отмечает, что, будучи направленной на обеспечение баланса конституционно защищаемых ценностей, реализация данной возможности не только способна внести определенность в имеющие длящийся характер отношения членов семьи усыновленного и его усыновителей, а также их потомков, но и позволяет оценить целесообразность дальнейшего сохранения тайны усыновления с учетом необходимости соблюдать весь комплекс прав биологических родителей и членов их семьи (право на неприкосновенность частной жизни, права как субъектов персональных данных и пр.). Защите подлежит не только интерес потомков усыновленного в раскрытии этой тайны, а его особая, преимущественная защита могла бы создать предпосылки для нарушения баланса прав и обязанностей всех участников сложной системы правоотношений, сопровождающих процедуру усыновления.

Однако, как представляется, совершенно за пределами конституционного анализа остается содержание права на информационное самоопределение усыновителей. Суд не оценивает, происходит ли при такой интерпретации права на доступ к информации вторжение в право на информационное самоопределение, либо же в данном случае речь идет исключительно о некоем правомочии, реализуемом в установленных конституционных пределах, что, в свою очередь, делает в некоторой степени бессмысленным применение ограничительной клаузулы, о которой говорилось ранее.

Конституционный Суд Российской Федерации отметил, что значимым средством обеспечения интересов семьи, материнства, отцовства, детства, как и конституционного права каждого на охрану здоровья и медицинскую помощь, являются в настоящее время вспомогательные репродуктивные технологии¹⁰. Среди них методы лечения бесплодия, при применении которых все или отдельные этапы зачатия и раннего развития эмбрионов осуществляются вне материнского организма, в том числе с использованием донорских и (или) криоконсервированных половых клеток, тканей репродуктивных

органов и эмбрионов, а также суррогатного материнства. Порядок использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказания и ограничения к их применению утверждаются уполномоченным федеральным органом исполнительной власти (ч. 1 и ч. 2 ст. 55 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»). Осуществляя на основе предписаний ст. 7, ч. 1 ст. 38 и ч. 1 ст. 41 Конституции Российской Федерации и соответствующих международно-правовых обязательств Российской Федерации правовое регулирование в сфере использования репродуктивных технологий, включая суррогатное материнство (п. «в», «о» ст. 71; п. «б», «ж», «к» ч. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации), законодатель обладает широкой свободой усмотрения в выборе мер защиты здоровья граждан, семьи, материнства, отцовства и детства, а также в определении условий и порядка их предоставления. Вместе с тем он связан требованиями Конституции Российской Федерации, которые обязывают его обеспечивать баланс между защищаемыми Основным Законом ценностями, публичными и частными интересами, соблюдая при этом принципы справедливости, равенства и соразмерности, выступающие конституционным критерием оценки законодательного регулирования не только прав и свобод, закрепленных непосредственно в Конституции Российской Федерации, но и прав, приобретаемых на основании закона.

Конституционный Суд Российской Федерации в отмеченных решениях резюмировал, что законодательно предусмотренное право суррогатной матери давать согласие на то, чтобы при государственной регистрации рождения ребенка его отцом и матерью были записаны генетические родители, подразумевает имеющуюся у нее возможность в акте о рождении ребенка записать себя его матерью, что фиксируется и в свидетельстве о рождении (ст. 14, 17, 23 Федерального закона от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния»). Это значит, что на женщину, родившую ребенка, распространяются права и обязанности матери (ст. 47 Семейного кодекса Российской Федерации). Указанная модель правового регулирования, не будучи единственно возможной, не выходит за пределы прерогатив полномочий федерального законодателя¹¹. При этом в очеред-

¹⁰Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч. П. и Ч. Ю. на нарушение их конституционных прав положениями пункта 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 Федерального закона «Об актах гражданского состояния»: определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 15 мая 2012 г. № 880-О [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс / ООО «ЮрСпектр». М., 2020.

¹¹См., например: Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан С. Д. и С. Т. на нарушение их конституционных прав пунктом 4 статьи 51, пунктом 3 статьи 52 Семейного кодекса Российской Федерации, пунктом 5 статьи 16 Федерального закона «Об актах гражданского состояния», частью 9 статьи 55 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»: определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 27 сент. 2018 г. № 2318-О [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс / ООО «ЮрСпектр». М., 2020; «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч. П. и Ч. Ю. на нарушение их конституционных прав положениями пункта 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 Федерального закона «Об актах гражданского состояния»: определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 15 мая 2012 г. № 880-О [Электронный ресурс] // Там же.

ной раз Конституционный Суд Российской Федерации уходит от прямого анализа принадлежности данного правомочия к конкретному конституционному праву, что в итоге может существенно повлиять на возможности законодательного вмешательства в названную сферу.

При этом, как отметил Конституционный Суд Российской Федерации в уже упомянутом Определении от 27 сентября 2018 г. № 2318-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан С. Д. и С. Т. на нарушение их конституционных прав пунктом 4 статьи 51, пунктом 3 статьи 52 Семейного кодекса Российской Федерации, пунктом 5 статьи 16 Федерального закона “Об актах гражданского состояния”, если из материалов дела установлено, что суррогатная мать, отказываясь дать согласие на регистрацию истцов – генетических родителей в качестве отца и матери рожденных ею детей, злоупотребила своими правами, нарушив не только договор о суррогатном материнстве, заключенный между сторонами, но и причинив ущерб интересам детей, генетическими родителями которых являются истцы, это значит, что данные действия являются основанием для внесения изменений в книгу записей рождений.

Интерес представляют два особых мнения судей Конституционного Суда Российской Федерации С. Д. Князева и Г. А. Гаджиева, несогласных с позицией названного суда¹².

Так, С. Д. Князев отметил, что, закрепляя исключительную прерогативу суррогатной матери в разрешении вопроса о наделении генетических (биологических) родителей материнскими и отцовскими правами, законодатель остается безучастным к интересам лиц, чьи половые клетки использовались для оплодотворения женщины, вынашивающей ребенка. Так появляется легальное основание для нарушения баланса конституционных ценностей и уменьшения объема прав и законных интересов не только генетических родителей, но и ребенка, рожденного в результате применения соответствующей вспомогательной репродуктивной технологии. С медико-биологической точ-

ки зрения рождение с использованием указанной технологии предполагает «соучастие» генетических родителей и суррогатной матери. Вследствие этого сами по себе вынашивание и роды не могут служить достаточным основанием для признания за последней неограниченной свободы усмотрения в определении обладателей родительских прав, а отказ суррогатной матери от исполнения своих обязательств перед лицами, являющимися биологическими родителями ребенка, не может перечеркнуть их «природных» прав. Кроме того, С. Д. Князев отметил, что в вопросе определения отцовства ребенка, рожденного суррогатной матерью, которая к тому же не состоит в браке, лишение генетического отца родительских прав исключительно по прихоти суррогатной матери оставляет открытым целый ряд вопросов.

Как указал Г. А. Гаджиев, в законодательстве отсутствует четкое определение понятия «мать» и российский законодатель считает, что важнейшим основанием возникновения родительских прав является беременность. Данная позиция базируется на гестационной теории, которая восходит к римскому праву, где существовал принцип *mater est quam gestation demonstrate* (мать определяется беременностью). С точки зрения медицины, происхождение человека определяется путем установления тождества генов, но в данном случае речь идет о возникновении родительских прав по отношению к ребенку. Г. А. Гаджиев также отметил, что нравственные страдания биологического отца и матери, лишенных возможности реализовать предусмотренный законом комплекс родительских прав в отношении ребенка, которого они не смогли зачать и родить естественным путем, считаются менее социально значимыми. Но существует также мнение, что биологическое родство определяется генетической связью и закрепление в законе приоритета суррогатной матери при установлении происхождения ребенка противоречит провозглашенному в ст. 38 Конституции Российской Федерации принципу охраны семьи, материнства, отцовства и детства.

Заключение

Следует отметить, что учет позиций Конституционного Суда Российской Федерации способствует развитию правоприменительной практики, позволяет определять пути совершенствования законодательства, которые должны быть направлены на защиту конституционных ценностей [7, с. 30–34].

Вместе с тем проведенный анализ сложившейся практики Конституционного Суда Российской Фе-

дерации по рассматриваемой проблеме позволяет сделать вывод, что используемые им подходы содержат в себе некое противоречие, которое, однако, едва ли вытекает из сущности интерпретируемых конституционных положений. Так, с одной стороны, Конституционный Суд Российской Федерации констатирует, что любые манипуляции с информацией о частной жизни лица не могут произ-

¹² Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч. П. и Ч. Ю. на нарушение их конституционных прав положениями пункта 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 Федерального закона «Об актах гражданского состояния»: определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 15 мая 2012 г. № 880-О [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс / ООО «ЮрСпектр». М., 2020.

водиться без его согласия (на основании ч. 1 ст. 24 Конституции Российской Федерации). Это, по сути, исключает любые формы государственного вмешательства, в том числе и все формы ограничения указанного права в порядке, предусмотренном ч. 3 ст. 55 Основного Закона Российской Федерации, в данную область общественных отношений.

С другой стороны, Конституционный Суд Российской Федерации, исходя из необходимости установления баланса интересов, допускает возможность некоего внедрения в эту область, что выражается в многочисленных отсылках к федеральному законодательству и положениям ст. 55 Конституции Российской Федерации. При этом одним из базовых аргументов, обосновывающих такое вмешательство, Конституционный Суд Российской Федерации называет именно существование пределов информационного самоопределения.

Едва ли можно обвинять только суд в несколько запутанной аргументации, поскольку очевидным представляется тот факт, что сама специфика прав и свобод, имеющих информационное содержание, не позволяет однозначно интегрировать их в существующую конструкцию конституционного каталога прав и свобод, что представляется проблемой, требующей в первую очередь системной научной проработки, а также комплексной законодательной регламентации.

Кроме того, можно сделать и несколько более конкретных выводов по содержанию исследования:

1) актуальной проблемой до настоящего момента остается устранение множества правовых пробелов в области понимания генома человека, генетической информации, правовой регламентации организации и проведения генетических исследований и др. Одним из способов преодоления сложившейся ситуации является конкретизация положений действующего законодательства Российской Федерации в данной области, может ему способствовать Конституционный Суд Российской Федерации¹⁵;

2) Конституционный Суд Российской Федерации, косвенно признавая в ряде своих решений некоторые особенности общественных отношений, касающихся генома человека (по вопросам использования обязательной генетической экспертизы в части установления отцовства, регулирования отношений между суррогатной матерью и генетическими родителями), зачастую воздерживается от их содержательного конституционно-правового анализа. Вместе с тем активное развитие биотехнологий подразумевает необходимость нормативного регулирования новых общественных отношений, формирования соответствующей правоприменительной практики. В данном случае правовые позиции высшего суда – судебного органа конституционного контроля – являются во многом определяющими при формировании правоприменительной практики (в том числе судебной) и определении вектора дальнейшего развития российского законодательства;

3) Конституционный Суд Российской Федерации в целом уделил незначительное внимание важным прикладным вопросам защиты геномной информации и соответствующих законных интересов граждан. Так, например, отсутствует правовая определенность в вопросах о необходимости установления норм юридической ответственности за совершение неправомерных деяний в области проведения генетических исследований и применения их результатов. Таким образом, отмеченные общественные отношения фактически существуют в российской правовой системе в режиме, условно говоря, правового вакуума, когда, с одной стороны, предусмотрены некие конституционные основы и существует легальная практика применения данных процедур, но, с другой стороны, ряд важнейших правовых механизмов, прежде всего в области защиты прав участников геномных отношений в целом, не функционируют, отсутствует необходимая правоприменительная практика в первую очередь высших судов.

Библиографические ссылки

1. Васильев ГВ. Геномика. *Вавиловский журнал генетики и селекции*. 2014;18(1):158–165.
2. Alimov EV. Genomic research legal regulation system: experience of Russia and the USA. *RUDN Journal of Law*. 2019;23(4):546–564.
3. Зорькин ВД, редактор. *Комментарий к Конституции Российской Федерации*. Москва: Норма; 2013. 1040 с. Совместно с издательством «ИНФРА-М».

¹⁵См.: По делу о проверке конституционности положений части четвертой статьи 25.10 и подпункта 1 части первой статьи 27 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» в связи с жалобой гражданина Республики Корея Х. : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 20 окт. 2016 г. № 20-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 44. Ст. 6195 ; По делу о проверке конституционности части 1 статьи 157 Жилищного кодекса Российской Федерации, абзацев третьего и четвертого пункта 42(1) Правил предоставления коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов в связи с жалобой гражданина С. Н. Деминца : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 10 июня 2018 г. № 30-П // Там же. 2018. № 30. Ст. 4808 ; По делу о проверке конституционности статьи 15.33.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой гражданки У. М. Эркеновой : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 4 февр. 2019 г. № 8-П // Там же. 2019. № 7, ч. 2. Ст. 711.

4. Калиниченко ПА. Развитие судебной практики по делам в сфере геномики человека: мировой опыт и Россия. *Lex russica (Русский закон)*. 2019;6:30–36. DOI: 10.17803/1729-5920.2019.151.6.030-036.
5. Захарова МВ. Конституции о геномных исследованиях: взгляд России и Швейцарии. *Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА)*. 2019;4:101–107. DOI: 10.17803/12311-5998.2019.56.4.101-107.
6. Крысенкова НБ, Чурсина ТИ. Правовое регулирование геномных исследований в зарубежных странах. *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2019;5:140–153.
7. Лазарев ВВ, Гаджиев ХИ, Алимов ЭВ, Алимova ДР, Грачева СА, Долова МО и др. *Защита данных: научно-практический комментарий к судебной практике*. Москва: Юридическая фирма «Контракт»; 2020. 176 с.

References

1. Vasil'ev GV. [Genomics]. *Vavilov Journal of Genetics and Breeding*. 2014;18(1):158–165. Russian.
2. Alimov EV. Genomic research legal regulation system: experience of Russia and the USA. *RUDN Journal of Law*. 2019;23(4):546–564.
3. Zor'kin VD, editor. *Kommentarii k Konstitutsii Rossiiskoi Federatsii* [Commentary on the Constitution of the Russian Federation]. Moscow: Norma; 2013. 1040 p. Co-published by «INFRA-M». Russian.
4. Kalinichenko PA. Development of court practice in cases involving human genomics: world experience and Russia. *Lex Russica*. 2019;6:30–36. Russian. DOI: 10.17803/1729-5920.2019.151.6.030-036.
5. Zakharova MV. The constitution on genomic research: a view of Russia and Switzerland. *Vestnik Universiteta imeni O. E. Kutafina (MGYuA)*. 2019;4:101–107. Russian. DOI: 10.17803/12311-5998.2019.56.4.101-107.
6. Krysenkova NB, Chursina TI. Legal regulation of genomic research in foreign countries. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*. 2019;5:140–153. Russian.
7. Lazarev VV, Gadzhiev KhI, Alimov EV, Alimova DR, Gracheva SA, Dolova MO, etc. *Zashchita dannykh: nauchno-prakticheskii kommentarii k sudebnoi praktike* [Data protection: scientific and practical commentary on judicial practice]. Moscow: Yuridicheskaya firma «Kontrakt»; 2020. 176 p. Russian.

Статья поступила в редколлегию 10.07.2020.
Received by editorial board 10.07.2020.

УДК 342.72

ОБЯЗАТЕЛЬНАЯ ВАКЦИНАЦИЯ В ЭПОХУ ПАНДЕМИИ COVID-19: ВВОДИТЬ НЕЛЬЗЯ ОТМЕНИТЬ

Е. Н. МАРКОВА¹⁾

¹⁾Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова, Ленинские горы, 1, 119991, г. Москва, Россия

Рассматриваются проблемы ограничения прав и свобод человека при введении обязательной вакцинации от COVID-19, анализируются аргументы за и против обоснования предоставления права на отказ от прививок и судебная практика по этому вопросу в сравнительной перспективе.

Ключевые слова: право на личную неприкосновенность; свобода совести и вероисповедания; право на уважение семейной жизни; обязательная вакцинация; пандемия; COVID-19; практика ЕСПЧ.

MANDATORY VACCINATION IN THE ERA OF THE COVID-19 PANDEMIC: SHALL WE EITHER INTRODUCE OR CANCEL THE REQUIREMENT?

E. N. MARKOVA^a

^aLomonosov Moscow State University, 1 Leninskie Gory, Moscow 119991, Russia

The article discusses the problems of restricting human rights and freedoms when introducing mandatory vaccination from COVID-19, analyses the arguments for and against the justification for granting the right to refuse vaccination and judicial practice on this issue in a comparative perspective.

Keywords: right to personal integrity; freedom of conscience and religion; right to respect for family life; mandatory vaccination; pandemic; COVID-19; ECHR practice.

Одним из главных последствий нынешнего мирового кризиса, возникшего в связи с угрозой распространения коронавирусной инфекции COVID-19, стала новая волна публичных дебатов по вопросу о введении обязательной вакцинации. Когда разработка вакцины от COVID-19 повлечет

за собой обязательство государств предоставлять ее населению, находящемуся под их юрисдикцией, что произойдет с теми лицами, которые не захотят вакцинироваться? Будет ли принудительная вакцинация единственным выходом в условиях пандемии?

Добровольная или обязательная вакцинация: подходы современных государств

И Республика Беларусь, и Российская Федерация на настоящий момент рассматривают вакцинацию (профилактические прививки) как один из видов медицинского вмешательства и гарантируют автономии пациента, распространяя требование ин-

формированного добровольного согласия на вакцинацию или отказа на нее.

Такой подход к вакцинации соответствует международным стандартам и рекомендациям. Так, Конвенция о защите прав человека и человеческо-

Образец цитирования:

Маркова ЕН. Обязательная вакцинация в эпоху пандемии COVID-19: вводить нельзя отменить. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:38–45.

For citation:

Markova EN. Mandatory vaccination in the era of the COVID-19 pandemic: shall we either introduce or cancel the requirement? *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:38–45. Russian.

Автор:

Елена Николаевна Маркова – кандидат юридических наук; ассистент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета.

Author:

Elena N. Markova, PhD (law); assistant at the department of constitutional and municipal law, faculty of law. e_markova@law.msu.ru

го достоинства в связи с применением достижений биологии и медицины (далее – Конвенция Овьедо) в ст. 5, 6 обращает внимание на то, что ни одно медицинское вмешательство не может осуществляться без согласия человека, а проведение медицинского вмешательства в отношении недееспособных или несовершеннолетних лиц, не способных дать свое согласие по закону, может быть проведено только с разрешения его представителя, органа власти либо лица или учреждения, определенных законом¹. Конвенция о правах ребенка в ст. 5, п. 2 ст. 14 также гарантирует родительские права, заявляя, что государства-участники уважают «права и обязанности родителей... направлять ребенка в осуществлении его права таким образом, чтобы это соответствовало развивающимся способностям ребенка»².

Законом Республики Беларусь от 18 июня 1993 г. № 2435-ХІІ «О здравоохранении» (ст. 41, 42, 44, 45) и Законом Республики Беларусь от 7 января 2012 г. № 340-З «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» (ст. 24) закреплены права и обязанности медицинских работников и родителей, в отношении иммунопрофилактики (проведения профилактических прививок). Каждый гражданин Республики Беларусь имеет право на получение бесплатных прививок в рамках Национального календаря профилактических прививок³ и право отказаться от них. Если гражданин отказывается от прививок для себя или своих детей, он получает право на достоверную информацию о последствиях такого отказа. При этом никакой ответственности за отказ от вакцинации (штрафы, отказ в приеме в государственные детские сады и школы,

ограничения по больничным листам) не установлено⁴.

Вакцинация в России также объявлена действующим законодательством добровольной процедурой. Государство не может вакцинировать детей в обязательном порядке, равно как принуждать их родителей дать согласие на то, чтобы ребенку были поставлены прививки, однако в последние годы усилились дискуссии о поиске альтернативных инструментов влияния на данную ситуацию⁵ и даже о необходимости введения обязательной вакцинации⁶.

Российское законодательство закрепляет также и право на отказ от вакцинации: гражданин, один из родителей или иной законный представитель несовершеннолетнего в возрасте до 15 лет или больного наркоманией несовершеннолетнего в возрасте до 16 лет, законный представитель лица, признанного недееспособным, вправе отказаться от вакцинации, при этом перечень причин и мотивов подобных отказов не установлен (ч. 3 ст. 20 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»; п. 1 ст. 5, п. 2 ст. 11 Федерального закона от 17 сентября 1998 г. № 157-ФЗ «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней») (далее – Федеральный закон № 157-ФЗ).

Отсутствие профилактических прививок⁷ влечет следующие последствия:

- запрет для граждан на выезд в страны, пребывание в которых в соответствии с международными медико-санитарными правилами либо международными договорами Российской Федерации требует конкретных профилактических прививок;

¹Конвенция о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине : [заключена в г. Овьедо, 4 апр. 1997 г.] : с изм. от 27 нояб. 2008 г. [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс / ООО «ЮрСпектр». М., 2020.

²Конвенция о правах ребенка : [одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20 нояб. 1989 г. // Сб. междунар. договоров СССР. 1993. Вып. XLVI. С. 986–992.

³В целях профилактики инфекционных заболеваний, предупреждаемых с помощью иммунобиологических лекарственных средств, и поддержания санитарно-эпидемиологического благополучия населения в Республике Беларусь постановлением Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 17 мая 2018 г. № 42 «О профилактических прививках» утверждены Национальный календарь профилактических прививок и Перечень профилактических прививок по эпидемическим показаниям. См.: О профилактических прививках : постановление М-ва здравоохранения Респ. Беларусь от 17 мая 2018 г. № 42 [Электронный ресурс]. URL: https://pravo.by/upload/docs/op/W21833221_1528750800.pdf (дата обращения: 15.07.2020). Из этого документа следует, что большинство профилактических прививок делается именно детям, в том числе в раннем возрасте, начиная с первых часов жизни.

⁴Примечательна в связи с этим следующая фраза: «Прививки обязательны, но не насильственны». См.: Прививки обязательны? [Электронный ресурс]. URL: <http://www.minskstanepid.by/node/460> (дата обращения: 15.07.2020).

⁵Предложение Министерства здравоохранения Российской Федерации внести изменения в законодательство путем введения наказания в виде штрафа или иных мер за отказ родителей от вакцинации детей (например, оплачивать больничный таких граждан не в полном размере). См.: Минздрав придумал наказание для родителей за отказ от вакцинации детей [Электронный ресурс]. URL: <https://lenta.ru/news/2017/09/17/minzdrav/> (дата обращения: 15.07.2020).

⁶В России отменяют право на отказ от прививок и создадут вооруженные прививочные патрули [Электронный ресурс]. URL: <https://panorama.pub/7542-otmenyat-pravo-na-otkaz-ot-privivok.html> ; Онищенко считает «преступным» отказ матерей от прививок детям [Электронный ресурс]. URL: <https://ria.ru/society/20110104/317613327.html> (дата обращения: 15.07.2020).

⁷Профилактическими прививками являются те, которые подразумевают введение в организм иммунобиологических лекарственных препаратов для иммунопрофилактики в целях создания специфической невосприимчивости у организма к инфекционным болезням (ст. 1 Федерального закона от 17 сентября 1998. № 157-ФЗ «Об иммуно-профилактике инфекционных болезней»). См. также: Об утверждении Национального календаря профилактических прививок и календаря профилактических прививок по эпидемическим показаниям : утв. приказом М-ва здравоохранения Рос. Федерации от 21 марта 2014 г. № 125н (зарегистр. в Минюсте РФ 25 апр. 2014 г., № 32115) [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс / ООО «ЮрСпектр». М., 2020.

- временный отказ в приеме граждан в образовательные организации и оздоровительные учреждения в случае возникновения массовых инфекционных заболеваний или при угрозе возникновения эпидемий;

- отказ в приеме граждан на работы или отстранение граждан от работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями (ч. 2 ст. 5 Федерального закона № 157-ФЗ; Письмо Минздрава России от 9 ноября 2017 г. № 15-2/3111843-28319⁸).

В Европе по вопросу вакцинации нет единого выработанного подхода: исследование, проведенное в 2010 г. в 27 странах Европейского союза, показало, что в 15 из них не было требования обязательной вакцинации⁹. В то же время Италия добавила 10 позиций в свой список обязательных вакцин; Франция и Румыния разработали и приняли новые законы, которые позволяют привлечь к ответственности родителей невакцинированных детей; Финляндия ввела в марте 2018 г. законодательные акты, которые требуют от поставщиков медицинских и социальных услуг обеспечить иммунизацию их персонала против кори, ветряной оспы, коклюша и гриппа. Таким образом, наметилась тенденция к введению требования обязательной вакцинации.

В государствах – членах Совета Европы наблюдается тенденция к применению более жестких мер ответственности. Как правило, речь идет о довольно внушительной сумме штрафа, но есть примеры привлечения отказавшихся родителей к уголовной ответственности. Так, согласно законодательству Соединенного Королевства родители, которые отказываются от медицинской помощи для своих детей (даже по религиозным убеждениям), подлежат уголовной ответственности, даже если их отказ является религиозным основанием.

В условиях пандемии и гонки ученых и фармацевтических компаний продолжается разработка вакцины от COVID-19, при этом новости об этапах тестирования таких препаратов, предсказывающие возможные сценарии вакцинации и провоцирующие слухи о чипировании населения под видом вакцинации, сопровождаются нескончаемыми комментариями чиновников, политиков, медицинских экспертов и юристов. Все вопросы, связанные с вакцинацией, носят на настоящий момент лишь

теоретический характер, решение об обязательной вакцинации от коронавируса пока не принято ни в одной стране, эффективность вакцины и группы риска, для которых прививка может быть обязательной, еще предстоит определить¹⁰. Тем не менее с юридической точки зрения остро стоит проблема баланса частных (права человека в связи с возможными ограничениями граждан, отказавшихся от вакцинации) и публичных интересов (государственная безопасность и здоровье населения).

При этом требование о принудительной вакцинации отличается от схожих, на первый взгляд, отказов от медицинского вмешательства. Так, например, отказавшись от переливания крови, пациент ставит под угрозу лишь свою жизнь или жизнь и здоровье своего ребенка, при отказе от вакцинации затрагивается публичный интерес со стороны государства – эпидемиологическая безопасность всего населения (так называемый коллективный иммунитет).

Как справедливо отметил Верховный Суд США в решении по делу «Джейкобсон против Массачусетса», ограничение распространения серьезных инфекционных заболеваний посредством вакцинации является важным государственным интересом¹¹. Алма-Атинская декларация 1978 г. провозглашает, что «правительства несут ответственность за здоровье своего народа»¹², первичную медико-санитарную помощь, включая «иммунизацию от основных инфекционных заболеваний» (§ V, § VII)¹³.

При введении обязательной вакцинации необходимо тщательно взвесить все аргументы за и против, поскольку речь идет об ограничении нескольких прав и свобод человека:

- права на жизнь (прививки могут представлять потенциальный риск для здоровья);
- права на физическую неприкосновенность (обязательная вакцинация, несомненно, является интрузивным медицинским вмешательством);
- права на уважение семейной жизни, в частности, права родителей принимать решения в отношении своего ребенка (если отложить или отказаться от вакцинации можно только по медицинским основаниям, а возражения родителей не принимаются в качестве исключений, можно говорить о вмешательстве в право родителей воспитывать

⁸Документ опубликован не был.

⁹Австрия, Кипр, Дания, Испания, Эстония, Финляндия, Германия, Ирландия, Литва, Люксембург, Норвегия, Нидерланды, Португалия, Соединенное Королевство и Швеция не имеют требований к вакцинации. См.: Mandatory and recommended vaccination in the EU, Iceland and Norway: results of the VENICE 2010 survey on the ways of implementing national vaccination programmes [Electronic resource]. URL: <https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/ese.17.22.20183-en> (date of access: 15.07.2020).

¹⁰Вакцинацию от коронавируса могут сделать обязательной для части россиян [Электронный ресурс]. URL: <https://ria.ru/20200710/1574193913.html> (дата обращения: 15.07.2020).

¹¹US Supreme Court. *Jacobson v. Massachusetts*, 1905. § 36.

¹²Здесь и далее перевод наш. – Е. М.

¹³Declaration of Alma-Ata [Electronic resource]. URL: https://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf (date of access: 15.07.2020).

вать детей согласно своим взглядам и убеждениям, в том числе в право выступить против введения вакцин, которые они сочли ненужными, потенциально опасными для здоровья или противоречащими их религиозным убеждениям);

• свободы совести и вероисповедания (право на отказ от исполнения правовой обязанности по соображениям совести можно определить как право не действовать против своей совести и религиозных убеждений) [1].

Правовые позиции судебных органов в сравнительной перспективе

Исторически первое дело об обязательной вакцинации было рассмотрено Верховным Судом США в 1905 г. По делу «Джейкобсон против Массачусетса»¹⁴, в котором была предпринята попытка обжаловать требование обязательной вакцинации против оспы, Верховный Суд США постановил, что полицейская власть государства включает разумные правила, установленные законодательным органом для защиты общественного здоровья и безопасности. Такие нормы не нарушают права на свободу, закрепленного в 14-й поправке к Конституции США, поскольку они подпадают под многочисленные ограничения, которым каждый человек неизбежно подвергается ради общего блага. Подлинная свобода для всех не может существовать, если каждому человеку позволено действовать независимо от вреда, который его действия могут причинить другим; свобода ограничена законом. Поэтому государство может принудить к вакцинации, если совет здравоохранения сочтет это необходимым для общественного здоровья или безопасности.

При определении конституционности закона, принятого для защиты общественного здоровья и безопасности, суд счел несущественным, что часть медицинского сообщества признавала вакцинацию бесполезной или даже вредной. Государство имеет право выбирать между противоположными медицинскими теориями и передавать этот вопрос на рассмотрение местной комиссии, состоящей из лиц, проживающих в том же населенном пункте, и наделенных правом принятия решения. Кроме того, не имеет значения, действительно ли вакцина эффективна, поскольку государственные органы убеждены, что обязательная вакцинация будет способствовать общему благосостоянию и станет разумным и надлежащим путем осуществления государственной власти. Крайне необходимо, чтобы община имела право защищать себя от эпидемии болезней, угрожающих безопасности ее членов.

Этому судебному решению по делу «Джейкобсон против Массачусетса» уже более 100 лет, и оно не было пересмотрено должным образом. Суд следует доктрине *stare decisis*, которая предписывает

ему исполнять существующие судебные решения, когда те же самые моменты возникают в судебном разбирательстве, если нет достаточных оснований для отступления от прецедента. В данном случае решение суда оставалось в силе (не позволяя ни одному человеку отказываться от вакцинации, пока он остается в общей популяции) на том основании, что сделать такое исключение означало бы лишить законодательную власть ее функции по заботе о здоровье и безопасности населения, когда ему угрожает эпидемическая болезнь. Это правило действует несмотря на случайные негативные последствия вакцинации и невозможность определить, можно ли безопасно вакцинировать конкретного человека. Единственным исключением в данном случае является предоставление очевидного или обстоятельного доказательства государственному управлению здравоохранения о том, что вакцинация серьезно ухудшит здоровье или, возможно, вызовет смерть.

Обязательные правила вакцинации также были признаны в качестве пропорциональных конституционными судами государств – членом Совета Европы, в том числе Франции, Чехии, Хорватии, Словакии, Словении, бывшей Югославской Республики Македонии¹⁵. Конституционный суд Италии 22 ноября 2017 г. установил, что обязательная вакцинация для детей, посещающих школы, оправдана¹⁶.

В деле «Ботфа и 13 других заявителей против Сан Марино» Европейская комиссия по правам человека установила правило, согласно которому «обязательство вакцинироваться, закрепленное в соответствующем законодательстве, распространяется на всех, независимо от их религии или личных убеждений»¹⁷. Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) также согласился с соразмерностью принудительной вакцинации против дифтерии в деле «Соломахин против Украины»¹⁸ и предложил два критерия для оценки вмешательства в право заявителя: 1) соображения общественного здравоохранения и необходимость контроля за распространением инфекционных заболеваний; 2) предпринятие необходимых мер предосторожности в целях оценки пригодности вакцинации

¹⁴US Supreme Court. *Jacobson. Massachusetts. 1905.*

¹⁵См. подробнее: *European countries move to expand, enforce vaccine mandates* [Electronic resource]. URL: <https://thevaccine-reaction.org/2018/02/european-countries-move-to-expand-enforce-vaccine-mandates/> (date of access: 15.07.2020).

¹⁶*Obbligo dei vaccini legittimo nel contesto attuale* [Electronic resource]. URL: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20171122143132.pdf (date of access: 15.07.2020).

¹⁷*Boffa and 13 others v. San Marino. 15 Jan. 1998. App. No. 26536/95.*

¹⁸*Solomakhin v. Ukraine. 6 May 2008. App. No. 24429/03. § 36.*

для рассматриваемого индивидуального случая заболевания. Необходимо обеспечить, чтобы «медицинское вмешательство не наносило заявителю ущерба в той степени, которая нарушила бы баланс интересов между личной неприкосновенностью заявителя и общественными интересами защиты здоровья населения»¹⁹.

В настоящее время в ЕСПЧ находится на рассмотрении еще одно дело об обязательной вакцинации – «Вавржичка и другие против Чешской Республики»²⁰ [2]. В одно дело были объединены сразу шесть жалоб, в которых родители обосновывали свое право на отказ от обязательной вакцинации детей, ссылаясь в основном на собственное право на неприкосновенность частной и семейной жизни, свободу совести и религии и право на образование (ст. 8 и 9 Европейской конвенции по правам человека (далее – ЕКПЧ) и ст. 2 Протокола № 1 ЕКПЧ). При этом мотивы подобных отказов отличаются: две семьи отказались абсолютно от всех вакцин по религиозным убеждениям, другие возражали только против некоторых прививок, сомневаясь в их эффективности; наконец, родители-биологи хотели сделать прививку своим детям, но в более поздние сроки, чем это было предусмотрено государством (в этом случае отказ был вызван некоторыми проблемами со здоровьем ребенка). Тем не менее все заявители независимо от причин «прививочного саботажа» были привлечены к ответственности: один из них был оштрафован, а пятерым оставшимся запретили определять детей в государственные школы и детские сады.

Недавняя передача дела «Вавржичка и другие против Чешской Республики» (о последствиях отказа соблюдать чешское законодательство об обязательной вакцинации) в Большую палату ЕСПЧ иллюстрирует сложность этого вопроса. 1 июля 2020 г. Большая палата ЕСПЧ провела слушания по данному делу²¹.

Несмотря на то что жалобы заявителей поступили задолго до наступления пандемии и угрозы заражения новой коронавирусной инфекцией, дело не случайно было передано в Большую палату ЕСПЧ для того, чтобы у сторон была возможность устно изложить наиболее важные аргументы по делу, и прежде всего, чтобы судьи могли непосредственно задавать вопросы обеим сторонам. Заседание состоялось уже после окончания «особого режима» работы суда, установленного в связи с пандемией

коронавируса COVID-19, и, конечно, нельзя не заметить, что на фоне непрекращающихся сообщений в СМИ об этапах разработки вакцины против COVID-19 аргументация по этому делу привлекает особое внимание.

Передача дела в Большую палату ЕСПЧ свидетельствует о том, что существует «опасность противоречия с предыдущим решением суда» (ст. 30 ЕКПЧ). Важность этого случая также подтверждается вступлением в качестве третьей стороны четырех государств (Германии, Польши, Словакии и Франции) и четырех некоммерческих организаций²², которые также представили свои письменные замечания.

Аргументация чешского правительства в защиту законности обязательства по вакцинации под страхом штрафа и отказа в зачислении детей без прививок в государственные школы заключалась в том, что оно полностью полагается на выводы ученых, международный консенсус и мнение чешского Национального комитета по иммунитету.

Представитель государства даже пришел к выводу, что суд не вправе ставить под сомнение научные выводы, лежащие в основе требования обязательной по вакцинации. Научные аргументы в отношении коллективного иммунитета, безопасности вакцин и медицинских исследований, демонстрирующих их эффективность, также позволили представителю правительства сделать вывод о том, что родители, выступающие против вакцинации своих детей, представляют опасность для здоровья населения.

При этом акцент в выступлении был сделан также на доводе о том, что Чешская Республика не принуждала к вакцинации детей, а наказала за отказ от нее штрафом тех, кто не предпринял никаких других мер. Запрет на зачисление непривитых детей в государственные школы был представлен правительством не как личная ответственность, а как общая мера защиты.

Тем не менее представитель государства тут же признал, что в чешское законодательство в апреле 2020 г. было внесено изменение, устанавливавшее систему компенсации за ущерб здоровью, причиненный обязательными прививками. И это, безусловно, свидетельствует о косвенном признании государством того, что вакцины не всегда безопасны. Эта система, по всей видимости, заимствованная из Соединенных Штатов Америки, позволяет

¹⁹Guide on Article 8 of the European convention on human rights [Electronic resource]. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf (date of access: 15.07.2020).

²⁰Cinquième section [Electronic resource]. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-157728"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (date of access: 15.07.2020).

²¹См.: Webcasts of hearings [Electronic resource]. URL: https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=4762113_01072020&language=lang&c=&py=2020 (date of access: 15.07.2020).

²²Ассоциация лиц, пострадавших от вакцинации (Association of Vaccine Injured Persons), Ассоциация Розалио – родители за лучшую осведомленность и свободный выбор вакцинации (the Rozalio Association), Европейский форум по бдительности за вакцинацией (the European Forum for Vigilance Vaccine), Европейский центр прав и правосудия (the European Centre for Law and Justice).

родителям детей, у которых развивается тяжелая патология после введения вакцины, подавать иск о компенсации. Этот иск рассматривается специализированным комитетом медицинских экспертов, который оценивает вероятность присутствия причинно-следственной связи между введением вакцины (порождающим фактом) и развитием патологии (вредом), для решения о присуждении (неприсуждении) компенсации. Преимущество этой системы заключается в том, что она обеспечивает более быструю и простую компенсацию, чем в судебном порядке, при этом причинно-следственная связь между деянием и ущербом может быть лишь вероятной без необходимости обязательного ее доказывания.

Аргументация родителей-заявителей была выстроена вокруг соразмерности санкций, адвокат заявил, что запрещение доступа к государственному образованию является слишком суровым наказанием и что условия доступа к недавно введенной системе компенсаций имеют слишком много ограничений, а компенсации являются слишком низкими.

По мнению родителей-заявителей, ученые, пропагандирующие вакцинацию, часто сталкиваются с конфликтом интересов, исследования обязательных вакцин ненадежны или вообще отсутствуют, а полезность всех вакцин, вводимых в раннем возрасте у детей, вызывает сомнения. Также адвокат указал на «диктатуру», когда правительство опирается исключительно на научное мнение медицинских экспертов, однако никто не может отрицать, что в прошлом врачи или ученые никогда не ошибались. Адвокат отметил, что если слепо следовать рекомендациям Ассоциации чешских специалистов и Национального комитета по иммунитету, то по-прежнему надо проводить принудительную стерилизацию и другие медицинские процедуры, которые сегодня запрещены.

Действительно, пандемия COVID-19 в настоящее время делает очевидными все проблемы, связанные с вакцинами и взаимодействием между фармацевтической промышленностью и учеными, и то, насколько научный консенсус иногда может быть инструментализован или искажен. Мно-

гие медицинские исследования, опубликованные в престижных журналах, стали основой для принятия строгих ограничительных мер. Однако некоторые из этих исследований были также поставлены под сомнение частью научного сообщества, хотя и представлялись как надежные и окончательные.

Европейские судьи демонстрировали живой интерес к делу и не скупилась на многочисленные вопросы во время судебного заседания: какой уровень охвата вакцинацией необходимо достичь, чтобы обезопасить население? Являются ли правительственные подходы к пропаганде, а не к обязательной вакцинации менее эффективными? Как невакцинированные дети могут заражать вакцинированных? Кто принимает решение в наилучших интересах ребенка, если мнение родителей отличается от мнения экспертов? Какой смысл прививать младенцев от гепатита В? Кто составляет список обязательных вакцин и какие существуют гарантии во избежание конфликта интересов? Какой процент случаев возникновения серьезных заболеваний в результате вакцинации? Можно ли навязывать людям вакцинацию в качестве акта солидарности? Если да, то по какой статье ЕКПЧ существует обязательство солидарности?

В ответ представитель чешского правительства в основном отступил от рекомендаций и информации, предоставленных Всемирной организацией здравоохранения (ВОЗ), и не смог точно указать необходимые показатели охвата вакцинацией. В то же время адвокат заявителя обратил внимание, что страны, в которых нет обязательной вакцинации, достигли такого же уровня охвата вакцинацией, как в странах, где прививки обязательны. Кроме того, побочные эффекты вакцин не изучены должным образом и возражение против вакцинации является вопросом признания права на отказ от исполнения обязательства по соображениям совести, поставленным в ходе научной дискуссии.

Ожидается, что ЕСПЧ вынесет свое решение до конца 2020 г., к тому времени, когда закончатся разработка и тестирование вакцины против COVID-19 и встанет вопрос об общей обязательной вакцинации.

Поиск баланса между конкурирующими интересами человека и сообщества в целом в условиях пандемии COVID-19

По своей природе вакцинация воспринимается как профилактическая мера. Наделение властей правом действовать только в тех случаях, когда болезнь уже заразила человека, снижает эффективность защиты, в которой он нуждается.

По данным ВОЗ, «многочисленные фактические данные свидетельствуют о преимуществах иммунизации как одного из наиболее успешных и экономически эффективных мероприятий в области

здравоохранения. За последние несколько десятилетий иммунизация дала много результатов, включая искоренение оспы – достижение, которое было названо одним из величайших триумфов человечества. Вакцины спасли бесчисленное количество жизней, снизили глобальную заболеваемость полиомиелитом на 99 % и уменьшили заболеваемость, инвалидность и смертность от дифтерии, столбняка, коклюша, кори, гемофильной инфекции типа В

и эпидемического менингококкового менингита»²³. Задача, поставленная ВОЗ, требует, чтобы «к 2020 г. охват целевых групп населения достиг не менее 90 % национального охвата вакцинацией»²⁴.

Аналогичным образом, Европейская социальная хартия (ст. 11) обеспечивает право на охрану здоровья и предусматривает, что стороны должны принимать надлежащие меры, направленные, в частности, «на предотвращение, насколько это возможно, эпидемических, эндемических и других заболеваний, а также случайностей»²⁵. Эта мера полностью соответствует Рекомендации 1317 Комитета министров, в которой государствам-членам предлагается «разработать или возобновить комплексные государственные программы вакцинации в качестве наиболее эффективного и экономичного средства профилактики инфекционных заболеваний и организовать эффективный эпидемиологический надзор»²⁶.

Понятие необходимости принятия соответствующих мер подразумевает установление справедливого баланса между конкурирующими интересами человека и сообщества в целом. В этом смысле пределы усмотрения государства ограничены: поскольку национальные органы власти находятся в прямом и постоянном контакте с «насущной социальной потребностью», они, скорее всего, будут иметь возможность оценить ее характер и необходимые меры для осуществления²⁷.

В этом смысле нужно оценивать пропорциональность таких мер, проверяя, не могли ли быть приняты какие-либо другие меры для достижения той же цели, и менее серьезно вмешиваться в осуществление соответствующего основного права.

Чем вакцинация от COVID-19 отличается от иных профилактических прививок и имеют ли эти различия значение для юридической аргументации?

Во-первых, аргумент об уместности применения принудительной вакцинации от COVID-19 основан сейчас только на презумпции о том, что вакцина от новой коронавирусной инфекции будет оказывать профилактическое воздействие на человека. В связи с этим тревогу вызывают сообщения некоторых ученых о недостижимом иммунитете и исчезновении антител у некоторых переболев-

ших COVID-19. Так, например, исследование группы международных ученых под руководством специалистов Национального центра эпидемиологии Испании показало, что антитела к коронавирусу могут исчезать из организма человека, который переболел COVID-19²⁸. Такой вывод позволяет предположить, что коллективный иммунитет может оказаться недостижимым.

Во-вторых, охрана здоровья населения на настоящий момент не может быть обеспечена иными, менее интрузивными средствами (альтернативных вариантов мер по прекращению распространения COVID-19 не существует в силу особенностей передачи вируса лицами – бессимптомными носителями и малоизученности новой инфекции для определения новых профилактических мер).

В связи с этим обязательная вакцинация представляется также соразмерной мерой, поскольку является наиболее эффективным методом для ликвидации заболевания в стране в долгосрочной перспективе. Вакцинация, бесспорно, соответствует насущной социальной потребности и является эффективным способом обеспечения здоровья населения.

Тем не менее приходится констатировать, что обоснование *необходимости* введения обязательной вакцинации строится на «диктатуре» экспертов, однако среди них нет консенсуса по этому вопросу²⁹, а значит, все в конечном счете зависит от правительства, которое вынуждено порой вслепую выбирать ту или иную стратегию борьбы с распространением COVID-19.

Сложно опираться и на противоречащие рекомендации ВОЗ, дезавуирующей порой свои предыдущие заявления. Представляется, что в таких условиях введение требования обязательной вакцинации от COVID-19 по крайней мере преждевременно и требует дополнительных медицинских исследований и разработки правовых механизмов процедуры отказа от принудительной вакцинации в ряде случаев [3], а также компенсации за ущерб здоровью, причиненный применением вакцины.

Отдельную проблему составляет утверждение требований тестирования и вакцинации, установленных работодателем. В качестве меры по защите

²³Global vaccine action plan 2011–2020 : [endorsed in May 2012]. [Electronic resource]. URL: https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/GVAP_doc_2011_2020/en/ (date of access: 15.07.2020).

²⁴Ibid. P. 27.

²⁵Европейская социальная хартия (пересмотренная) : [принята в г. Страсбурге 3 мая 1996 г.] // Бюл. междунар. договоров. 2010. № 4. С. 17–67.

²⁶Recommendation 1317 : vaccination in Europe [Electronic resource]. URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML-2HTML-en.asp?fileid=15351&> (date of access: 15.07.2020).

²⁷Ireland v. the United Kingdom. App. No. 5310/71.18.01.1978. § 207.

²⁸Prevalence of SARS-CoV-2 in Spain (ENE-COVID): a nationwide, population-based seroepidemiological study [Electronic resource]. URL: [https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736\(20\)31483-5](https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736(20)31483-5) (date of access: 15.07.2020).

²⁹Сама обязанность вакцинировать не доказана фактами, по мнению некоторых экспертов. Как отметил президент французского технического комитета вакцинаций, «страны, которые оставляют выбор родителям, имеют показатель вакцинации, довольно похожий на наш», т. е. показатель страны, которые вводят вакцинацию с помощью ограничений. См.: Casciano C. L'arrêt de la vaccination obligatoire est inéluctable [Electronic resource]. URL: https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/la-fin-de-la-vaccination-obligatoire-est-ineluctable_1662969.html (date of access: 15.07.2020).

своих работников и обеспечению рабочего процесса некоторые работодатели могут и в ряде случаев рассматривать обязательное тестирование работников на COVID-19 в качестве условия их возвращения на рабочие места. Могут ли работодатели требовать обязательного тестирования или обязательной вакцинации? Что нужно делать при несогласии работника на эти меры?

В Российской Федерации работодатель не вправе запрашивать информацию о состоянии здоровья работника, за исключением тех сведений, которые относятся к вопросу о возможности выполнения работником трудовой функции (ч. 1 ст. 88 Трудового кодекса Российской Федерации, далее – ТК РФ). В целях определения пригодности работника к выполнению поручаемой работы и предупреждения профессиональных заболеваний работодатель обязан обладать информацией о состоянии здоровья лиц, занятых на тяжелых работах, работах с вредными и (или) опасными условиями труда, на работах, связанных с движением транспорта, в организациях пищевой промышленности, общественного питания и торговли, водопроводных сооружений, лечебно-профилактических и детских учреждениях. В связи с этим при приеме на работу с определенной спецификой претендент на должность обязан пройти предварительное медицинское обследование и представить документ о состоянии здоровья, а в будущем – проходить периодические медицинские обследования (ст. 65, 69 и 213 ТК РФ).

Следует также обратить внимание на перечень категорий граждан, которые должны протий обязательное обследование, включая тестирование на COVID-19: 1) лица, вернувшиеся из зарубежных поездок при наличии признаков респираторных

заболеваний; 2) лица, имевшие контакты с инфицированными; 3) лица, которым диагностировали «внебольничную пневмонию»; 4) люди старше 65 лет, обратившиеся за медицинской помощью с симптомами респираторных заболеваний; 5) сотрудники медицинских учреждений, подвергающиеся риску инфицирования; 6) лица, постоянно пребывающие в организациях закрытого типа, включая персонал³⁰.

Обязательные медицинские тесты сотрудников разрешены до тех пор, пока такие тесты связаны с работой и соответствуют трудовой необходимости. С одной стороны, работодатели могут предпринять шаги, чтобы определить, есть ли у граждан, поступающих на рабочее место, COVID-19, включая тестирование, потому что сотрудники с вирусом могут представлять прямую угрозу для коллег и клиентов. Однако любое тестирование, ориентированное на определенные группы работников, основанное на принадлежности к какой-либо группе, включая возраст, фактическую или предполагаемую инвалидность или национальное происхождение, может подвергнуть работника риску стигматизации, а работодателя – предъявлению иска о дискриминации.

Таким образом, работодатель не вправе требовать от работника прохождения теста на коронавирус, если таковой не является обязательным элементом медицинского осмотра, и тем более не вправе требовать свидетельство о вакцинации в отсутствие законодательного закрепления такой обязанности. Тем не менее подобные обязанности нормами законодательства о социальном страховании и здравоохранении могут быть возложены на работника и работодателя, как на застрахованное лицо и страхователя.

Библиографические ссылки

1. Маркова ЕН. Право на отказ от обязательной вакцинации в соответствии с религиозными убеждениями: pro et contra. *Государственная власть и местное самоуправление*. 2019;2:3–9.
2. Puppink G. Compulsory vaccination: the Grand Chamber of the ECHR will decide [Internet; cited 2020 July 15]. Available from: <https://eclj.org/conscientious-objection/echr/vaccination-obligatoire--la-cedh-va-se-prononcer-en-grande-chambre>.
3. Маркова ЕН. Религиозно мотивированные возражения против исполнения правовых обязанностей: критерии оценки и защита убеждений личности в религиозно-правовых спорах. *Конституционное и муниципальное право*. 2020;3:33–45.

References

1. Markova EN. The right to refuse from obligatory vaccination on religious grounds: pro et contra. *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie*. 2019;2:3–9. Russian.
2. Puppink G. Compulsory vaccination: the Grand Chamber of the ECHR will decide [Internet; cited 2020 July 15]. Available from: <https://eclj.org/conscientious-objection/echr/vaccination-obligatoire--la-cedh-va-se-prononcer-en-grande-chambre>.
3. Markova EN. Conscientious objection (refusal from the performance of legal liability on the grounds of conscientiousness and religious beliefs): evaluation criteria and the protection of individual beliefs. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*. 2020;3:33–45. Russian.

Статья поступила в редколлегию 10.07.2020.
Received by editorial board 10.07.2020.

³⁰См.: О дополнительных мерах по недопущению распространения COVID-2019 : постановление Гл. гос. санитар. врача Рос. Федерации от 30 марта 2020 г. № 9 [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс / ООО «ЮрСпектр». М., 2020.

КОНСТИТУЦИОННАЯ МОДЕРНИЗАЦИЯ: СОВРЕМЕННЫЕ ВЕКТОРЫ РАЗВИТИЯ

Т. С. МАСЛОВСКАЯ¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Выделяются и исследуются некоторые современные направления конституционной модернизации. Определяются основные цели проводимых и предлагаемых конституционных реформ в зарубежных странах. Анализируется опыт конституционной модернизации в отдельных государствах (Казахстан, Россия и др.).

Ключевые слова: конституция; конституционная модернизация; конституционная реформа; конституционное развитие; институциональная система государства; демократия.

CONSTITUTIONAL MODERNISATION: MODERN DEVELOPMENT VECTORS

T. S. MASLOVSKAYA^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The article highlights and explores some modern directions of constitutional modernisation. The main objectives of the ongoing and proposed constitutional reforms in foreign countries are determined. The experience of constitutional modernisation in selected foreign states (Kazakhstan, Russia, etc.) is analysed.

Keywords: constitution; constitutional modernisation; constitutional reform; constitutional development; institutional system of the state; democracy.

Введение

Одним из трендов современного конституционного развития выступает конституционная модернизация. Прогрессивное развитие государства и общества, появление новых вызовов – социальных, экологических, экономических, политических и др. – предопределяет необходимость новеллизации конституций. Учитывая разновекторность и в то же время индивидуальность конституцион-

но-правового развития современных государств, все же можно выделить определенные общие направления конституционной модернизации, получившие выражение в предлагаемых и проводимых конституционных реформах, а также попытаться спрогнозировать перспективные направления конституционных изменений в современном мире.

Основная часть

Полагаем, что конституционная модернизация выступает не просто составной частью правовой

модернизации, но является ее основой и носит фундаментальный, базовый характер. В целом

Образец цитирования:

Масловская Т.С. Конституционная модернизация: современные векторы развития. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:46–52.

For citation:

Maslovskaya TS. Constitutional modernisation: modern development vectors. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:46–52. Russian.

Автор:

Татьяна Станиславовна Масловская – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры конституционного права юридического факультета.

Author:

Tatiana S. Maslovskaya, PhD (law), docent; associate professor at the department of constitutional law, faculty of law.
maslovskayat@bsu.by

«конституционная модернизация ориентирует на глубокие преобразования в самой практике конституционно-правового развития, качественное обновление всех сфер современного конституционализма» [1, с. 13]. Разделяем позицию Н. С. Бондаря о том, что конституционная модернизация не сводится только к изменению самого Основного Закона [1, с. 27]. Безусловно, необходимо также изменение текущего конституционного законодательства. Со своей стороны отметим, что одним из способов конституционной модернизации выступает полная или частичная конституционная реформа.

В настоящее время во многих странах мира наблюдается масштабное обновление конституционного текста, вызванное изменениями в обществе и государстве, а также высокая динамика конституционных изменений. Белорусские исследователи справедливо обращают внимание на углубленный характер трансформации конституционных предписаний в ответ на изменяющиеся условия жизни [2, с. 48–49], а также на колоссальные по охвату и характеру изменений конституционные реформы в постсоциалистических странах на рубеже XX–XXI вв. [3, с. 60]. Масштабные и существенные социальные и политические преобразования в государстве легитимируются посредством проведения конституционных реформ (конституционная легитимация). Об этом свидетельствуют проводимые и предлагаемые реформы во многих странах (Армения, Казахстан, Россия, Франция и др.).

Следствием масштабной и углубленной трансформации конституционных предписаний выступает увеличение объема конституционного текста и его детализация, во многом обусловленная возрастанием количества объектов конституционного регулирования (новые его объекты рассматривались автором ранее [4; 5]).

Представляется, что в современных условиях можно вести речь о постоянном характере конституционной модернизации: для того чтобы идти в ногу со временем, необходимо обновлять конституционный текст посредством внесения изменений и дополнений как в Основной Закон, так и в текущее законодательство, а также при помощи деятельности (в первую очередь правообразующей) специализированных органов конституционного контроля. Полагаем, что данная тенденция сохранится. Переход от исключительности конституционной модернизации к постоянному реформированию конституции будет осуществляться в будущем.

Отметим, что практика отдельных западноевропейских государств демонстрирует пример «постоянного» реформирования Основного Закона. Так, за период с 1958 г. по настоящее время (по состоянию на 1 июля 2020 г.) Конституция Франции была пересмотрена 24 раза (было принято 24 конституционных закона). Вместе с тем конституци-

онные реформы в этой стране не имели одинаковой природы. Эволюция конституционного текста шла, на наш взгляд, по трем направлениям, т. е. все 24 пересмотра Основного Закона Франции можно разделить на следующие группы: 1) пересмотры, связанные с модернизацией институтов (от 6 ноября 1962 г., 29 октября 1974 г., 8 июля 1999 г., 2 октября 2000 г., 23 июля 2008 г.); 2) пересмотры, связанные с геополитическими изменениями (от 4 июня 1960 г., 25 июня 1992 г., 25 января 1999 г., 1 марта 2005 г., 4 февраля 2008 г.); 3) пересмотры, вызванные новыми требованиями общества (все остальные, в частности, от 27 июля 1993 г., 4 августа 1995 г., 28 марта 2003 г., 23 февраля 2007 г. и др.).

Как правило, каждый избранный президент Франции считает необходимым предложить определенную трансформацию конституционных положений, воплощенную в проекте конституционного закона, однако не все такие предложения находят логическое завершение (например, предложения президента Ф. Олланда в 2013 и 2016 г. о реформировании Конституции Франции поддержаны не были). Так, на сегодняшний день в Национальном Собрании Франции находится на рассмотрении проект конституционного закона «Об обновлении демократии», внесенный 29 августа 2019 г. премьер-министром, разработанный после консультаций президента Франции Э. Макрона с гражданами в ходе больших национальных дебатов и заменивший предыдущий проект конституционного закона «для более представительной, ответственной и эффективной демократии» [6, с. 103–107].

Конституционное развитие некоторых стран СНГ также свидетельствует о постоянном реформировании их конституций (например, Кыргызстана, Грузии и др.), однако мотивы и направления такого реформирования на постсоветском пространстве, особенно в начальный период независимого развития государств, отличаются от западноевропейской практики, что связано с особенностями как самих постсоветских стран, так и текстов их конституций (в первоначальной редакции). Эволюция политической и правовой систем государств постсоветского пространства предопределяет необходимость дальнейшей модернизации.

Важнейшей исходной точкой проведения конституционной модернизации выступает определение ее цели (целей), которая определяет вектор (векторы) таких преобразований. Как справедливо указывает Т. Я. Хабриева, «целеполагание при конституционной реформе находится в зависимости от общих закономерностей развития общественных отношений, от реальных возможностей государственных и иных институтов и применяемых средств. Конституционная реформа не должна иметь характера *ad hoc*, т. е. быть продиктована мотивами экономической, политической и иной конъюнктуры, она должна основываться на стра-

тегических программах, устремленных в будущее» [7, с. 113].

В рамках данной цели может быть разработана *стратегия конституционной модернизации*, определяющая ее задачи и основные направления. Такая стратегия также может устанавливать сроки и этапы конституционного реформирования (один либо несколько этапов), ожидаемые результаты. Этот подход нам представляется предпочтительным.

Важную роль в определении целеполагания и принципиальных направлений конституционной модернизации принадлежит главе государства. Именно определенная им цель (цели) конституционной реформы, ее основные направления становятся основой для трансформации предписаний Основного Закона.

Так, обращаясь с посланием к Федеральному собранию Российской Федерации 15 января 2020 г., В. В. Путин вынес для обсуждения ряд конституционных поправок, важных для *дальнейшего развития России как правового социального государства*, где высшей ценностью являются свободы и права граждан, достоинство человека, его благополучие, которые легли в основу конституционной модернизации. Например, президент Франции Н. Саркози после своего избрания в 2007 г., объявил парламенту о необходимости *модернизации государственных институтов*, что и было реализовано посредством конституционного закона от 23 июля 2008 г. «О модернизации институтов V Французской Республики». Действующий президент Франции Э. Макрон, обращаясь с посланием на совместном заседании палат французского парламента 3 июля 2017 г. объявил о глубинной реформе государственных институтов, главная цель которой – *укрепление доверия французов к своим государственным институтам и их представителям, обновление демократии*.

Таким образом, основными целями конституционных реформ на современном этапе выступают развитие правового и социального государства, укрепление демократических институтов и защита основных прав человека.

Учитывая, что конституционные преобразования могут существенным образом изменять текст конституции, обновляя его с учетом вызовов современного общественного развития, на сегодняшний день можно выделить несколько векторов таких преобразований (новеллизации конституции) в разных странах.

Первый из них предполагает усиление аксиологической составляющей конституции, нацио-

нальных ценностей государства, национальной идентичности. По данному вектору прошли конституционные реформы в Венгрии (2011), Латвии (2014), в Казахстане (2017), в Российской Федерации (2020) и др.

Так, Основной Закон Венгрии от 25 апреля 2011 г. проникнут духом национальной венгерской идентичности. Во вводной части («Национальное кредо») отмечается, что базовыми ценностями для венгров являются семья и нация, а также верность, вера и любовь. Примечательно, что общей целью граждан и государства является достижение блага, безопасности, порядка, справедливости и свободы, которые также, полагаем, выступают в качестве конституционных ценностей. Следует обратить внимание на то, что в основу новой венгерской конституции положены христианские ценности, в связи с этим закрепляется защита жизни зародыша с момента зачатия (ст. II), запрет евгенической практики, направленной на отбор людей, использование человеческого тела или его частей как источника наживы, клонирование (ч. 3 ст. III), защита института брака как добровольно установленных супружеских отношений между мужчиной и женщиной, а также семьи как основы сохранения нации (ст. L). В Основном Законе страны имеется ссылка на конституционную историю Венгрии, национальный язык, национальную культуру (вводная часть), провозглашается единство венгерской нации (ст. D)¹.

Законом Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» (вступил в силу 4 июля 2020 г. после одобрения на общероссийском голосовании) (далее – Закон РФ от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ) в Основной Закон включены положения о том, что «Российская Федерация, объединенная тысячелетней историей, сохраняя память предков, передавших нам идеалы и веру в Бога, а также преемственность в развитии Российского государства, признает исторически сложившееся государственное единство. Российская Федерация чтит память защитников Отечества, обеспечивает защиту исторической правды. Умаление значения подвига народа при защите Отечества не допускается» (ч. 2, 3 ст. 67¹)². В конституцию включено положение о русском языке как языке государствообразующего народа, о признании культуры Российской Федерации уникальным наследием, о защите культурной самобытности всех народов и этнических общностей государства, о признании детей важнейшим

¹The Fundamental law of Hungary [Electronic resource]. URL: <http://hunconcourt.hu/fundamental-law#> (date of access: 20.05.2020).

²О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти : Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ [Электронный ресурс]. URL: <http://duma.gov.ru/news/48045> (дата обращения: 20.05.2020).

достоянием, установлении приоритетов семейного воспитания и др.

Представленные примеры свидетельствуют об усилении национальной идентичности государства, защиты национальных ценностей и интересов.

Вторым вектором конституционной модернизации в современном мире выступает совершенствование институциональной системы государства (модернизация системы государственных органов). Данный вектор имеет многоаспектный характер. При конституционном реформировании по данному вектору возможны следующие преобразования:

- *модернизация формы правления, связанная с ее существенной трансформацией*, в частности, с переходом от одной формы правления к другой. Например, в Армении конституционная реформа 2015 г. закрепила переход от республики смешанного типа к парламентарной республике. В результате данного преобразования были расширены полномочия парламента, произошел переход к пропорциональной избирательной системе при выборах в парламент, за президентом сохранены только представительские полномочия, изменен порядок его избрания (отныне он избирается парламентом, а не путем прямых всеобщих выборов); правительство, являясь высшим органом исполнительной власти, на основании своей программы вырабатывает и осуществляет внутреннюю и внешнюю политику, ему подчиняются вооруженные силы государства; кандидатура премьер-министра выдвигается парламентским большинством и назначается президентом, и другие изменения;

- *модернизация в рамках существующей формы правления, связанная с перераспределением полномочий между органами государственной власти*. Так, в рамках модернизации президентской формы правления в Казахстане, которая носила поэтапный характер (2007 г., в значительной степени – 2017 г.), произошло усиление роли, самостоятельности и ответственности парламента и правительства, перераспределение отдельных полномочий между президентом, парламентом и правительством с учетом принципа единства и разделения государственной власти.

В частности, в результате модернизации 2017 г. принципиально изменились конституционные характеристики парламента Казахстана: он стал высшим представительным органом республики, осуществляющим законодательную власть. Это вытекает из отказа главы государства от полномочий по изданию указов, имеющих силу законов, осуществлению законодательных полномочий в случае делегирования их ему парламентом. Повысилась роль Мажилиса при формировании правительства:

премьер-министр после консультаций с Мажилисом вносит представление главе государства о кандидатурах членов правительства (за исключением министра иностранных дел, министра обороны и министра внутренних дел, которые назначаются и освобождаются президентом самостоятельно). Произошло усиление подотчетности и подконтрольности правительства парламенту и его палатам. Принципиально новой является норма, устанавливающая сложение правительством своих полномочий перед вновь избранным Мажилисом. Устанавливается двойная ответственность правительства в его деятельности как перед президентом, так и перед парламентом; на премьер-министра возлагается обязанность докладывать об основных направлениях деятельности правительства и о всех его важнейших решениях не только президенту, но и парламенту; палаты парламента наделяются правом по итогам отчета члена правительства большинством не менее чем 2/3 голосов от общего числа депутатов палаты принимать обращение к президенту республики об освобождении от должности члена правительства при неисполнении им законов. В таком случае глава государства освобождает от должности члена правительства. Повышению самостоятельности и ответственности правительства служит также ряд изменений, касающихся конституционного статуса главы государства, его полномочий: ряд полномочий президента республики переданы правительству и парламенту. Кроме того, президент Казахстана утратил право отменять либо приостанавливать действие актов правительства и премьер-министра, отныне он может председательствовать на заседаниях правительства по особо важным вопросам только при необходимости.

Отметим, что во многих странах СНГ на первоначальном этапе развития наблюдалось усиление президентской власти, а впоследствии – усиление роли парламента.

Обращая внимание на конституционную реформу в Российской Федерации 2020 г., отметим, что Федеральному собранию Российской Федерации предоставлено больше возможностей участвовать в формировании правительства. Ряд кадровых полномочий президента переданы Совету Федерации Федерального собрания Российской Федерации, расширяется компетенция правительства, а также повышается персональная ответственность его председателя. Вместе с тем в ч. 1 ст. 110 Конституции Российской Федерации вводится положение о том, что «исполнительную власть Российской Федерации осуществляет Правительство Российской Федерации под общим руководством Президента Российской Федерации»⁵. Таким образом, несмотря

⁵О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти : Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ [Электронный ресурс]. URL: <http://duma.gov.ru/news/48045> (дата обращения: 20.05.2020).

на определенную деконцентрацию президентских полномочий в пользу парламента, одновременно наблюдается укрепление президентской власти и статуса президента в целом.

Следует согласиться с профессором Ю. А. Тихомировым в том, что институт президента в Российской Федерации «является опорной конструкцией всего механизма публичной власти... Конституция РФ закрепляет за президентом РФ высокую роль в обеспечении устойчивого развития страны и, что особенно важно, относит к его ведению принятие мер, которые обеспечивают гибкое регулирование, меняющее ситуацию»⁴. Здесь необходимо отметить внесенное в Конституцию Российской Федерации положение, определяющее роль президента в поддержании гражданского мира и согласия, что очень существенно, особенно с учетом многонациональности и многоконфессиональности российского государства.

Одним из направлений совершенствования институциональной системы государства выступает конституционализация новых государственных органов, усовершенствование организации и деятельности публичных органов власти в целях повышения их эффективности.

Упомянутым выше Законом РФ от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ конституционализированы основы статуса Государственного совета Российской Федерации. В соответствии с новым положением, введенным пунктом «е.5» ст. 83 Конституции Российской Федерации, президент формирует Государственный совет Российской Федерации в целях обеспечения согласованного функционирования и взаимодействия органов публичной власти, определения основных направлений внутренней и внешней политики государства и приоритетных направлений его социально-экономического развития. Статус Государственного совета Российской Федерации определяется федеральным законом.

Наблюдается обновление конституционных предписаний, определяющих правовой статус Конституционного Суда Российской Федерации. В частности, в Конституцию Российской Федерации включается положение, определяющее правовую природу данного государственного органа: «Конституционный Суд Российской Федерации является высшим судебным органом конституционного контроля в Российской Федерации, осуществляющим судебную власть посредством конституционного судопроизводства в целях защиты основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечения верховенства и прямого действия Конституции Российской Федерации на всей территории Российской Федера-

ции» (ч. 1 ст. 125). Его состав уменьшается до 11 судей (ранее их было 19), расширяется компетенция Конституционного Суда Российской Федерации, в том числе появляется возможность использовать новую для государства форму факультативного предварительного конституционного контроля в отношении законов. В соответствии с новой ч. 5.1 ст. 125 Основного Закона Конституционный Суд Российской Федерации «по запросу Президента Российской Федерации проверяет конституционность проектов законов Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации, проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов, а также принятых в порядке, предусмотренном частями 2 и 3 статьи 107 и частью 2 статьи 108 Конституции Российской Федерации, законов до их подписания Президентом Российской Федерации; по запросу Президента Российской Федерации в порядке, установленном федеральным конституционным законом, проверяет конституционность законов субъекта Российской Федерации до их обнародования высшим должностным лицом субъекта Российской Федерации (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации)»⁵.

Конституционный Суд Российской Федерации наделяется значительными полномочиями в сфере защиты суверенитета страны. Расширяется содержание полномочия, внесенного в 2015 г. в Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации». Отныне Конституционный Суд Российской Федерации в порядке, установленном федеральным конституционным законом, разрешает вопрос о возможности исполнения решений межгосударственных органов, принятых на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции Российской Федерации, а также о возможности исполнения решения иностранного или международного (межгосударственного) суда, иностранного или международного третейского суда (арбитража), налагающего обязанности на Российскую Федерацию, в случае если это решение противоречит основам публичного правопорядка Российской Федерации (п. б ч. 5.1 ст. 125 Конституции Российской Федерации).

Одним из важнейших векторов конституционной модернизации выступает модернизация правового статуса личности. Наблюдается расширение каталога прав, свобод и обязанностей личности с акцентом на различные сферы (экологическую, информационную, социальную, сферу биомедици-

⁴Тихомиров Ю. А. О поправках к Конституции Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: <https://izak.ru/institute/materialy-po-voprosam-vneseniya-izmeneniy-v-konstitutsiyu-rossiyskoy-federatsii> (дата обращения: 25.05.2020).

⁵Новый текст Конституции с поправками 2020 [Электронный ресурс]. URL: <http://duma.gov.ru/news/48953/> (дата обращения: 16.07.2020).

ны и др.). Так, в рамках конституционной реформы 2020 г., одним из направлений которой выступает укрепление социального характера государства, конкретизируются права граждан в общественной сфере, развиваются права-гарантии, укрепляются гарантии защиты социальных прав.

Для западноевропейских стран (например, Франции) основополагающим вектором конституционной модернизации выступает *усиление институтов демократии*. В связи с этим по-новому решаются вопросы, касающиеся гражданской активности, демократического участия, в том числе наблюдается появление новых способов прямого выражения мнения.

Следует отметить *перспективные направления* конституционной модернизации, к которым, на наш взгляд, можно отнести следующие.

Учитывая современные внутренние и внешние вызовы и угрозы, возникающие кризисные явления, будет продолжаться *усиление ценностной составляющей конституции*, которое выступает конституционным ответом (конституционной реакцией) на кризис ценностей в обществе (легализация однополых браков, утрата патриотических чувств и др.) и государстве (мир, безопасность, здоровье). Продолжится включение или расширение в тексте конституции содержания положений, направленных на укрепление безопасности, увеличение объема каталога конституционных ценностей в целом.

Продолжится защита национальных интересов на конституционном уровне, *укрепление позиций государства с целью обезопасить национальные интересы* (в том числе и в сфере взаимоотношений с международным сообществом). Защита суверенитета государства приобретет особое значение.

В отношении институциональной системы государства можно выделить несколько направлений. Полагаем, что на постсоветском пространстве продолжится трансформация конституционных предписаний, связанных с перераспределением полномочий между органами единой государственной власти. Перспективным выступает развитие в направлении «рационализированного парламентаризма» и специализации управления, установление более тесного сотрудничества главы государства, парламента и правительства путем закрепления совместных полномочий, субсидиарности при реализации государственных функций.

Одним из перспективных, на наш взгляд, направлений станет *усиление ответственности* должностных лиц и государственных органов с учетом развития персональной ответственности, ее пропорциональности объему имеющихся полномочий, а также расширения возможности общественного контроля за деятельностью государственных органов и должностных лиц, за эффективностью реализуемых ими полномочий. Необходимо усили-

вать ответственность должностных лиц и государственных органов перед народом (причем такая ответственность должна быть не только косвенной, но и прямой).

Следует также учитывать, что в современных условиях необходима действенная эффективная система государственных органов, должностные лица которых (прежде всего их руководители) должны оперативно реагировать на современные вызовы и нести ответственность за принимаемые решения. Поскольку скорость их принятия меняется, оперативность становится одним из ведущих принципов, влияющих на эффективность государственного управления.

Отметим, что в последнее время остро стоит вопрос о субъекте принятия решений, например, в условиях пандемии: повышается роль медицинских специалистов, их заключения ложатся в основу решений должностных лиц. В целом повышается роль экспертов, экспертного сообщества.

Дальнейшее развитие приобретут вопросы *деонтологии*. Например, во Франции в 2017 г. был принят закон о морализации публичной жизни, в одном из основных положений которого введен новый режим возмещения расходов парламентариев, запрет для парламентариев, министров, должностных лиц местных администраций нанимать на работу близких родственников (супругов, детей и др.) и пр. В целях укрепления доверия граждан к власти морально-этический аспект будет усиливаться в том числе посредством включения в конституционные тексты соответствующих положений. Поправки к Конституции Российской Федерации 2020 г. также в определенной мере отвечают данному тренду, предусматривая повышенные требования и ряд ограничений для должностных лиц, в том числе президента, члена парламента, правительства, иного руководителя федерального органа исполнительной власти, руководителя федерального государственного органа, руководителя субъекта федерации, Уполномоченного по правам человека, судьи, прокурора (например, запрет иметь счета в зарубежных банках, запрет двойного гражданства).

Два указанных выше направления дальнейшего конституционного развития – деонтология и усиление ответственности государственных органов и высших должностных лиц – станут играть важную роль в ближайшем будущем и будут развиваться в целях укрепления доверия граждан к власти.

Вектор развития демократии в ближайшее время, полагаем, будет сохраняться. Здесь перспективными направлениями, на наш взгляд, выступают усиление демократических начал и институтов гражданского общества в управлении государством, включая «ответственную демократию» (расширение сферы и форм участия граждан страны

и политических партий, общественных объединений в осуществлении государственной власти, усиление общественного контроля за деятельностью государственных органов), что будет способствовать укреплению прямых и обратных связей между управляемыми и управляющими, усилению возможностей народа влиять на государственную

власть. Должны внедряться действенные механизмы взаимоотношений новые между народом (как источником государственной власти и носителем суверенитета) и государственными органами. В целом прогнозируется усиление роли народа как источника власти, в том числе посредством расширения каталога политических прав граждан.

Заключение

Конституционная модернизация, выступая фундаментом правовой модернизации, предполагает конституционно-правовое обновление принципов, норм и институтов. Независимо от используемых в разных государствах и регионах мира различных конституционных моделей отдельные векторы кон-

ституционного обновления носят общий характер, иные связаны с особенностями развития политической и правовой систем различных государств. Как наглядно демонстрирует практика зарубежных стран, конституционная модернизация обладает многовекторной направленностью, имеет различные цели.

Библиографические ссылки

1. Бондарь НС. Конституционная модернизация российской государственности: в свете практики конституционного правосудия. Выпуск 5. Москва: Юнити-дана; 2014. 198 с.
2. Миклашевич ПП. Современный конституционализм: тенденции и вызовы. *Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь*. 2020;1:47–58.
3. Василевич ГА, Кондратович НМ, Приходько ЛА. Конституционное право зарубежных стран. Минск: Книжный дом; 2006. 480 с.
4. Масловская ТС. Некоторые направления конституционных изменений в зарубежных странах на современном этапе. *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2012;3:54–62.
5. Масловская ТС. Новые направления конституционных реформ в зарубежных странах (динамика последних пяти лет). *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2016;4:82–88.
6. Масловская ТС. Конституционная модернизация социальных и государственных институтов в европейской традиции (опыт Франции и Люксембурга). *Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь*. 2020;1:99–113.
7. Хабриева ТЯ. Конституционная реформа в современном мире. Москва: Наука РАН; 2016. 320 с.

References

1. Bondar' NS. *Konstitutsionnaya modernizatsiya rossiiskoi gosudarstvennosti: v svete praktiki konstitutsionnogo pravosudiviya*. Vypusk 5 [Constitutional modernization of Russian statehood: in the light of the practice of constitutional justice. Issue 5]. Moscow: Uniti-Dana; 2014. 198 p. Russian.
2. Miklashevich PP. [Modern constitutionalism: trends and challenges]. *Vesnik Kanstytucyjnaga Suda Rjespubliki Belarus'*. 2020;1:47–58. Russian.
3. Vasilevich GA, Kondratovich NM, Prikhodko LA. *Konstitutsionnoe pravo zarubezhnykh stran* [Constitutional law of foreign countries]. Minsk: Knizhnyi dom; 2006. 480 p. Russian.
4. Maslovskaya TS. [Some directions of constitutional changes in foreign countries at the present stage]. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*. 2012;3:54–62. Russian.
5. Maslovskaya TS. [New directions of constitutional reforms in foreign countries (dynamics of the last five years)]. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*. 2016;4:82–88. Russian.
6. Maslovskaya TS. [Constitutional modernization of social and state institutions in the European tradition (French and Luxembourgish experience)]. *Vesnik Kanstytucyjnaga Suda Rjespubliki Belarus'*. 2020;1:99–113. Russian.
7. Khabrieva TY. *Konstitutsionnaya reforma v sovremennom mire* [Constitutional reform in the modern world]. Moscow: Nauka RAN; 2016. 320 p. Russian.

Статья поступила в редколлегию 09.07.2020.
Received by editorial board 09.07.2020.

НЕМАТЕРИАЛЬНЫЙ ОБЩЕСТВЕННЫЙ ПОРЯДОК ВО ФРАНЦУЗСКОМ ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ

М.-О. ПЕЙРУ-СИССОКО¹⁾

¹⁾Центр правовых исследований Университета Франш-Комте,
45D Avenue de l'observatoire, Besançon Cedex 25030, Франция

Общественный порядок, обеспечиваемый административной полицией, выступает в качестве основного понятия отношений между государством и отдельными лицами и традиционно определяется как материальный. Он необходим для достижения баланса между поддержанием социального мира и гарантией прав и свобод личности, особенно в тех случаях, когда речь идет о безопасности. Недавно принятый во Франции закон о чрезвычайном положении напоминает об этом. Но общественный порядок – это не только нечто материальное, ограниченное общественной безопасностью, спокойствием и здоровьем. Как классическое понятие публичного права, общественный порядок постоянно развивается. Действительно, проанализировав различные разрозненные явления можно сделать вывод о существовании нематериального общественного порядка, возникновение и использование которого обусловлено необходимостью реагировать на дисбаланс в сфере верховенства права. Допуская, в частности, защиту объективных ценностей, на основе которых строится общество, нематериальный общественный порядок направлен на восстановление равновесия отношений между коллективом и индивидом. Соответственно, это функциональная концепция. Таким образом, можно построить соответствующий нематериальному общественному порядку и правовой режим, не ограничивающий свободы в частной жизни и проявляющийся в общественном пространстве, с которым тесно связан, что снижает риски вторжения со стороны государства. Нематериальный общественный порядок можно рассматривать как автономное понятие. Такая формализация облегчает его выявление и может быть окончательно закреплена во французской правовой системе.

Ключевые слова: административная полиция; аксиологическая система; права и свободы личности; минимальные требования жизни в обществе; частная жизнь; защита общества; публичное пространство.

IMMATERIAL PUBLIC ORDER IN FRENCH PUBLIC LAW¹

M.-O. PEYROUX-SISSOKO^a

^aCentre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté,
45D Avenue de l'observatoire, Besançon Cedex 25030, France

As a central notion of the relationship between the state and individuals, public order implemented by the administrative police is traditionally identified as material. Essential to the balance between maintaining social peace and guaranteeing individual rights and freedoms, it is particularly used when security is at stake. Recent legislation (in the lato sensu) on states of emergency recalls this. But public order is not only material, limited to public security, tranquility and health. A classic notion of public law, public order is constantly evolving. It is indeed possible to draw from various scattered phenomena the existence of an immaterial public order whose emergence and use are intended to respond to imbalances that have appeared in the rule of law. Allowing, in particular, the protection of objective values on the basis of which society is ordered, immaterial

¹This article is part of a thesis work. For more information, see: *Peyroux-Sissoko M.-O. L'ordre public immatériel en droit public français*. Paris : LGDJ, 2018. 618 p.

Образец цитирования:

Пейру-Сиссоко М.-О. Нематериальный общественный порядок во французском публичном праве. *Журнал Белорусского государственного университета. Право*. 2020; 3:53–59 (на англ.).

For citation:

Peyroux-Sissoko M.-O. Immaterial public order in French public law. *Journal of the Belarusian State University. Law*. 2020;3:53–59.

Автор:

Мари-Одиль Пейру-Сиссоко – профессор юридического факультета.

Author:

Marie-Odile Peyroux-Sissoko, professor at the faculty of law.
marie_odile.peyroux_sissoko@univ-fcomte.fr

public order aims to rebalance the relationship between the collective and the individual. In this sense, it is a functional concept. It is thus possible to define immaterial public order and to construct a legal regime adapted to it. Impotent to restrict freedoms in private life, it is expressed in the public space to which it is confined, which limits the risks of intrusion by the state. It can be seen as an autonomous notion. This formalisation makes it easier to identify immaterial public order. Above all, it suggests that it could become permanently established in the French legal system.

Keywords: administrative police; axiological system; individual rights and freedoms; minimum requirements of life in society; private life; protection of society; public space.

Introduction

In a state governed by the rule of law, what link is made between public order and individuals rights and freedoms? If the administrative police authority (regulatory power) has a duty to act in order to ensure respect for public order, i. e. ultimately the protection of society, it must do so in a necessary and proportionate manner.

In France, public order is defined by art. L. 2212-2 of the General Local Authorities Code. According to this article, which determines its components, public order consists of public security, health and tranquility. Consequently, mayors and prefects may, for example, restrict freedom of demonstration if it appears that, in the absence of action on their part, persons could be injured or equipment (shop windows, etc.) could be broken. This way of using the notion of public order as a basis for a police act led Maurice Hauriou to say that public order is «material and external», «considered as a state of fact opposed to disorder, the state of peace opposed to the state of disturbance. It is not that society does not need a moral order, it is not that the propagation of all kinds of ideas is a good thing, but it means that society is invited to protect itself here by other institutions than the state police, which is not adapted to this kind of office»². Most French doctrine subsequently agreed with M. Hauriou's thesis.

Public order then makes it possible to meet both security challenges (demonstrations or terrorist acts, for example) and health challenges (pandemics such as COVID-19, for example), by giving administrative police authorities the power to limit individual rights and freedoms (house arrest, for example), even if they have constitutional rank. The notion of public order,

which is known in European Union law and³ also in conventional law⁴, as in most legal systems, thus limits and protects both individual rights and freedoms, by ensuring a framework for their exercise that is conducive to their development. The relationship that public order creates is then classic: security (if we take this component as an example) is opposed to freedom, it limits it, more or less strongly, for a longer or shorter period of time, depending on the circumstances; thus, in times of high terrorist threat, the freedom to come and go can be very largely limited, so that the state becomes more secure than liberal.

However, is public order limited to the components identified by law and doctrine? Is it the same to prohibit a demonstration of yellow jackets for security reasons, as may have happened in France in 2018, as to prohibit the throwing of dwarves in a discotheque or the use of the services of a prostitute, for reasons of human dignity? An analysis of positive law allows us to answer in the negative: there are cases in which the police authority limits an individual right or freedom for reasons of public order when neither public safety, health nor tranquility are at stake. This confirms that material public order is not sufficient to meet all the challenges facing the state. Questions of culture, values and identity claims are not legally reducible to material public order. In order to be able to grasp them legally, French law has therefore gone beyond mere material considerations by adopting other notions, which are more difficult to account for insofar as they are, at best, undefined and, at worst, unnamed. This is the case of immaterial public order.

The existence of an immaterial public order

Understood as the non-material counterpart of the material public order referred to just now, the immaterial public order, i. e. the notion that makes it possible to restrict individual rights and freedoms outside any material disturbance to public safety, health or tran-

quility, was implicitly enshrined in the case of concealment of the face in the public space.

In the course of 2010, the French Parliament passed a law prohibiting any individual from circulating in the public space with his face masked. Art. 1 of the text

²Hauriou M. Précis de droit administratif. Paris : Sirey, 1933. P. 549 (hereinafter translation is mine. – M.-O. P.-S.).

³Para 2 of art. 4 of the Treaty on European Union: the Union «shall respect the essential functions of the State, in particular those designed to ensure its territorial integrity, maintain law and order and safeguard national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State».

⁴Para 2 of arts. 8–11 and art. 15 (though not explicitly) of the European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms.

provides that «no one may, in the public space, wear an outfit designed to conceal his face», while art. 2 of the law defines what is meant by «public space». Penalties are also provided for in the event of noncompliance with the prohibition. Thus, art. 3 of the text stipulates that «failure to comply with the prohibition laid down in article 1 is punishable by the fine laid down for second-class contraventions. The obligation to complete the awareness training course referred to in art. 131-35-1 of the Criminal Code may be pronounced at the same time as or instead of the fine». In other words, the legislator has provided for light and pedagogical sanctions, namely a fine not exceeding 150 euro and the obligation to follow an awareness training course.

This law was submitted before promulgation to the control of the Constitutional Council by the President of the Senate and the President of the National Assembly. The referral authorities had not raised any particular grievances against the law (referred to as «white referrals»), leaving the Constitutional Council full latitude as to the standards of reference used in support of its control and the elements to be controlled. By decision No. 2010-613 DC of 7 October 2010, the Council declared the law constitutional, considering in particular that, «having regard to the objectives it has set itself and taking into account the nature of the penalty imposed in the event of breach of the rule it has set, the legislature has adopted provisions which ensure, between the safeguarding of public order and the guarantee of constitutionally protected rights, a reconciliation which is not manifestly disproportionate»⁵. Subsequently, French law was referred to the European Court of Human Rights, which validated it conventionality in its *SAS v. France* judgment of 1 July 2014⁶.

The interest of this law stems from its legal foundations: it was implicitly founded by the legislator on public order. However, the legislator made no reference to public safety, health or tranquility. Material public order was of no help to it, since the practice of concealing the face did not affect any of its components. The parliamentary work on the law is revealing in this respect. Referring explicitly to the «values of the Republic» and the «living together» that the ban is intended to uphold, the reports of both deputies and senators refer to a non-material, or even immaterial, public order that would legally justify restrictions on

rights and freedoms by means of a general and absolute ban. The Council of State, which had been made aware of the prohibition before the law was passed, had itself referred to the existence of a new notion of public order, which the Constitutional Council, as judge of the constitutionality of the law finally adopted, implicitly confirmed. Its decision in fact refers to art. 5 of the Declaration of the rights of man and of the citizen, and more specifically to *actions harmful to society which the law has the right to defend*. In so doing, the constitutional judge confirmed that certain actions, such as concealment of the face in the public space, could be prohibited in order to protect society. This case therefore confirmed that limits were sometimes placed on rights and freedoms – including those of constitutional rank – on the basis of a public order different from material public order.

The existence of an immaterial public order was all the more confirmed since the prohibition of concealment of the face in the public space was not the only prohibition used by the police authority. For example – to take just one example – in 1995, a mayor decided to ban a show in which, in a discotheque, participants caught a dwarf wearing protective gear and threw him like a suitcase onto a carpet. The Council of State had been informed of the legality of the municipal by-law, in particular in that it limited freedom of enterprise, and had considered that the ban on dwarf-throwing was legal insofar as it was aimed at protecting human dignity, since the individual in question, who was disabled, was treated as a mere object. The judge held that «respect for the dignity of the human person is one of the components of public order» and that «the municipal police authority may, even in the absence of specific local circumstances, prohibit an attraction that violates respect for the dignity of the human person»⁷.

This is not the only example. It is in fact a whole series of observable phenomena in positive law which, sharing similarities between them, can be linked. In the various cases, the police authority justifies a general prohibition limiting individual subjective rights and freedoms without relying on a consideration of general interest or on one of the classic components of public order. On the contrary, it resorts to other elements, which are more difficult to grasp, such as public morality, the dignity of the human person and the mini-

⁵Constitutional Council Decision No. 2010-613 DC of 7 Oct. 2010. Law prohibiting the concealment of the face in the public space (considering that art. 1 and 2 of the referred law are intended to respond to the emergence of practices, hitherto exceptional, consisting in concealing one's face in the public space; that the legislator considered that such practices may constitute a danger to public safety and disregard the minimum requirements of life in society; that it also considered that women who conceal their faces, whether voluntarily or not, find themselves in a situation of exclusion and inferiority that is manifestly incompatible with the constitutional principles of liberty and equality; that by adopting the provisions referred to, the legislature has thus supplemented and generalized rules hitherto reserved for specific situations for the purpose of protecting public order).

⁶European Court of Human Rights. *SAS v. France*. 1 July 2014. No. 43835/11 (consequently, in particular in view of the wide margin of appreciation available to the respondent state in the present case, the court concludes that the prohibition laid down in the Law of 11 October 2010 may be regarded as proportionate to the aim pursued, namely the preservation of the conditions for «living together» as part of the «protection of the rights and freedoms of others». The disputed restriction may therefore be regarded as «necessary», «in a democratic society». This conclusion applies to both art. 8 and art. 9 of the convention. Accordingly, there has been no violation of either art. 8 or art. 9 of the convention).

⁷Council of State. *Assem. Commune de Morsang-sur-Orge*. 27 October 1995. No. 36727. Recl. Lebon. P. 372.

num requirements of life in society, elements which it subsumes under the term «public order». Immaterial public order is thus present in the French legal order,

although without being so called. It is therefore possible, on the basis of its manifestations in positive law, to propose a formalization of it.

Immaterial public order, a functional notion

Although unprecedented, recourse to immaterial public order is not unthinking: if the police authority takes the risk of basing its measure on elements that may appear legally fragile, it is because it is impossible for it to do otherwise. The context in which immaterial public order emerges therefore makes it possible to understand not only the approach of the police authority but also the usefulness of immaterial public order. It is then that this public order appears to be a *functional notion*: it intervenes in the context of an imbalance encountered in the rule of law, in order to respond to it. Henri Motulsky's words, according to which «since the aim of law is the achievement of social harmony, its action necessarily consists in preventing and sanctioning a disturbance of balance»⁸, are thus given concrete form.

A substantial function. Several situations of imbalance can then be highlighted. One of them can be found in the thesis of the subjectivization of law. Immaterial public order fulfils a substantial function that makes it possible to respond to what Jean Carbonnier called the «pulverization of law into subjective rights»⁹. Faced with subjective individual rights and freedoms, immaterial public order in fact gives precedence to the objective aspect of certain rights and freedoms in order to justify the imposition of limits on them. The cases that have mobilized the dignity of the human person are revealing in this respect. Dignity can be understood in two opposing ways; either it is understood from an objective point of view (it goes beyond the will of the individual and imposes itself on him or her despite his or her consent), or it is understood from a subjective point of view (the individual has it, that is dignity – autonomy). In this respect, it is relevant to refer to the German doctrine. According to Günther Dürig, dignity is «a purely objective principle», which does not

«create a “fundamental right” to dignity which would give it the character of a subjective public right»¹⁰. Of course, as Olivier Jouanjan points out, this thesis is disputed in doctrine, and the jurisprudence of the Federal Constitutional Court retains both the objective aspect of dignity and its subjective aspect¹¹. But the objective conception remains recognized¹², including by the other jurisdictions. Thus, in a «Peep show» decision of 15 December 1981, the Federal Administrative Court held that «the dignity or the human person is an objective and unavailable value which the individual cannot renounce: such renunciation is without effect»¹³. Recognition of the two conceptions of dignity also takes place in France, where dignity limits both the rights of others and the rights of individuals towards themselves. But it is not these two conceptions of dignity that are targeted by public order in its immaterial dimension; only objective dignity, which «asserts itself independently of the will of the subject»¹⁴, the one based on the preamble of the Constitution of 1946 as enshrined by the Constitutional Council¹⁵, is concerned. Several examples in positive law, in this case case law, show in fact that the dignity on which an administrative measure for the maintenance of public order is based is taken only in its objective conception. The Council of State's judgement on dwarf throwing, cited above, is explicit on this point. This is also the case in a number of subsequent judgments, such as that arising from the Dieudonné M'Bala M'Bala show. In his order of 9 January 2014, the urgent applications judge of the Council of State based the ban on «the serious risk that serious violations of values and principles, in particular of the dignity of the human person, may once again occur»¹⁶ to justify the ban on the show. The reference thus made to dignity is explicit:

⁸Motulsky H. Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs. [S. l.] : Dalloz, 2002. 174 p.

⁹Carbonnier J. Droit et passion du droit sous la V^e République. Paris : Flammarion, 1996. 276 p.

¹⁰Jouanjan O. La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe // CDPC Conférence Débat sur la dignité de la personne humaine (30 Octobre 2014) [Electronic resource]. URL: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/11/06/la-dignite-de-la-personne-humaine-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-constitutionnelle-de-karlsruhe/> (date of access: 20.09.2020).

¹¹Ibid.

¹²On these issues, see also: Girard Ch. Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit. Paris : Publications de la Sorbonne, 2010. P. 68.

¹³Decision BVerwGE 64, 274 (see: Jouanjan O. La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe // CDPC Conférence Débat sur la dignité de la personne humaine (30 Octobre 2014) [Electronic resource]. URL: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/11/06/la-dignite-de-la-personne-humaine-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-constitutionnelle-de-karlsruhe/> (date of access: 20.09.2020)).

¹⁴Tzitzis S. La dignité dans la Déclaration universelle des droits de l'homme à la lumière de l'égalité et de la liberté // La Déclaration universelle des droits de l'homme a-t-elle encore un sens? Aspects, Revue d'études francophones sur l'État de droit et de la démocratie. 2008. Hors série. P. 21.

¹⁵Constitutional Council. Decision No. 94-343/344 DC of 27 July 1994. Law on respect for the human body and Law on the donation and use of the elements and products of the human body, medical assistance for procreation and prenatal Diagnosis.

¹⁶Council of State Order No. 374508 of 9 January 2014. Minister of the Interior v. Les Productions de la Plume Society and Mr. Dieudonné M'Bala M'Bala.

it is its objective conception. This has moreover been confirmed by the doctrine¹⁷. The objective aspect of the principle of dignity is therefore still the basis of the police ban. The Grasse Boulange Society¹⁸ case, which led to an order of the Council of State, also reveals the link between the objective conception of dignity and immaterial public order. In that case, the Representative Council of Black Associations (CRAN) had challenged the refusal of the municipal police to ban pastries considered obscene and of colonialist inspiration. According to the CRAN, the pastries, which were required to be withdrawn from public display and sale, violated the dignity of the human person in that they «are part of a historical process that prioritizes the aesthetics of the human race according to racist criteria»¹⁹. The Administrative Tribunal of Nice had granted the application and ordered the mayor to intervene, since, according to the court, «the display in the window of the bakery in Grasse of two dark chocolate figurines called “God” and “Goddess” respectively, in the form of two colored persons represented in grotesque and obscene attitudes, in the absence of even the malicious will of their creator, undermines the dignity of the human person and more particularly that of persons of African origin or of African descent»²⁰. In so doing, the Administrative Tribunal of Nice foreshadowed the existence of several dignities, since it emphasized the dignity of «persons of African origin or of African descent», thus breaking with the objective conception of dignity that does not distinguish between human beings. The council of State, however, intervened in the opposite direction. In ruling that the municipal police authority had not committed «manifest illegality infringing a fundamental freedom»²¹ by not banning pastries, the Council rejected the ground of human dignity as understood by the Administrative Tribunal of Nice. The Council of State once again upheld the objective conception of dignity, which, in its view, was not at issue in this case.

Limitations on rights and freedoms are therefore justified by the prevalence of their objective aspect, due to immaterial public order. In so doing, this public

order recognizes the existence of objective values that it protects, which then resist the logic of reconciling rights and freedoms with each other. Thus, instead of a conciliation being sought between the rights and freedoms restricted by the administrative police measure and public order, as is the case with material public order, immaterial public order imposes the limitation of rights and freedoms without conciliation. In this sense, this public order constitutes an instrument for rebalancing the relationship between subjective rights and objective law, and thus the relationship between the individual and the collective placed in the hands of the political authority, particularly the legislative authority. Beyond that, it promotes a system of objective values whose coexistence with the system of individual subjective rights and freedoms requires articulation.

Institutional functions. Not content to have this substantial function, immaterial public order also fulfils a function of institutional rebalancing. In particular, in that it protects objective values whose invocation must be reserved for a legitimate authority to do so. In this sense, immaterial public order restores the police authority to a central position. This position regained by the decision-making authority is then in competition with other actors. This is the case with regard to the internal judge, whose power acquired over the last few decades is, here, singularly limited. This is also the case with regard to supranational legal orders. Thus, faced with the social issues that the French state uses to protect its regulations, the legal orders of the European Union and the Council of Europe see their room for maneuver reduced, as was observed at the level of the Union with the *Omega case*²² and at the level of the Council of Europe with the above-mentioned *SAS v. France* case. Immaterial public order acts in some respects as France's constitutional identity may do: it represents a legal argument for the member state to convince the supranational legal order to loosen the constraints it imposes on it. This applies even when their purpose is the protection of individual subjective rights and freedoms.

Immaterial public order, an autonomous notion

Far from being merely an extension of classical, material public order, immaterial public order is fully autonomous. It is in fact possible to formalize it, i. e. to define it and establish a legal regime for it. This makes it possible to provide the police authority, in particular, with concrete indications as to how to draw up stan-

dards or individual provisions that it may be required to enact. It also provides the judge with leads that may help him or her in his or her office.

Defining immaterial public order. The autonomy of immaterial public order lies, first of all, in the specificity of its definition: it brings together numerous

¹⁷On this aspect, see in particular: *Fontbressin de P.* À propos de l'affaire Dieudonné: le principe du respect de la dignité humaine, ciment de l'ordre public européen // *Revue trimestrielle des droits de l'homme*. 2014. No. 98. P. 515–524. The author considers that «the order... no longer places the debate on the exercise of a freedom conducive to the exploitation of a sought-after contradiction, but on that of respect for values and principles in violation of which no freedom can subsist».

¹⁸Council of State. Order of 16 April 2015. Grasse Boulange Society. No. 389372.

¹⁹Administrative tribunal of Nice. Order of 26 March 2015. Representative Council of Black Associations (CRAN). No. 1501179.

²⁰*Ibid.*

²¹Council of State. Order No. 389372 of 16 April 2015. Grasse Boulange Society.

²²European Union Court of Justice. *Omega*. 14 October 2004. Case C-36/02.

components, of which it is not possible to give an exhaustive list *a priori*. Indeed, as a functional notion, immaterial public order is a receptacle notion, capable of resolving a problem that arises. It must therefore be capable of integrating new components in the future when this is necessary for administrative police action. Consequently, its content can only be opened, which also has an impact on the determination of its legal basis. Thus, these cannot be established exhaustively either. However, this particularity does not prevent it from being useful to specify the various components which, to date, constitute immaterial public order. On the one hand, this makes it possible to provide information on the substance of this notion.

It also provides an understanding of the legal basis. Some of them have moreover been confirmed by the constitutional judge, as is the case, for example, with art. 5 of the Declaration of the rights of man and of the citizen, which served as the basis for the component of «*minimum requirements of life in society*»²³. Finally, on the basis of the various components enshrined in positive law, it is possible to propose a criterion to guide future enrichments of immaterial public order: any new component must be able to be linked to one or more constitutional principles enshrining objective values. Consequently, although it encompasses fairly heterogeneous elements, such as the dignity of the human person, the minimum requirements of life in society²⁴, or the prohibition of polygamy and incest²⁵ (to name but a few), immaterial public order has a homogeneous legal basis: it is constitutionally anchored. As a result, the constituent and the legislator are the authorities naturally competent in its regard. Indeed, are not the constituent and the legislator the only authorities that can be responsible for determining the value system, the axiology, chosen to regulate society? The logic of the notion would tend to answer in the affirmative. However, in order for this notion to be effective and truly functional, it is necessary that the police administrative authority, especially the local one, be able to use it or even contribute to its definition. Consequently, while it is a coherent notion, immaterial public order is not and cannot be an absolute notion, otherwise it would be unusable. The theoretical aspect of immaterial public order (objective character and protection of values) must therefore give way to its practical aspect, in some respects relative.

Using immaterial public order. In spite of the difficulty that has just been noted and which requires a certain adaptation of the concept, its autonomy is confirmed when its legal regime is analyzed. The study of positive law shows that the conditions that the police authority must respect when it uses material public

order are not identical to those that must be respected in the case of immaterial public order. The same is true when the police measure is controlled by the judge.

With regard to the administrative police authority, immaterial public order mitigates the scope of a well-known distinction in French administrative law that separates the general administrative police from the special administrative police. Immaterial public order is based on a disorder that cannot be qualified as material and which leads the police authority to take into account not the degree of harm that an activity causes to public order but the nature of that harm. This public order ultimately leads to a relaxation of the conditions for enacting the police measure. For example, since it is a notion designed to protect objective values, immaterial public order does not require the existence of specific local circumstances which would justify police intervention. Such a relaxation confirms that the legal regime applicable to immaterial public order is different from that applicable to material public order.

The control that the judge, administrative as well as constitutional, can exercise over the police measure reinforces this distinction between the two legal regimes and, in fact, the autonomy of immaterial public order. Indeed, whereas in matters of rights and freedoms, judicial review is based on the principles of reconciliation between rights and freedoms and public order, and proportionality of limitation, the presence of immaterial public order in litigation partially neutralizes these principles. Proportionality review is, at best, light or fictitious, at worst, non-existent. While this is logical in view of the substantial function of the notion (to ensure that objective values prevail, including in the face of individual subjective rights and freedoms), it is nonetheless likely to open up a wide field for arbitrary action by the police authority and gives rise to fears that excessive restrictions on individual subjective rights and freedoms may be introduced.

Limiting immaterial public order. A few paths can then be imagined, making it possible to oppose immaterial public order with barriers that are adapted to it. Certain limits to which it would be possible to resort would risk paralyzing the concept, which does not seem appropriate given its functional nature. They must therefore be removed. On the other hand, other avenues could be envisaged which, by merely providing a framework for immaterial public order, would limit the risks of abuses associated with it while allowing its use. One of them consists in focusing on the scope of application of immaterial public order. In this sense, the reactivation of the boundary between public space and private life constitutes an effective limit. It makes it possible to limit the potentially totalitarian

²³Constitutional Council Decision No. 2010-613 DC of 7 October 2010. Law prohibiting the concealment of the face in the public space.

²⁴Ibid.

²⁵On this point, see, inter alia: Constitutional Council Decision No. 93-325 DC of 13 August 1993. Act on immigration control and conditions of entry, reception and residence of foreigners in France.

character of immaterial public order, by preventing the administrative police authority from entering the consciousness of individuals, by imposing on them a conduct within the framework of their private life.

On the other hand, and conversely, it is possible to consider the possibility of not limiting the police authority too much. Several factors contribute to the possibility of trusting the wisdom of the various legal actors competent in matters of immaterial public order. On the one hand, until now, these different actors have used this notion very sparingly; in other words, they are self-limiting. On the other hand, when they have recourse to immaterial public order, they use it only as a last resort, when no other tool allows them

to legally justify their prohibition. Finally, they mobilize this notion only in respect of a prohibition that is the subject of a consensus. Consequently, just as the existence of material public order has not led to the imposition of a police state that excessively limits individual subjective rights and freedoms, the existence of immaterial public order would not lead to their disappearance in favor of a moral order. This does not, however, prevent us from remaining vigilant with regard to this public order, an autonomous notion in its own right: if it cannot be governed by the legal regime of material public order, it should be subject to a legal regime that is capable of regulating it, without paralyzing it.

Conclusion

In conclusion, it is possible to complete the formalization of immaterial public order by proposing two definitions. In a restrictive sense, it is the *notion that allows individual subjective rights and freedoms to be restricted without any material disorder in order to protect a higher requirement (objective values)*. In a broader sense, immaterial public order is a *notion that rebalances the French legal order by the prevalence and protection of an axiological system composed of objective values that cannot be exclusively regulated by the rules governing the system of individual rights and freedoms*. The formalization of this notion leads in part to raising more questions than it solves; it does, however, contribute to a better knowledge of positive law and more specifically of the notion of public order. Indeed, it enables immaterial public order to be taken out of its condition as an implicit or in-nominate notion. Moreover, it makes it possible to meet an objective of applied law, since, when formalized, immaterial public order is easier to grasp and use, both by the police authority and by the judge.

The formalization of this notion finally allows us to enrich the doctrinal debate on the question of the emergence of a public order other than a material one. The emergence of such a notion raises fundamental questions, insofar as there are important issues, both ideological and social, in terms of recourse to an immaterial public order. These stakes crystallize around the question: *how far can the state go in limiting rights and freedoms in order to protect society?* Such a question explains why immaterial public order is often apprehended ideologically. Indeed, it gives rise to a number of cleavages. Thus, libertarians, liberals, supporters of the existence of a strong state structure capable of regulating life in society, etc., oppose each other. It is then that, depending on the ideology defended, either the danger that a notion such as public order repre-

sents for liberties, or the abuses to which liberties can lead, are brandished with concern. In fact, these are long-standing oppositions, the expression of which is not confined to the law but has a much wider repercussion (philosophical, social, political, etc.), oppositions which are still being revived today in the area of traditional public order with the measures taken in various countries to combat the health crisis linked to COVID-19. Immaterial public order re-actualizes this fundamental debate at the same time as it renews it, by crystallizing ideological cleavages. Indeed, not only does immaterial public order reawaken fears of the domination of the individual by the state; it also reawakens fears of the domination of the individual by a moralizing state, a domination moreover based on elusive notions, *a priori* indeterminate and often rejected by jurists because of the difficulty of the right to seize them. However, this ideological burden which the immaterial public order is carrying does not prevent the choice made in this study to focus exclusively on its legal aspect from being justified. The ambition was not to take a stand for or against an ideology raising the positive or negative character of immaterial public order; it was only to contribute to a better knowledge of positive law and, more specifically, of the evolution of a classic notion of public law. Moreover, the lawyer's primary role is not to pronounce on the appropriateness of recognizing such a notion or to determine the hypotheses in which it should be used; this is a political choice that is the sole responsibility of the political authority. However, the jurist has his or her rightful place in the debate on immaterial public order, and the approach based on the observation of positive law does not prevent him or her from taking a certain height that is conducive to considering the formalization of such a notion. This is what this study wished to do.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE

УДК 347.77+347.78

РАЗВИТИЕ СИСТЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ ОБ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Д. В. ИВАНОВА¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет,
пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Система законодательства Республики Беларусь об интеллектуальной собственности в настоящее время стремительно совершенствуется. Учеными и специалистами активно обсуждается вопрос о направлениях ее развития и возможности кодификации законодательства с последующим созданием кодекса об интеллектуальной собственности. В статье исследуются положительные и отрицательные последствия изменения системы законодательства об интеллектуальной собственности в целом и указанной кодификации в частности. Автор приходит к выводу о предпочтительности сохранения воспринятой в настоящее время учеными двухуровневой схемы регулирования отношений, требующей, однако, ряда значительных изменений.

Ключевые слова: законодательство об интеллектуальной собственности; кодификация законодательства об интеллектуальной собственности; право интеллектуальной собственности; система законодательства.

Образец цитирования:

Иванова ДВ. Развитие системы законодательства Республики Беларусь об интеллектуальной собственности. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:60–68.

For citation:

Ivanova DV. Development of the system of intellectual property legislation of the Republic of Belarus. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:60–68. Russian.

Автор:

Диана Владимировна Иванова – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры гражданского права юридического факультета.

Author:

Diana V. Ivanova, PhD (law), docent; associate professor at the department of civil law, faculty of law.
ivanovadv@bsu.by

DEVELOPMENT OF THE SYSTEM OF INTELLECTUAL PROPERTY LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF BELARUS

D. V. IVANOVA^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

System of legislation of the Republic of Belarus on intellectual property is currently booming. Scientists and specialists are actively discussing the directions of development of this system and the possibility of codification of the legislation with the creation of the code of intellectual property. The article examines the positive and negative consequences of such codification in particular and changes in the system of intellectual property legislation in general. It is concluded that it is preferable to maintain the currently accepted two-level scheme for regulating relations under consideration, but this scheme requires several significant changes.

Keywords: codification of intellectual property legislation; intellectual property law; intellectual property legislation; system of legislation.

Введение

Система законодательства Республики Беларусь в сфере интеллектуальной собственности в настоящее время находится в процессе реформирования. За последние 10 лет поправки внеслись во все специальные законы. Так, были приняты новые редакции Закона Республики Беларусь от 17 мая 2011 г. «Об авторском праве и смежных правах», Закона Республики Беларусь от 13 апреля 1995 г. «О патентах на сорта растений» (редакция от 4 января 2014 г.), Закона Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. «О правовой охране топологий интегральных микросхем» (редакция от 18 декабря 2018 г.), Закона Республики Беларусь от 17 июля 2002 г. «О географических указаниях» (редакция от 18 декабря 2019 г.). Изменение коснулось и остальных специальных законов. Параллельно при принятии практически каждого закона изменения вносились в Гражданский кодекс (ГК) Республики Беларусь 1998 г. Безусловно, этот процесс был своевременным и нужным. За то время, которое прошло с момента принятия в независимой Республике Беларусь ГК и специальных законов в сфере интеллектуальной собственности, общественные отношения тоже получили корректировку. Республика Беларусь присоединилась к ряду международных соглашений и вступила в важный геополитический союз, что обязательно в том числе для гармонизации законодательства в рассматриваемой сфере с законодательством других стран-участниц. Несомненно также и то, что этот сложный процесс должен проходить последовательно и охватываться

единым концептуальным подходом к регулированию общественных отношений, объединенным родственным характером.

Вопросы развития системы законодательства об интеллектуальной собственности Республики Беларусь обсуждались в работах известных ученых и специалистов, таких как Е. Б. Леанович, С. С. Лосев, В. Ф. Чигир и др.

Научная проблема состоит в том, что требуется разработка теоретических основ изменения сложившейся системы законодательства Республики Беларусь в сфере интеллектуальной собственности, решение которой позволит подготовить практические рекомендации по направлениям развития упомянутой системы.

Целью настоящего исследования являются выводы о развитии системы законодательства Республики Беларусь об интеллектуальной собственности, обоснование подхода и выдвижение предложений о внесении поправок в ГК Республики Беларусь и специальное законодательство в сфере интеллектуальной собственности. Для достижения данной цели были поставлены задачи проанализировать происходящий в настоящее время процесс реформирования системы законодательства об интеллектуальной собственности, изучить опыт других стран, связанный с кодификацией права интеллектуальной собственности, сделать вывод о направлении развития системы законодательства об интеллектуальной собственности в Республике Беларусь.

Материалы и методы исследования

Методологическая основа исследования представлена системой научных методов, включающей общенаучные и специально юридические методы, использование которых предопределено принципами научного познания. При помощи методов

анализа и синтеза можно выделить и охарактеризовать различные подходы, сформированные доктриной и практикой, к решению проблемы разработки теоретических основ изменения сложившейся системы законодательства Республики Беларусь

в сфере интеллектуальной собственности. Особое значение имеет метод сравнительного правоведения, который был применен для сопоставления действующих институтов законодательства различных государств, выработки ориентиров изменения системы законодательства Республики Беларусь в целях достижения наиболее адекватного правового

результата. Системный подход дал возможность целостно и структурно изложить материал, раскрыть взаимосвязи системообразующих элементов при осмыслении и формулировании выводов о направлении дальнейшего развития системы законодательства Республики Беларусь об интеллектуальной собственности.

Результаты исследования и их обсуждение

Основной вопрос систематизации законодательства об интеллектуальной собственности, который сегодня изучается на уровне органов, ответственных за подготовку законопроектов в сфере интеллектуальной собственности, – создание кодекса об интеллектуальной собственности. В то же время на рассмотрении в Парламенте находится последний проект изменений в ГК, который включает поправки в соответствующий раздел. Указом Президента Республики Беларусь от 10 января 2018 г. № 9 был утвержден план подготовки законопроектов на 2018 г., в соответствии с которым был разработан проект Закона Республики Беларусь «Об изменении кодексов». Интерес представляет тот факт, что раздел V ГК «Интеллектуальная собственность» в соответствии с этим проектом единственный получил новую редакцию. По мнению С. С. Лосева, «основная идея изложения раздела V ГК в новой редакции состоит в систематизации норм, определяющих основы правового режима отдельных объектов интеллектуальной собственности, с изложением их по стереотипной схеме, предполагающей определение объекта правовой охраны, основания предоставления такой охраны, общих положений о содержании исключительного права на соответствующий объект интеллектуальной собственности, особенностей распоряжения этим исключительным правом, если такие особенности обусловлены его природой, а также срока действия исключительного права, а в отношении отдельных объектов интеллектуальной собственности, являющихся результатами интеллектуальной деятельности, также закрепление основных норм о личных неимущественных правах авторов этих результатов»¹. Действительно, это главные моменты, выявляющие правовой режим объектов интеллектуальной собственности. Но, осмотрев всю деятельность законодателя в сфере интеллектуальной собственности, ее трудно охарактеризовать как системную и последовательную. В связи с этим появляется острая необходимость в процессах проведения ряда исследований, обсуждения, оценки и принятия решения относительно оптимального на данном этапе пути развития системы законодательства об интеллектуальной собственности.

В большинстве государств мира, имеющих кодифицированное гражданское законодательство, идея

кодификации законодательства об интеллектуальной собственности в рамках кодексов такого рода не воспринята.

В странах СНГ наиболее часто встречается включение в гражданские кодексы самостоятельных разделов или глав, посвященных интеллектуальной собственности. Основой для этого послужил раздел V «Интеллектуальная собственность» модели Рекомендательного законодательного акта для СНГ, принятого 17 февраля 1996 г. В качестве примера можно назвать ГК Республики Армения, ГК Республики Казахстан, ГК Киргизской Республики, ГК Республики Узбекистан, а также ГК Республики Беларусь. Для ГК Украины был избран иной вариант: за книгой 3 «Право собственности и другие вещные права» располагается книга 4 «Право интеллектуальной собственности», состоящая из 12 глав (всего 83 статьи) об объектах интеллектуальной собственности, в том числе научных открытий и рационализаторских предложений. Особое построение сложилось в ГК Туркменистана, который содержит ч. 4, где закреплены лишь нормы авторского права и смежных прав, в который внесены специальные законы в области интеллектуальной собственности, например Закон Туркменистана от 10 января 2012 г. № 17-18 «Об авторском праве и смежных правах». В раздел V «Интеллектуальная собственность» ГК Республики Таджикистан вошли только общие положения об интеллектуальной собственности (13 статей). Таким образом, общей чертой реформирования законодательства СНГ является утверждение наряду с нормами об интеллектуальной собственности в гражданских кодексах специальных законов в указанной сфере.

В Республике Узбекистан в ходе реформы гражданского законодательства предлагалось сохранить подход, в соответствии с которым в ГК есть специальный раздел IV, посвященный интеллектуальной собственности. При этом некоторые ученые считают, что следует расширить регулирование, осуществляемое им [1, с. 113].

В Азербайджане и Молдове имеют юридическую силу только специальные законы в сфере интеллектуальной собственности.

В странах дальнего зарубежья наличие в гражданских кодексах развернутых норм об интеллекту-

¹Лосев С. Профессионально об актуальном. Проект новой редакции раздела V Гражданского кодекса: основные положения [Электронный ресурс] // Нац. правовой интернет-портал Респ. Беларусь. URL: <http://pravo.by/novosti/novosti-pravo-by/2019/mart/33288/> (дата обращения: 07.06.2020).

альной собственности крайне редко. Например, регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности предусмотрено ГК Италии от 13 марта 1942 г. в редакции 2010 г.: 33 статьи, относящиеся к общим вопросам фирменных наименований, товарных знаков, авторского права, изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. Кроме того, в Италии действует Кодекс промышленной собственности от 10 февраля 2005 г. и Закон об охране авторского права и смежных прав от 22 апреля 1941 г. в редакции 2010 г. Можно также отметить ГК Вьетнама от 14 июня 2005 г., где ч. 6 посвящена правам на интеллектуальную собственность и передаче технологии (22 статьи). Наряду с кодексом во Вьетнаме приняты специальные законы в данной сфере правового регулирования².

В области систематизации норм об интеллектуальной собственности встречаются случаи инкорпорации, т. е. сосредоточения таких норм в единых нормативных правовых актах, преимущественно в кодексах об интеллектуальной (промышленной) собственности либо иных комплексных нормативных правовых актах. Из наиболее известных нормативных правовых актов указанного вида можно назвать Кодекс интеллектуальной собственности Франции 1992 г., Кодекс интеллектуальной собственности Филиппин 1997 г., Кодекс промышленной собственности Португалии 2003 г., Кодекс промышленной собственности Италии 2005 г., Закон Бразилии 1996 г. № 92-79, регулирующий права и обязанности в области промышленной собственности, Закон об интеллектуальной собственности Шри-Ланки 2003 г.

Во Франции реформирование законодательства об интеллектуальной собственности путем кодификации произошло в 1992 г.: были отменены практически все специальные законы и подзаконные акты в данной сфере. Взаимосвязь между Кодексом Франции об интеллектуальной собственности и Торговым кодексом Франции, а также ГК Франции была выявлена посредством отсылочных норм в Кодексе Франции об интеллектуальной собственности. Специальных изменений в последние два кодекса не вносилось [2].

По мнению В. И. Еременко, основным достоинством французской кодификации стало то, что, помимо удобства для пользователей, связанного с концентрацией всех положений в одном акте, кодификация гарантировала отсутствие «неконтролируемого искажения положений ведомственным нормотворчеством» [3].

ГК Нидерландов профессор В. А. Дозорцев оценил как «экспериментальную систему кодификации», где сочетаются общие положения и подробная регламентация отдельных институтов, которая не может служить обоснованием необходимости ко-

дификации интеллектуальной собственности для других стран [4, с. 362].

Учитывая богатейший материал, наработанный в Российской Федерации в процессе подготовки к принятию ч. 4 ГК Российской Федерации, образующей собой кодифицированное законодательство об интеллектуальной собственности, целесообразно исследовать этот опыт и по возможности избежать ошибочных решений, насколько это возможно.

Концептуальных подходов к реформированию системы законодательства об интеллектуальной собственности было обосновано несколько. Начиная рассмотрение вопроса с кодифицированного акта в области гражданского права, а именно с ГК, можно предложить следующие варианты его решения:

- включение в ГК только общих положений (этот вариант фактически присутствует в настоящее время);
- введение в ГК общих положений и норм об авторском праве и смежных правах;
- включение в ГК общих положений, норм об авторском праве и смежных правах, а также норм патентного права без положений, регулирующих оформление прав, охраняемых патентами (данное регулирование должно осуществляться специальным законом и подзаконными нормативными правовыми актами);
- дополнение специальными главами разделов ГК об объектах гражданских прав, договорах и др.

Работа над проектом ч. 4 ГК Российской Федерации привела к появлению ряда проектов, касающихся новых подходов к системе законодательства в области интеллектуальной собственности. Под руководством профессора В. А. Дозорцева рабочей группой при Исследовательском центре частного права был создан подробный проект раздела об интеллектуальной собственности [4]. Под руководством профессора А. П. Сергеева кафедрой гражданского права Санкт-Петербургского университета подготовлены сокращенный проект [5] и инкорпорация положений об интеллектуальной собственности в качестве отдельных разделов в ч. 1 и 2 ГК Российской Федерации, поддерживаемая, в частности, Э. П. Гавриловым [6, с. 15] и И. А. Зениным [7, с. 8]. Как известно, последний вариант кодификации положений об интеллектуальной собственности реализован в Украине путем принятия ГК Украины от 16 января 2003 г. № 435-IV.

В итоге основой ч. 4 ГК Российской Федерации стала концепция полной кодификации гражданского законодательства об интеллектуальной собственности. Профессор Е. А. Суханов и член-корреспондент РАН В. Ф. Яковлев указывали на то, что при подготовке проекта решались следующие основные задачи: полное сосредоточение в ГК Рос-

²Еременко В. И. Некоторые проблемы кодификации законодательства об интеллектуальной собственности [Электронный ресурс] // Отрасли права. Аналитический портал. URL: <http://xn----7sbbaj7auwnfhhk.xn--p1ai/article/4807> (дата обращения: 07.06.2020).

сийской Федерации всего гражданского законодательства и неразрывно связанных с ним иных норм (в результате были отменены шесть федеральных законов, подзаконных нормативных актов, а также ряд других документов); приведение данного законодательства в единую систему (в частности, была выделена общая часть кодекса); уяснение соотношения норм об интеллектуальной собственности с общими положениями гражданского законодательства; осуществление работы юридико-технического характера, в том числе устранение расхождений и противоречий, структурирование текста, совершенствование юридического языка и др.

В качестве основных задач «содержательного» характера были названы принятие в законодательство норм, регулирующих обращение объектов интеллектуальной собственности в гражданском обороте, расширение и усиление защиты авторов и других обладателей исключительного права, в том числе на новые объекты правовой охраны, ужесточение ответственности за нарушение прав, обеспечение соответствия международным обязательствам³. Кроме этого, кодификация выполняла юридико-технические функции: выделение общих для всех видов исключительных прав положений и дифференциация исключительных прав по видам, построение всего законодательства по единой системе, его координация и согласование во всех частях, также определяла специальное законодательство. В принципе функция кодификации заключается в обобщении действующего законодательства и установлении принципов его дифференциации. Если сформировались новые отношения и безусловно выявились неизвестные до сих пор направления правового регулирования, кодекс может приобретать и ярко выраженную ориентирующую роль [4, с. 365]. Любопытно, что, будучи автором одного из проектов, В. А. Дозорцев думал, что Российская Федерация «не готова к такой системе кодификации – ни объективно, по состоянию законодательства и практики его применения, ни субъективно» [4, с. 362].

По мнению В. И. Еременко, «в результате в рамках ГК РФ получен уникальный, не имеющий аналогов в мире, комплекс норм об интеллектуальной собственности, включающий в себя как нормы гражданского права, так и многочисленные нормы административного и трудового права» [3], что не-

правильно с точки зрения системы гражданского законодательства. С этим трудно не согласиться, поскольку отнесение всех норм к соответствующей отрасли нередко очевидно. Как полагает В. И. Еременко, кодификация фактически была подменена инкорпорацией, так как в ГК Российской Федерации, где содержались общие положения, были добавлены положения специальных законов, в том числе нормы административного законодательства [8, с. 19]. И инкорпорация, и кодификация представляют собой виды систематизации нормативных правовых актов. Отличие состоит в том, что при инкорпорации осуществляется переработка (изменение) установленного нормативными правовыми актами регулирования соответствующих общественных отношений. В рассматриваемом случае позиция ученого зависит от того, что он считает переработкой, так как любое включение нормативного правового акта в итоговый нормативный правовой акт (кодекс или свод законов) требует определенных изменений, или, говоря другими словами, от того, в какой степени произведены эти изменения и можно ли назвать их переработкой.

В. Н. Лопатин пишет о том, что единого законодательного источника права интеллектуальной собственности разработать не получилось: «В самом Кодексе тогда должны быть достигнуты тот уровень детализации и та полнота охвата предмета правового регулирования, которые характерны не для Кодекса, а для специального закона»⁴. К тому же прекращение действия шести специальных законов обернулось принятием и дополнением нормами из области интеллектуальной собственности еще двадцати (например, Закона Российской Федерации «О патентных поверенных» или «О передаче прав на единые технологии»), что объясняется нарушением правоприменительного баланса. Таким образом, полной кодификации не произошло⁵.

По мнению И. А. Близнеца и К. Б. Леонтьева, «ошибочной была сама попытка создания системной регламентации такого комплексного института, как право интеллектуальной собственности, в рамках одной только гражданско-правовой кодификации»⁶. Фактически с ними солидарна Е. А. Войниканис, потому что «цивилистическая идеология проведенной кодификации препятствует формированию межотраслевых связей и оформлению ин-

³Суханов Е. А., Яковлев В. Ф. Кодификация законодательства об интеллектуальной собственности [Электронный ресурс] // Мудрый юрист. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/18755-kodifikaciya-zakonodatelstva-intellektualnoj-sobstvennosti> (дата обращения: 07.06.2020).

⁴Лопатин В. Н. Семь уроков кодификации законодательства об интеллектуальной собственности [Электронный ресурс] // Отрасли права. Аналитический портал. URL: <http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/6969> (дата обращения: 07.06.2020).

⁵Заключение Рабочей группы Экспертно-консультативного совета при Председателе Счетной палаты Российской Федерации по результатам комплексной экспертизы концепции проекта части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации от 29 сентября 2006 г. // Белая книга: история и проблемы кодификации законодательства об интеллектуальной собственности : сб. док., материалов и науч. ст. / под ред. В. Н. Лопатина. М., 2007. С. 15–20 ; Заключение Комитета Государственной Думы по экономической политике, предпринимательству и туризму от 11 сентября 2006 г. // Там же. С. 160–161.

⁶Блинец И. А., Леонтьев К. Б. Проблемы систематизации законодательства об интеллектуальной собственности [Электронный ресурс] // Библиотека Copyright.ru. URL: https://www.copyright.ru/ru/library/stati_knigi/intellektualnaya_sobstvennost/intellektualnaya_sobstvennost_chastnoe_pravo/ (дата обращения: 07.06.2020).

ститута интеллектуальных прав как комплексного правового института». Она высказала опасение, что «искусственная консервация действующей системы регулирования посредством кодификации в долгосрочной перспективе способна принести не меньше вреда, чем необдуманные реформы, которым, как показывает практика, не может оказывать действительного сопротивления даже Гражданский кодекс» [9, с. 1643].

Существуют различные точки зрения ученых по поводу того, насколько возможны при кодификации обновление нормативного материала и разработка параллельно с ней новых положений. И. А. Зенин утверждает, что основная задача кодификации состоит не в появлении других систем, а в сведении «в единую систему уже работающего нормативного материала с устранением несогласованности и противоречий. Право, как и культуру, нельзя создать, их можно только унаследовать и сохранить» [10, с. 30].

По словам В. Н. Лопатина, «кодификация вновь направила нашу страну (Российскую Федерацию. – Д. И.) по уникальному, особенному пути в сфере регулирования интеллектуальной собственности» [11], под чем в данном случае подразумевалось то, что законы, особенно в сфере гражданских правоотношений, должны приниматься для упорядочения сложившихся общественных отношений. В России в первой половине 1990-х гг., как и в Беларуси, сначала утверждались «современные» законы в сфере интеллектуальной деятельности, а потом согласно им создавалась правоприменительная практика. Можно согласиться с мнением о том, что в ряде случаев это могло приводить к тому, что новые, передовые для своего времени законодательные установления тогда практически не использовались в практической деятельности. Вместо стремления одобрить законы с учетом нужд и проблем практики субъекты, участвующие в отношениях, пытались приспособить свои нужды под актуализированное законодательство. «В результате понадобилось целых десять лет, чтобы сформировалась правоприменительная практика, появились специалисты в данной области, знающие нормы закона и разбирающиеся в порядке его применения» [11].

При кодификации в ГК РФ данное явление повторилось, о чем предупреждали ученые в 2006 г.: «В условиях, когда все действующие законы в указанной сфере предлагается отменить, ввести принципиально новые понятия и объединить все нормы в одном кодексе, можно прогнозировать, что это приведет к провалу на длительный срок в правоприменении, поскольку потребует вновь многочисленных временных, материальных и финансовых затрат в осмыслении и изучении нового комплексного закона, разрешении новых много-

численных правовых коллизий, созданных с его принятием» [11].

С описанной позицией не согласилась Е. А. Войниканис, которая писала о том, что «цель кодификации состоит в развитии и обновлении системы права в целом, при этом исходить надо из потребностей современного общества. В сфере интеллектуальных прав необходимо переосмыслить место интеллектуальных прав в правовой системе, а также обеспечить баланс интересов всех субъектов в новом информационном обществе» [9, с. 1643].

Отчасти кодификация в Российской Федерации решила задачи систематизации законодательства и гармонизации с международными актами. Принятые в 2014 г. комплексные поправки свидетельствовали о включении большого количества административных норм, несовершенстве понятийного аппарата, недостатках содержательного характера. По мнению Е. А. Войниканис, основная причина этого заключалась в том, что Р. Кабриак назвал правовым пуантилизмом (это попытка отрегулировать абстрактными нормами все конкретные ситуации [12, с. 406–412]). Е. А. Войниканис утверждала, что «кодификацию законодательства об интеллектуальной собственности в рамках Гражданского кодекса следует рассматривать как искусственное препятствие для межотраслевого взаимодействия и формирования взвешенных законодательных и доктринальных позиций по вопросам, касающимся межотраслевых связей» [9, с. 1645].

В 2007 г. профессор В. Н. Лопатин сделал вывод, к которому он вновь пришел в 2014 г.: «Необходимо сохранение двухуровневой структуры законодательства в сфере интеллектуальной собственности с кодификацией общих положений в Гражданском кодексе РФ при сохранении и совершенствовании специальных законов, действующих в этой сфере, либо при принятии комплексного Кодекса интеллектуальной собственности»⁷ [11, с. 241].

Проект, подготовленный на основе рекомендаций кафедры гражданского права Санкт-Петербургского университета, возглавляемой профессором А. П. Сергеевым, базировался именно на том, что кодификация законодательства в области интеллектуальной собственности должна проводиться путем выделения из числа существующих правовых норм наиболее общих положений, относящихся к большинству или ко всем видам объектов интеллектуальной собственности, без подмены специальных законов положениями кодекса. Одним из преимуществ данного подхода является возможность быстрого реагирования на потребности меняющихся общественных отношений, и вместо внесения изменений в сам ГК, который все-таки должен оставаться неизменным нормативным ак-

⁷Лопатин В. Н. Семь уроков кодификации законодательства об интеллектуальной собственности [Электронный ресурс] // Отрасли права. Аналитический портал. URL: <http://xn---7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/6969> (дата обращения: 07.06.2020).

том, корректировка будет касаться специального законодательства.

Конечно, использование «двухуровневой системы» в законодательстве об интеллектуальной собственности имеет как достоинства, так и недостатки. По мнению Е. А. Суханова и В. Ф. Яковлева, следует учитывать, что «любая частичная кодификация этих норм с сохранением хотя бы некоторых отдельных законов неминуемо вызовет в лучшем случае дублирование последними содержания ряда общих норм ГК РФ, а в худшем – новые противоречия и пробелы»⁸.

Действительно, для двухуровневой или многоуровневой систем регулирования характерна определенная степень копирования норм в разных актах, можно даже говорить о неизбежности этого. Тогда перед законодателем ставится задача минимизировать данный эффект, к чему добавляется вероятное возрастание противоречий и коллизий между нормами нормативных правовых актов различных уровней. Однако, этот вопрос также решается при условии повышения уровня юридической техники законодателя.

Как отмечали И. А. Близнец и К. Б. Леонтьев, «в ходе дальнейшего развития законодательства в полной мере могли бы быть использованы многие теоретические положения и законодательные формулировки, полученные в процессе работы над разделом ГК РФ, посвященным вопросам ИС (интеллектуальной собственности. – Д. И.), но при этом удалось бы избежать многих противоречий, возникавших при попытке “втиснуть” основные положения об ИС в рамки одного только граждан-

ского законодательства, несмотря на непременно комплексный характер права ИС»⁹.

Как предлагает С. С. Лосев, следует разработать концепцию развития законодательства Республики Беларусь об интеллектуальной собственности с выходом в перспективе на кодификацию. В качестве аргументов по поддержке данной позиции отмечаются возможность предотвратить дублирование правового регулирования, детальное рассмотрение общих положений об исключительном праве, особенностях его оборота и защиты, кроме того, стремление к активной кодификации – цель национального законодательства в соответствии с Концепцией совершенствования законодательства Республики Беларусь [13, с. 83–84]. Выше было изложено, какие задачи позволяет решить кодификация в сфере интеллектуальной собственности, а какие аргументы не оправдали себя, и слабые места в законодательстве так и остались таковыми, несмотря на то что создатели проекта ч. 4 ГК РФ рассчитывали справиться с ними. Вопросы «расширения и усиления защиты авторов и других обладателей исключительных прав», раскрытия различных положений как общего, так и частного характера можно рассматривать как в рамках подготовки проекта единого кодекса об интеллектуальной собственности, так и в пределах проекта изменений в законодательство, систематизированное иным образом, и даже не кодифицированное, а выстроенное на основе «двухуровневой системы». Тогда успешность результата зависит вовсе не от наличия или отсутствия кодекса, а от качества тех нормативных положений, которые будут приняты в итоге.

Заключение

Резюмируя вышеизложенное, оптимальным будет выбор двухуровневой системы регулирования с наличием общего регулирования в ГК и специальным регулированием в особых законах. Более сложным является определение той степени «общего регулирования», которое должно содержаться в кодифицированном акте гражданского законодательства, и способ его расположения в самом ГК. На данном этапе хотелось бы отметить, что вариант, предложенный в последнем проекте изменений в ГК, на наш взгляд, дошел до парламента в сокращенном виде. В попытке выбрать те нормы, которые имеют самый общий характер для всех субинститутов права интеллектуальной собственности, участники работы над проектом лишили его мно-

гих необходимых положений. Таким образом, следует подойти к вопросу шире и закрепить в ГК ряд положений об основных началах законодательства об интеллектуальной собственности (принципах); о системе права интеллектуальной собственности; о субъектах права интеллектуальной собственности, а также субъектах, участвующих в соответствующих отношениях; об осуществлении имущественных прав, принадлежащих нескольким лицам; о служебных результатах интеллектуальной деятельности; о личных неимущественных правах; об исключительном праве и иных имущественных правах на объекты интеллектуальной собственности; о сроках действия прав; об охранных документах; о признании недействительным предоставления правовой

⁸Суханов Е. А., Яковлев В. Ф. Кодификация законодательства об интеллектуальной собственности [Электронный ресурс] // Мудрый юрист. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/18755-kodifikaciya-zakonodatelstva-intellektualnoj-sobstvennosti> (дата обращения: 07.06.2020).

⁹Близнец И. А., Леонтьев К. Б. Проблемы систематизации законодательства об интеллектуальной собственности [Электронный ресурс] // Библиотека Copyright.ru. URL: https://www.copyright.ru/ru/library/stati_knigi/intellektualnaya_sobstvennost/intellektualnaya_sobstvennost_chastnoe_pravo/ (дата обращения: 07.06.2020).

охраны и досрочном прекращении правовой охраны; об ограничениях исключительного права (случаях свободного использования объектов); о субъектах защиты и способах защиты прав на объекты интеллектуальной собственности; об охране личных неимущественных прав после смерти автора; о переходе результатов интеллектуальной деятельности в общественное достояние; о знаках правовой охраны; об охране объектов интеллектуальной собственности в иностранных государствах.

Кроме того, в разделы «Отдельные виды обязательств» и «Наследственное право» нужно переписать и дополнить положения об обязательствах (типах договоров) из сферы интеллектуальной собственности (в виде глав) и об особенностях наследования исключительного права и реализации личных неимущественных прав наследниками (в виде параграфа) соответственно, что будет отвечать общей концепции построения ГК как кодифицированного акта в сфере гражданского права.

Библиографические ссылки

1. Окюлов О. Гражданский кодекс Республики Узбекистан в новой редакции: каким должен быть IV раздел. В: Богоненко ВА, Бесецкая НА, Вегера ИВ, редакторы. *Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики. Материалы международной научно-практической конференции; 17–18 мая 2019 г.; Новополоцк, Беларусь*. Новополоцк: Полоцкий государственный университет; 2019. с. 111–115.
2. Pollaud-Dulian F. *Droit de la propriété industrielle*. Paris: Montchrestien; 1999. 936 p.
3. Еременко ВИ. Законодательство об интеллектуальной собственности во Франции. *Законодательство и экономика*. 2010;11:46–57.
4. Дозорцев ВА. *Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации*. Москва: Статут; 2003. 416 с.
5. Сергеев А. О проекте раздела V «Право интеллектуальной собственности» (исключительные права) части третьей ГК РФ. *Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права*. 2000;1:33–40.
6. Гаврилов ЭП. Проект части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации грозит катастрофой. *Патенты и лицензии*. 2000;10:13–18.
7. Зенин ИА. Интеллектуальная собственность: правовое регулирование, проблемы и перспективы. *Законодательство*. 2001;4:7–9.
8. Еременко ВИ, Гаврилов ЭП. *Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (по статье 1101)*. Москва: Экзамен; 2009.
9. Войниканис ЕА. Кодификация законодательства и ее особенности в сфере интеллектуальных прав: теоретико-правовые аспекты. *Право и политика*. 2014;11:1643–1646. DOI: 10.7256/1811-9018.2014.11.13319.
10. Зенин ИА. Опыт кодификации российского права интеллектуальной собственности и предложения для Китая. *Юридический мир*. 2016;5:28–31.
11. Лопатин ВН. Особенности кодификации законодательства об интеллектуальной собственности. В: Лопатин ВН, редактор. *Белая книга: история и проблемы кодификации законодательства об интеллектуальной собственности. Сборник документов, материалов и научных статей*. Москва: Издательство Совета Федерации; 2007. с. 240–241.
12. Кабрияк Р. *Кодификации*. Москва: Статут; 2007. 476 с.
13. Лосев СС. К вопросу о концепции развития законодательства Республики Беларусь об интеллектуальной собственности. В: Богоненко ВА, Бесецкая НА, Вегера ИВ, редакторы. *Правовая защита интеллектуальной собственности: вопросы теории и практики. Материалы международной научно-практической конференции; 17–18 мая 2019 г.; Новополоцк, Беларусь*. Новополоцк: Полоцкий государственный университет; 2019. с. 81–85.

References

1. Okjulov O. [Civil code of the Republic of Uzbekistan in the new edition: what should be Section IV]. In: Bogonenko VA, Besetskaya NA, Vegera IV, editors. *Pravovaya zashchita intellektual'noi sobstvennosti: problemy teorii i praktiki. Materialy mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii; 17–18 maya 2019 g.; Novopolotsk, Belarus'* [Legal protection of intellectual property: questions of theory and practice. Materials of the international scientific-practical conference; 2019 May 17–18; Novopolotsk, Belarus]. Novopolotsk: Polotsk State University; 2019. p. 111–115. Russian.
2. Pollaud-Dulian F. *Droit de la propriété industrielle*. Paris: Montchrestien; 1999. 935 p.
3. Yeremenko VI. Intellectual property legislation in France. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*. 2010;11:46–57. Russian.
4. Dozorcev VA. *Intellektual'nye prava: Ponyatie. Sistema. Zadachi kodifikatsii* [Intellectual rights: Notion. System. Problems of codification]. Moscow: Statut; 2003. 416 p. Russian.
5. Sergeev A. [On draft of the Section V «Intellectual Property Law (Exclusive rights)» of the third part of the Civil Code of the Russian Federation]. *Intellektual'naya sobstvennost'. Avtorskoe pravo i smezhnye prava*. 2000;1:33–40. Russian.
6. Gavrillov EP. [The draft of the third part III of the Civil Code of the Russian Federation threatens disaster]. *Patenty i litsenzii*. 2000;10:13–18. Russian.
7. Zenin IA. [Intellectual property: legal regulation, problems and perspectives]. *Zakonodatel'stvo*. 2001;4:7–9. Russian.
8. Yeremenko VI, Gavrillov EP. *Kommentarii k chasti chetvertoi Grazhdanskogo kodeksa Rossiiskoi Federatsii (postateinyi)* [Commentary to the fourth part of the Civil Code of the Russian Federation (itemized)]. Moscow: Examen; 2009. Russian.
9. Vojnikanis EA. Codification of law and its intricacies in the area of intellectual laws: the theoretical and legal aspects. *Law and Politics*. 2014;11:1643–1646. DOI: 10.7256/1811-9018.2014.11.13319. Russian.
10. Zenin IA. Experience of codification of the Russian intellectual property law and suggestions for China. *Yuridicheskii mir*. 2016;5:28–31. Russian.

11. Lopatin VN. [Features of the codification of intellectual property law]. In: Lopatin VN, editor. *Belaya kniga: istoriya i problemy kodifikatsii zakonodatel'stva ob intellektual'noi sobstvennosti. Sbornik dokumentov, materialov i nauchnykh statei* [White book: history and problems of codification of intellectual property legislation. Collection of documents, materials, and scientific articles]. Moscow: Izdatel'stvo Soveta Federatsii; 2007. p. 240–241. Russian.

12. Cabrillac R. *Les codifications*. Paris: Press Universitaires de France; 2002.

Russian edition: Cabrillac R. *Kodifikatsii*. Moscow: Statut; 2007. 476 p.

13. Losev S. [On the concept of development of the legislation of the Republic of Belarus on intellectual property]. In: Bogonenko VA, Besetskaya NA, Vegera IV, editors. *Pravovaya zashchita intellektual'noi sobstvennosti: voprosy teorii i praktiki. Materialy mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii; 17–18 maya 2019 g.; Novopolotsk, Belarus'* [Legal protection of intellectual property: questions of theory and practice. Materials of the international scientific-practical conference; 2019 May 17–18; Novopolotsk, Belarus]. Novopolotsk: Polotskii gosudarstvennyi universitet; 2019. p. 81–85. Russian.

Статья поступила в редколлегию 23.06.2020.
Received by editorial board 23.06.2020.

УДК 341.9.01;341.91

МЕСТО МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

М. В. МЕЩАНОВА^{1), 2)}

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

²⁾Национальный центр законодательства и правовых исследований Республики Беларусь,
ул. Берсона, 1а, 220050, г. Минск, Беларусь

Анализируются вопросы признания международных договоров самостоятельным источником международного частного права, а также порядка применения положений международных договоров в рамках правового поля Республики Беларусь. Акцентируется внимание на изменениях в законодательстве Республики Беларусь, которые сохранили общую имплементирующую норму о непосредственном применении положений международных договоров субъектами национального права, но исключили признание международных договоров интегральной частью права Республики Беларусь. Рассматривается позиция Конституционного Суда Республики Беларусь по данному вопросу. Предлагается именовать сам процесс вхождения норм международных договоров в национальное право имплементацией, поскольку этот термин является наиболее широким и включает как трансформацию положений международных договоров во внутреннее право, так и непосредственное применение последних на основе общей имплементирующей нормы.

Ключевые слова: имплементация; инкорпорация; международное частное право; общая имплементирующая норма; рецепция; трансформация.

PLACE OF INTERNATIONAL TREATIES IN THE SYSTEM OF SOURCES OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW

M. V. MIASHCHANAVA^{a, b}

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

^bNational Center of Legislation and Legal Research, 1a Biersana, Minsk 220050, Belarus

The author analyses the issues of recognition of international treaties as an independent source of private international law, the procedure for applying the provisions of international treaties within the legal framework of the Republic of Belarus. Attention is focused on amendments in the Belarusian legislation, which retained the general implementing rule on the direct application of the provisions of international treaties by the subjects of national law, but excluded the recognition of international treaties as an integral part of the law of the Republic of Belarus. The position of the Constitutional Court of the Republic of Belarus on this problem is considered. It is proposed to call the process of «incorporation» of the rules of international treaties into national law «implementation», since this term is the broadest and includes both the transformation of the provisions of international treaties into domestic law and the direct application of the latter on the basis of a general implementing rule.

Keywords: implementation; incorporation; private international law; general implementing rule; reception; transformation.

Образец цитирования:

Мещанова МВ. Место международных договоров в системе источников международного частного права. Журнал Белорусского государственного университета. Право. 2020;3:69–77.

For citation:

Miashchanava MV. Place of international treaties in the system of sources of international private law. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:69–77. Russian.

Автор:

Мария Валентиновна Мещанова – кандидат юридических наук, доцент; заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета¹⁾, ведущий научный сотрудник Института правовых исследований²⁾.

Author:

Maryia V. Miashchanava, PhD (law), docent; head of the department of civil law, faculty of law^a, and leading researcher, Institute of Legal Research^b.
miashchanava@bsu.by
<https://orcid.org/0000-0001-8895-851X>

Введение

В настоящем исследовании будут рассматриваться вопросы признания международных договоров самостоятельным источником международного частного права, а также порядка применения положений международных договоров в рамках правового поля Республики Беларусь. Указанная проблематика напрямую связана с пониманием самого международного частного права, а также с такими фундаментальными категориями теории права, как система права (или система национального права) и система законодательства. Важным аспектом также является разграничение правовых систем современности, а именно национального, международного и наднационального права¹. Исследование вопросов места и роли международных договоров как регулятора частноправовых отношений с иностранным элементом представляет собой краеугольный камень длительных доктринальных дискуссий о том, является ли международное частное право частью национального права отдельных государств или частью международного права в широком смысле слова. В данном исследовании мы не сможем избежать обращения к позициям сторонников каждого из названных взглядов.

Кроме того, начиная с 2018 г. в законодательстве Республики Беларусь произошел отход от понимания международного договора как части права Республики Беларусь. Полагаем необходимым остановиться на нормативном закреплении указанной тенденции, а также на возможных последствиях непризнания международного договора частью национального права, включая исполнимость таких договоров национальными правоприменителями.

Международно-правовая концепция международного частного права в данном исследовании представлена трудами В. Н. Дурденевского, С. Б. Крылова, К. Л. Разумова, И. П. Блищенко. Критика широкого понимания международного права с включением в него норм международного частного права основана на работах Г. М. Вельяминова, а также сторонников внутригосударственной концепции международного частного права: Л. А. Лунца, Д. Б. Левина, Е. Т. Усенко. Отдельно уделено внимание проблеме рецепции/трансформации/имплементации положений международных договоров в национальное законодательство. Теоретической основой изучения указанных процессов выступили труды И. Н. Барцица, Г. М. Вельяминова, В. А. Рыбакова, А. Ф. Черданцева, Р. А. Мюллерсона, С. В. Черниченко, В. М. Аверкова, Дж. Фицмориса.

Цель настоящего исследования состоит в определении места международных договоров в системе источников международного частного права, а также в толковании общей имплементирующей нормы, содержащейся в законодательстве Республики Беларусь.

Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие задачи:

- провести сравнительный анализ доктринальных подходов, определяющих место международных договоров и их применимость в рамках национального права;
- проанализировать позицию законодателя Республики Беларусь с точки зрения закрепления общей имплементирующей нормы и ее содержания;
- сформулировать и обосновать положение о признании международных договоров самостоятельным источником международного частного права.

Материалы и методы исследования

Основой проведенного исследования выступили общенаучные (анализ, сравнение, системный, исторический и структурный анализ) и специальные (сравнительно-правовой, формально-юридический,

толкование права) методы познания. Теоретическую основу составили труды вышеуказанных авторов, представляющих школы теории права, международного публичного и международного частного права.

Результаты и их обсуждение

В основе международно-правовых подходов к пониманию международного частного права лежит тезис о международном характере всех без исключения, в том числе и национальных, коллизионных норм, «поскольку по поводу той или иной нормы установилось соглашение государств и поскольку в основе коллизионной нормы нередко лежит веками сложившийся международный обычай

(например, *locus regit actum, lex rei sitae*)» [1, с. 31]. По мнению И. Л. Разумова, создавая национальные коллизионные нормы, «законодатель не может игнорировать и существующие общеобязательные для всех государств коллизионные начала... которые приобрели характер международных обычаев» [2, с. 12].

Сторонники международно-правовой концепции для подтверждения правильности своих до-

¹В литературе также используется понятие «право региональных интеграционных объединений», которое представляется нам более широким по содержанию, поскольку включает нормы как наднациональной природы, так и международного права.

водов широко используют также явно прослеживаемую в последнее время тенденцию усиления роли международных договоров в регулировании частноправовых отношений. Вместе с тем, несмотря на неоспоримость данной тенденции, не представляется возможным свести все национальные коллизионные нормы только к нормам, «принятым во исполнение международных договоров и соглашений» [3, с. 47]. Внутреннее законодательство по-прежнему остается существенным источником правового регулирования частноправовых отношений.

Одним из основных моментов, на которые стоит опираться при аргументации роли международных договоров в регулировании отношений, включенных в предмет международного частного права, является принципиальная позиция относительно действия положений международных договоров в национальном законодательстве и изменении (или неизменении) последними своей системной принадлежности. Другими словами, необходимо обратиться к теориям имплементации (трансформации, рецепции) положений международных договоров в национальное законодательство.

По мнению Г. М. Вельяминова, принципиально системное возражение против восприятия норм конвенций международного частного права и иных международных договоров в качестве составной части международного права (в широком смысле слова) кроется в понимании правового механизма действия международно-правовых договорных норм в отношениях между субъектами разных национальных правовых систем [4, с. 8].

Сторонники внутригосударственных концепций в понимании международного частного права придерживаются позиции, согласно которой нормы международных договоров (даже регулирующие частноправовые отношения) сами по себе не могут быть источником международного частного права. Такие нормы должны быть обязательно трансформированы (реципированы) в национальное законодательство. После трансформации «бывшая» норма международного договора включается в определенную отрасль национального права (например, в гражданское право) или даже в международное частное право (если представители доктрины рассматривают последнее как самостоятельную отрасль права) [5, с. 249–251].

Согласно подходу Г. М. Вельяминова, норма, которая возникла как норма международного договора, в последующем продолжает свое существование в двух ипостасях. Параллельно с реципированной нормой (теперь уже национального законодательства) «сохраняется и действенность как таковой международно-правовой нормы, идентичной по

формулировке (но не по правовому значению) норме реципированной. Если, будучи реципированной в национальный правовой порядок, норма регулирует отношения национальных субъектов права, то международно-правовая норма как таковая продолжает регулировать межгосударственные отношения, т. е. обязательства государств друг перед другом. Конкретно речь идет об обязательствах, во-первых, реципировать данную норму в свое национальное законодательство, во-вторых, обеспечивать соблюдение этой нормы в своем правовом порядке» [6, с. 138–139].

Перейдем непосредственно к вопросу о соотношении национального права и положений международных договоров с точки зрения белорусского законодательства. Нельзя забывать о важнейшей составляющей государственного суверенитета, которая заключается в праве каждого государства самостоятельно определять систему национального нормативного регулирования и условия «вхождения» в эту систему положений международных договоров.

Конституция Республики Беларусь не содержит норму, которая бы однозначно решала вопрос о месте международных договоров в системе источников национального права (общая имплементирующая норма²). На основании ст. 8 Конституции «Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства». Указанная норма вызывает массу дискуссий относительно ее толкования, и в первую очередь с точки зрения закрепления в ней приоритета международных договоров над актами национального законодательства. Достаточно заметить, что автор данного материала обращал внимание на указанную проблему и неоднозначность определения соответствующей иерархии источников на практике еще в 1996 г. [7]. В законодательстве Республики Беларусь закреплена ряд положений, регламентирующих вопросы места норм международных договоров в рамках национальной правовой системы. Обратимся к решению указанной проблемы в рамках гражданского и брачно-семейного законодательства Республики Беларусь как основных частей частноправового регулирования.

В Кодексе Республики Беларусь о браке и семье 1999 г. (далее – КоБС) отсутствует положение, аналогичное содержащемуся в ст. 6 Гражданского кодекса Республики Беларусь 1998 г. (далее – ГК), где установлено, что «нормы гражданского права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, вступивших в силу, являются частью действующего на территории Республики

²Понятие «общая имплементирующая норма» носит авторский характер. Данное конституционное положение в доктрине также именуется генеральной трансформацией.

Беларусь гражданского законодательства, подлежат непосредственному применению, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для применения таких норм требуется издание внутригосударственного акта, и имеют силу того правового акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора». В отличие от гражданского законодательства КоБС устанавливает абсолютный приоритет норм международных договоров над нормами национального законодательства о браке и семье Республики Беларусь (ч. 2 ст. 237 КоБС), но ничего не говорит о признании таких норм частью национального законодательства, а также об их непосредственном применении. Таким образом, в сфере правового регулирования частноправовых отношений вопрос о месте норм международных договоров и их включенности во внутреннее законодательство решается по-разному.

Общий подход по данному вопросу отражен в ст. 36 Закона Республики Беларусь от 23 июля 2008 г. № 421-З «О международных договорах Республики Беларусь»³ (далее – Закон о международных договорах), которая гласит, что «нормы права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, подлежат непосредственному применению, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для применения таких норм требуется принятие (издание) нормативного правового акта, и имеют силу того нормативного правового акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора». Следовательно, действует общая посылка о непосредственном применении норм международных договоров, однако указанные нормы уже не признаются частью действующего на территории Республики Беларусь законодательства, что свидетельствует о четком разграничении систем международного и национального права. Одновременно такой подход законодателя можно признать аргументом против применения теории трансформации норм международных договоров в национальное законодательство, которая лежит в основе внутригосударственных концепций международно-частного права.

Подтверждением вышесказанного служит тот факт, что при принятии нового Закона Республики Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-З «О нормативных правовых актах» (далее – Закон о НПА) в него не было включено ни одного положения о применении международных договоров, поскольку последние не признаются ни нормативными правовыми актами, ни вообще частью законодательства Республики Беларусь.

Вместе с тем Конституционный Суд Республики Беларусь в своем Решении от 7 мая 2018 г. № Р-1123/2018 «О соответствии Конституции Республики Беларусь Закона Республики Беларусь “О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь “О международных договорах Республики Беларусь”» отметил, что «наряду с актами внутригосударственного законодательства – законами Республики Беларусь, декретами и указами Президента Республики Беларусь, подзаконными нормативными правовыми актами, международные договоры Республики Беларусь входят в систему действующего на территории Республики Беларусь правового регулирования, то есть их нормы являются составной частью действующего права» (п. 7). На наш взгляд, такой подход является не вполне корректным. Конституционный Суд Республики Беларусь заменяет понятие «часть законодательства» на «составная часть действующего права», однако, как мы уже отмечали ранее, международное и национальное право представляют собой самостоятельные системы права, поэтому международный договор, как источник международного права, порождающий обязательства у государств, которые выразили на это согласие, по сути, не может являться источником национального права. Однако это вовсе не умаляет «важную роль и значение международных договоров в правовой системе Беларуси как непосредственно действующего права»: суды, другие государственные органы и должностные лица обязаны применять нормы международных договоров Республики Беларусь, поскольку, согласно общей норме, изложенной в ст. 36 Закона о международных договорах, «нормы права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, подлежат непосредственному применению». Это означает, что специальных актов по имплементации положений международного договора во внутреннее право Республики Беларусь, как правило, не требуется. Таким образом, отход от понимания международных договоров как части действующего на территории Республики Беларусь законодательства (или права) не влияет на исполнимость указанных договоров и не порождает проблем правоприменения.

Освоение положений международных договоров конкретным государством может происходить по-разному. Так, положения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (далее – Венская конвенция) [8] были положены в основу совершенствования гражданского законодательства (в части регулирования купли-продажи) большинства современных государств. Например, в главе 30 ГК мы сможем увидеть многие из упомянутых положений. Эти нормы на са-

³ Действует в редакции Закона Республики Беларусь от 11 мая 2018 г. № 106-З «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь “О международных договорах Республики Беларусь”».

мом деле были трансформированы в национальное законодательство и практически утратили связь со своим первоисточником. Они «живут», используются и совершенствуются по закономерностям национальных правовых систем. Ученые вспоминают об их международном происхождении, по сути, только при проведении компаративистских исследований.

Совершенно иная ситуация складывается при использовании положений Венской конвенции как международного договора, подлежащего непосредственному применению, например, при разрешении судом экономических споров с иностранным элементом. При этом мы не можем не учитывать целый ряд факторов. Так, нам следует уяснить:

- каков субъектный состав частноправовых отношений и не содержит ли он препятствий для использования Венской конвенции;
- каково содержание воли сторон и не направлена ли она на исключение применения Венской конвенции;
- не выходит ли предметная сфера отношений за пределы регулирования, предусмотренного Венской конвенцией;
- каким является место Венской конвенции в иерархии источников (в том числе международного происхождения), применимых для регулирования данного международного коммерческого контракта.

И это далеко не полный перечень вопросов, которые следует разрешить при применении рассматриваемого международного договора, но они даже гипотетически не возникают при использовании любого национального нормативного правового акта. При этом основная причина, порождающая данные вопросы, кроется в том, что мы применяем не нормативный правовой акт Республики Беларусь, а именно международный договор, который продолжает жить своей жизнью и подчиняться законам системы международного права в независимости от того, что законодатель конкретного государства санкционировал его непосредственное применение на своей территории.

Таким образом, общая имплементирующая норма, предусмотренная в том числе законодательством Республики Беларусь, может рассматриваться как своеобразный мостик, который необходим правоприменению для перехода от национальной к международной правовой системе. Мы признаем, что такой мостик является весьма целесообразной системой перехода, особенно в условиях увеличения числа международных договоров, содержащих самоисполняемые нормы. Как известно, для реализации таких норм на территориях государств-членов не требуется издания дополнительных внутригосударственных актов в силу того, что по своему содержанию они пригодны для непосредственного применения субъектами национального права

и судом. Наглядным примером самоисполняемого международного договора служит Венская конвенция. Международные коллизионные конвенции также по общему правилу являются самоисполняемыми. Вместе с тем посредством использования общей имплементирующей нормы не происходит трансформации норм международных договоров в нормы национального права. Мы по-прежнему имеем дело с нормами международного права, используя их в пределах юрисдикции конкретного государства с согласия этого государства, выраженного в общей имплементирующей норме. В связи с этим не вызывает возражений суждение Е. Т. Усенко о том, что международное право *ex proprio vigore* не действует в пределах государства, ибо для такого действия нужна рецепция [9, с. 70].

По меткому замечанию одного из основателей российской внутрисударственной школы международного частного права Л. А. Лунца, нормы международного права «сохраняют автономность в отношении к внутренней системе права в целом» [10, с. 226]. Эта автономность проистекает из того, что нормы международного права есть порождение иной правовой системы, которая независима и автономна сама по себе.

В целом не поддерживая идею «перерастания» норм одной правовой системы в нормы другой правовой системы, Г. М. Вельяминов отмечает следующее: «Представляется оправданным принципиально “развести”, во всяком случае научно-теоретически, разнородные, по сути, правовые системы, пусть традиционно и существующие под укоренившимся... наименованием МЧП. Соответственно, необходимо, во-первых, выделить систему международно-публичную, входящую составной частью в международное (публичное) экономическое право и объединяющую международно-правовые нормы, направленные на унификацию (так называемые конвенции международного частного права), во-вторых, отделить от этой системы множество национальных систем МЧП, а фактически в основном коллизионно-правовых» [6, с. 140].

Однако далее автор разводит «разнородные, по сути, правовые системы», утверждая, что нормы международного права «не теряя этого своего качества... будучи рецептированы (трансформированы) в соответствующие национальные правовые системы государств-участников той или иной конвенции, обретают статус норм этих систем, однако не в законодательной области этих систем, а в автономной области именно рецептированных, унификационных, конвенционных по происхождению норм» [6, с. 141]. Позволим себе не согласиться с данной позицией, поскольку автономность норм международного права в рамках национального права – это не более чем умозрительное построение. Таким образом, автор (являясь сторонником национальной концепции международного част-

ного права) пытается примирить основной постулат отстаиваемой концепции о непризнании международного договора в качестве источника с пониманием того, что нормы международных договоров (даже после их имплементации в национальное законодательство) не перестают оставаться международно-правовыми.

Параллельно хотелось бы обратить внимание на терминологию, которая используется в литературе применительно к вопросам действия норм международных договоров в рамках национальных систем права. Сам процесс вхождения норм международных договоров в национальное право может именоваться по-разному: «способы воздействия международно-правовых актов на национальные правовые системы» [11; 12], «способы или средства придания международно-правовым нормам силы внутригосударственного действия» [13, с. 27] и др. Не существует единства мнений и по поводу средств (способов, методов) введения международно-правовых норм во внутреннюю систему права конкретного государства. Однако очевидно, что «международная норма может действовать в сфере национального права только через и при посредстве национального права» [14, с. 34].

И. Н. Барциц выделяет «способы воздействия международно-правовых актов на национальные правовые системы», которые трактует весьма широко, в том числе через признание приоритета норм международного права в целях толкования национального права, включение ратифицированных международно-правовых актов в национальное право и даже через коллизионное право как таковое [15, с. 64].

Г. М. Вельяминов чаще других использует термин «рецепция». Однако, согласно устоявшемуся пониманию, рецепция (от лат. *receptio*) означает заимствование или воспроизведение. Исторически термин «рецепция» употреблялся для обозначения заимствования, восприятия какой-либо национальной правовой системой принципов, институтов, основных черт другой национальной правовой системы. Именно в этом смысле говорят о рецепции римского права [16, с. 635]. Существует также понимание термина «рецепция» с точки зрения восприятия внутригосударственным правом норм международного права без изменения их содержания [17, с. 49].

Вместе с тем наиболее объемными и, соответственно, универсальными понятиями, обозначающими процесс вхождения норм международных договоров в национальное право, являются имплементация и трансформация.

По мнению В. А. Рыбакова, «основной постулат теории трансформации состоит в том, что использование национальным правом норм международного права происходит путем (способом)

издания государством соответствующего нормативного правового акта. В зависимости от вида этого акта трансформация подразделяется на генеральную (общую) и специальную» [14, с. 35]. Генеральная трансформация происходит на основании, как правило, конституционной нормы, которая создает общее основание для применения норм международного права национальными субъектами. Специальная трансформация нацелена на введение в систему национального права конкретных норм международного права либо посредством их «повторения» в акте внутреннего законодательства, либо посредством иного санкционирования в процессе государственного нормотворчества.

Термин «имплементация» (от англ. *implementation*) означает фактическое осуществление (исполнение) международных обязательств на внутригосударственном уровне. В качестве основного инструмента имплементации положений международных договоров традиционно рассматривается их трансформация в национальные законы и подзаконные акты. При таком прочтении понятие «имплементация» шире, чем термин «трансформация»: последняя – это лишь один из инструментов обеспечения исполнения международных договоров в рамках национальных систем права. Так, А. Ф. Черданцев утверждает, что имплементация – «термин более широкого значения, включающий в себя помимо трансформации случаи отсылок в коллизионных нормах национального права к международному» [18, с. 426]. Вместе с тем мы не можем согласиться с позицией автора о признании коллизионными норм, содержащихся в ряде нормативных правовых актов и устанавливающих приоритет международного регулирования, которые звучат примерно так: «...если международным договором установлены иные правила (чем те, которые содержатся в настоящем законе), применяются правила международного договора». Как известно, коллизионные нормы определяют выбор применимого права в отношениях с иностранным элементом, а приведенное правило, хотя и разрешает коллизию между национальным и международным правом, однако применяется к любым отношениям, входящим в предмет регулирования соответствующего нормативного акта, в том числе к сугубо внутренним.

Однако трансформация является далеко не единственным инструментом имплементации норм международного права. Так, уже в начале 1990-х гг. И. П. Блищенко отмечал: «...особенно важно перейти от стереотипов трансформации международного договора во внутреннее право к прямому применению договора нашими судами, физическими и юридическими лицами и государственными учреждениями» [19, с. 134–135]. На уязвимость теории трансформации с точки зре-

ния невозможности «превращения» норм международного права в нормы права национального указывали Р. А. Мюллерсон⁴ и С. В. Черниченко [20]. «Международный договор как продукт соглашения воли независимых государств-участников не может как таковой исчезнуть из сферы международного права в результате его превращения по волеизъявлению одного из государств-участников в национальный акт» [21, с. 74].

По нашему мнению, содержащаяся в ст. 36 Закона о международных договорах Республики Беларусь общая имплементирующая норма не трансформирует положения международных договоров в акты внутреннего права, а лишь говорит о том, что они подлежат непосредственному применению и имеют силу того правового акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора. Опираясь на сказанное, мы полагаем наиболее корректным придерживаться термина «имплементация», говоря о применении положений международных договоров из сферы международного частного права в рамках правового поля Республики Беларусь.

Уместно также упомянуть о существовании двух исторически сложившихся концепций взаимодействия международного права и национального права: дуалистической и монистической.

Согласно монистической концепции национальное и международное право представляют собой некое единство. При этом ученые могут признавать приоритет либо национального, либо международного права. Так, Х. Кельзен полагал, что национальные системы права – это лишь часть международного права, которое, соответственно, пользуется приоритетом [22, с. 238]. Сторонники монистической концепции, очевидно, не признают необходимость трансформации норм международных договоров в национальное законодательство и говорят о возможности их непосредственного применения.

В соответствии с дуалистической концепцией международные и национальные нормы входят в самостоятельные системы права. При этом положения международно-правовых актов вводятся в национальное законодательство с помощью специального трансформационного акта. С момента вступления в силу такого акта природа международно-правовой нормы меняется, и происходит ее «национализация». Так, еще в 1899 г. немецкий уче-

ный Г. Трипель писал: «Международное и внутригосударственное право суть не только различные отрасли права, но и различные правопорядки. Это два круга, которые тесно соприкасаются, но никогда не пересекаются» (цит. по: [23, с. 10]).

Монистическую концепцию, которая подразумевает прямое включение норм международных договоров в национальное законодательство, стали называть теорией инкорпорации (возникла в XVIII в.), а дуалистическую концепцию – теорией трансформации (оформилась в XIX в.).

С момента зарождения данных теорий подходы к взаимодействию международного и национального права прошли значительную эволюцию, появилась широко известная теория гармонизации, или компромисс Фицмориса (1957). По мнению профессора Дж. Фицмориса, спор между дуалистами и монистами носит чисто теоретический характер, при этом оба базовых постулата являются аксиоматичными и доказать объективную истину любого из них невозможно. Одновременно происходит процесс сближения международного и национального права: «национальные юристы, например, толкуют и разрабатывают национально-правовые акты, принимая во внимание международные обязательства своего государства, а юристы-международники разрабатывают международно-правовые акты, принимая во внимание особенности национальных законодательств» (цит. по: [25, с. 68–71]). Согласимся с мнением Дж. Фицмориса в части наличия объективных процессов конвергенции национального права различных государств и актов международно-правового происхождения, однако в сфере частного права эти процессы проходят довольно медленно и в обозримом будущем вряд ли приведут к слиянию правовых систем.

Полагаем, что теория инкорпорации привнесла в современную нормотворческую практику чрезвычайно важный вывод о том, что положения международных договоров могут непосредственно применяться в рамках национального законодательства. Вместе с тем теория трансформации абсолютно справедливо указывает на самостоятельность этих правовых систем. В связи с этим национальная система права должна через свою общую имплементирующую норму, а в некоторых случаях и специальную отсылку, санкционировать указанное непосредственное использование положений международных договоров.

Заключение

Усиливающаяся тенденция к расширенному использованию международных договоров в качестве регулятора частноправовых отношений порождает

множество дискуссий о возможности включения последних в правовое поле национального законодательства, а также о признании международных

⁴Мюллерсон Р. А. Соотношение и взаимодействие международного публичного, международного частного и национального права: теоретико-методологическое исследование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.10. М., 1985. 37 с.

договоров самостоятельным источником международного частного права.

В связи с этим необходимо ответить на вопрос относительно изменения (или неизменения) международными договорами своей системной принадлежности в случае применения их положений субъектами национального права. По нашему мнению, нормы международных договоров лишь санкционируются национальным законодательством конкретного государства к применению на его территории, но не меняют при этом своей системной принадлежности, оставаясь частью системы международного права.

Вопрос о вхождении международных договоров в систему национального права, а также условия такого вхождения должны определяться только на уровне конкретного государства, что служит проявлением его суверенных прав. Конституция Республики Беларусь не содержит норму, которая бы однозначно решала вопрос о применении международных договоров в системе источников национального права, поэтому указанный вопрос решен в ст. 36 Закона о международных договорах. При

этом действует общая посылка о непосредственном применении норм международных договоров, однако указанные нормы уже не признаются частью действующего на территории Республики Беларусь законодательства, что свидетельствует о четком разграничении систем международного и национального права.

Полагаем оправданным именовать сам процесс вхождения норм международных договоров в национальное право имплементацией, поскольку этот термин является наиболее широким и включает как трансформацию положений международных договоров во внутреннее право, так и непосредственное применение последних на основе общей имплементирующей нормы.

В рамках проведения настоящего исследования, а также основываясь на понимании национального и международного права как самостоятельных правовых систем, мы приходим к выводу, что частноправовые нормы, содержащиеся в международных договорах, входят в состав международного частного права наряду с нормами национального законодательства каждого государства.

Библиографические ссылки

1. Дурденевский ВН, Крылов СБ, редакторы. *Международное право*. Москва: Юриздат; 1947. 612 с.
2. Разумов КЛ. Международное частное право: некоторые вопросы теории и практики. В: Братусь СН, Маковский АЛ, Лебедев СН, Разумов КЛ, Усенко ЕТ, редакторы. *Материалы Секции права Торгово-промышленной палаты СССР. Выпуск 34*. Москва: Издательство Торгово-промышленной палаты СССР; 1983. с. 10–15.
3. Блищенко ИП. Международное публичное и международное частное право. *XXII ежегодное собрание Советской Ассоциации международного права*. Москва: [б. и.]; 1979. с. 45–56.
4. Вельяминов ГМ. *Основы международного экономического права*. Москва: ТЕИС; 1994. 108 с.
5. Левин ДБ. *Актуальные проблемы теории международного права*. Москва: Наука; 1974. 264 с.
6. Вельяминов ГМ. Понятие международного частного права и наука о транснациональных частноправовых отношениях. *Труды Института государства и права Российской академии наук*. 2015;3:127–151.
7. Мещанова МВ. Проблемы исполнения международных договоров в Республике Беларусь. *Весті Академії наук Білорусі. Серія гуманітарних наук*. 1996;3:34–38.
8. Усенко ЕТ. Теоретические проблемы соотношения международного и внутригосударственного права. *Советский ежегодник международного права*. 1979;1977:57–90.
9. Лунц ЛА. Соотношение международного договора и внутригосударственного закона в гражданском и трудовом праве. *Ученые записки ВНИИСЗ*. 1968;14:223–227.
10. Тихомиров ЮА. Международное и внутреннее право: динамика соотношения. *Правоведение*. 1995;3:56–66.
11. Лукашук ИИ. *Нормы международного права в правовой системе России*. Москва: Спарк; 1997. 89 с.
12. Богатырев АГ, Вельяминов ГВ, Гуцуляк ВН, Усенко ЕТ. *Международное право*. Шинкаревецкая ГТ, редактор. Москва: Юристь; 2003. 495 с.
13. Рыбаков ВА. Трансформация и имплементация – способы развития национального права. *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. 2010;3:34–41.
14. Барциц ИН. Международное право и правовая система России. *Журнал российского права*. 2001;2:61–70.
15. Сухарев АЯ, редактор. *Большой юридический словарь*. 3-е издание. Москва: Инфра; 2007. 858 с.
16. Абдулаев МИ. Согласование внутригосударственного права с международным (теоретические аспекты). *Правоведение*. 1993;2:45–53.
17. Черданцев АФ. *Теория государства и права*. Москва: Юрайт; 2002. 432 с.
18. Блищенко ИП. Некоторые проблемы советской науки международного права. *Советское государство и право*. 1991;3:134–142.
19. Черниченко СВ. *Международное право: современные теоретические проблемы*. Москва: Международные отношения; 1993. 294 с.
20. Аверков ВМ. Теоретические проблемы унификации. *Московский журнал международного права*. 2000;3:69–82.
21. Tucker RW. *Principles of international law by Hans Kelsen*. 2nd edition. New York: Holt, Rinehart and Winston; 1966. XVIII. 602 p.
22. Мюллерсон РА. *Соотношение международного и национального права*. Москва: Международные отношения; 1982. 130 с.
23. Harris DJ. *Cases and materials on international law*. 3rd edition. London: Sweet and Maxwell; 1983. 810 p.

References

1. Durdenevskii VN, Krylov SB, editors. *Mezhdunarodnoe pravo* [International law]. Moscow: Yurizdat; 1947. 612 p. Russian.
2. Razumov KL. [Private international law: some issues of theory and practice]. In: Bratus' SN, Makovskii AL, Lebedev SN, Razumov KL, Usenko ET, editors. *Materialy Sektsii prava Torgovo-promyshlennoi palaty SSSR. Vypusk 34* [Materials of the law section of the Chamber of Commerce of the USSR. Volume 34]. Moscow: Publishing House of the Chamber of Commerce of the USSR; 1983. p. 10–15. Russian.
3. Blishchenko IP. [International public and international private law]. In: *XXII ezhegodnoe sobranie Sovetskoy Assotsiatsii mezhdunarodnogo prava* [XXII Annual meeting of the Soviet Association of International Law]. Moscow: [s. n.]; 1979. p. 45–56. Russian.
4. Vel'yaminov GM. *Osnovy mezhdunarodnogo ekonomicheskogo prava* [Fundamentals of international economic law]. Moscow: TEIS; 1994. 108 p. Russian.
5. Levin DB. *Aktual'nye problemy teorii mezhdunarodnogo prava* [Actual problems of the theory of international law]. Moscow: Nauka; 1974. 264 p. Russian.
6. Vel'yaminov GM. The concept of the international private law and science of transnational private law relations. *Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 2015;3:127–151. Russian.
7. Miashchanava MV. [Problems of the execution of international treaties in the Republic of Belarus]. *Vesci Akadzemii navuk Belarusi. Seryja gumanitarnyh navuk*. 1996;3:34–38. Russian.
8. Usenko ET. [Theoretical problems of the correlation of international and domestic law]. *Sovetskii ezhegodnik mezhdunarodnogo prava*. 1979;1977:57–90. Russian.
9. Lunts LA. [The ratio of international treaty and domestic law in civil and labor law]. *Uchenye zapiski VNIISZ*. Moscow; 1968;14:223–227. Russian.
10. Tikhomirov YuA. [International and domestic law: dynamics of correlation]. *Pravovedenie*. 1995;3:56–66. Russian.
11. Lukashuk II. *Normy mezhdunarodnogo prava v pravovoi sisteme Rossii* [Rules of international law in the legal system of Russia]. Moscow: Spark; 1997. 89 p. Russian.
12. Bogatyrev AG, Vel'yaminov GV, Gutsulyak VN, Usenko ET. *Mezhdunarodnoe pravo* [International law]. Shinkaretskaya GG, editor. Moscow: Yurist; 2003. 495 p. Russian.
13. Ribakov VA. Transformation and implementation – way of development national law. *Herald of Omsk University. Series: Law*. 2010;3:34–41. Russian.
14. Bartsits IN. Russian legal system and rules of international law. *Zhurnal rossiiskogo prava*. 2001;2:61–70. Russian.
15. Sukharev AY, editor. *Great legal dictionary*. 3rd edition. Moscow: Infra; 2007. 858 p. Russian.
16. Abdulaev MI. [Alignment of domestic law with international law (theoretical aspects)]. *Pravovedenie*. 1993;2:45–53. Russian.
17. Cherdantsev AF. *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of state and law]. Moscow: Yurait; 2002. 432 p. Russian.
18. Blishchenko IP. [Some problems of soviet science of international law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*. 1991;3:134–142. Russian.
19. Chernichenko SV. *Mezhdunarodnoe pravo: sovremennye teoreticheskie problemy* [International law: modern theoretical problems]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya; 1993. 294 p. Russian.
20. Averkov VM. [Theoretical problems of unification]. *Moskovskii zhurnal mezhdunarodnogo prava*. 2000;3:69–82. Russian.
21. Tucker RW. *Principles of International Law by Hans Kelsen*. 2nd edition. New York: Holt, Rinehart and Winston; 1966. XVIII. 602 p.
22. Myullerson RA. *Sootnoshenie mezhdunarodnogo i natsional'nogo prava* [The ratio of international and national law]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya; 1982. 130 p. Russian.
23. Harris DJ. *Cases and Materials on International Law*. 3rd edition. London: Sweet and Maxwell; 1983. 810 p.

Статья поступила в редакцию 28.06.2020.
Received by editorial board 28.06.2020.

УДК 341.6(076.5)

ИСКЛЮЧИТЕЛЬНАЯ МЕЖДУНАРОДНАЯ ПОДСУДНОСТЬ В ДОГОВОРАХ О ПРАВОВОЙ ПОМОЩИ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

О. Н. РОМАНОВА¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Анализируются некоторые проблемные аспекты исключительной международной подсудности в договорах о правовой помощи, заключенных Республикой Беларусь. Исследуются вопросы, касающиеся признаков исключительной компетенции судов по трансграничным гражданским делам, ее отличительных особенностей по сравнению с исключительной внутригосударственной подсудностью. Обосновывается необходимость трактовки безальтернативной судебной компетенции, установленной международными договорами о правовой помощи по отдельным категориям дел в качестве эксклюзивной судебной компетенции.

Ключевые слова: исключительная международная подсудность; договор о правовой помощи; международный гражданский процесс; трансграничные гражданские дела.

EXCLUSIVE INTERNATIONAL JURISDICTION IN CONTRACTS ON LEGAL AID OF THE REPUBLIC OF BELARUS

O. N. RAMANAVA^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

Article is devoted to the analysis of problem aspects of exclusive international jurisdiction in the contracts on legal aid signed by Republic of Belarus. The questions concerning signs of exclusive competence of the courts on cross-border civil cases, its distinctive features in comparison with exclusive interstate jurisdiction are investigated. Need of interpretation of the uncontested judicial competence established by international treaties on legal aid on separate categories of affairs in quality of exclusive competence is proved.

Keywords: exclusive international jurisdiction; contract on legal aid; international civil process; cross-border civil cases.

Введение

Каждое государство, устанавливая пределы компетенции своих судебных органов в рамках как внутригосударственной территориальной подсудности, так и подсудности трансграничной, использует разные правила (критерии), что и предопределяет существование различных видов территориальной (международной) подсудности: общей, альтернативной (подсудности по выбору истца), исключи-

тельной, подсудности по связи дел, договорной. При этом законодатель для обозначения той или иной территориальной подсудности применяет не только определенный критерий (конкретное место), но и, как правило, соответствующее название. Все перечисленные виды внутригосударственной территориальной подсудности, за исключением некоторых незначительных терминологических различий,

Образец цитирования:

Романова ОН. Исключительная международная подсудность в договорах о правовой помощи Республики Беларусь. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:78–83.

For citation:

Ramanava ON. Exclusive international jurisdiction in contracts on legal aid of the Republic of Belarus. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:78–83. Russian.

Автор:

Ольга Николаевна Романова – кандидат юридических наук, доцент; заведующий кафедрой гражданского процесса и трудового права юридического факультета.

Author:

Olga N. Ramanava, PhD (law), docent; head of the department of civil procedure and labour law, faculty of law. ramanovaon@bsu.by

законодатель использует в Гражданском процессуальном кодексе Республики Беларусь (далее – ГПК Республики Беларусь) и Хозяйственном процессуальном кодексе Республики Беларусь (далее – ХПК Республики Беларусь). В связи с этим квалификация соответствующего вида внутригосударственной подсудности (отнесение того или иного правила к определенному виду подсудности) чаще всего не вызывает сложностей, в отличие от квалификации видов

международной подсудности. Особенно актуальной является проблема квалификации компетенции судов конкретного государства по трансграничным делам в качестве исключительной (эксклюзивной), что обусловлено в первую очередь особыми последствиями нарушения указанного вида подсудности – отказом в признании и исполнении данного решения на территории того государства, исключительная компетенция судов которого нарушена.

Основная часть

Исключительная компетенция судов Республики Беларусь по трансграничным делам регламентируется внутренним законодательством и международными договорами. Правовое регулирование правил исключительной компетенции в международных договорах (анализироваться будут договоры о правовой помощи) имеет ряд существенных отличий. В частности, в международных договорах, заключенных Республикой Беларусь, реализованы подходы, которые условно можно разделить на три группы.

Первый подход состоит в закреплении перечня дел, относящихся к исключительной компетенции юрисдикционных органов соответствующей страны (Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г., заключенное правительствами государств – участников Содружества Независимых Государств в Киеве (далее – Киевское соглашение), Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. (далее – Минская конвенция), Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г. (далее – Кишиневская конвенция)). В частности, Киевское соглашение относит иски субъектов хозяйствования о праве собственности на недвижимое имущество к исключительной компетенции судов государства – участника Содружества Независимых Государств, на территории которого находится имущество (п. 3 ст. 4). Дела о признании недействительными полностью или частично не имеющих нормативного характера актов государственных и иных органов, а также дела о возмещении убытков, причиненных хозяйствующим субъектам такими актами или возникших вследствие ненадлежащего исполнения указанными органами своих обязанностей по отношению к предприятиям, производящим, продающим либо приобретающим товары, принадлежат к исключительной компетенции судов той страны, где соответствующий орган размещен (п. 4 ст. 4). Данная компетенция в силу прямого запрета не может быть изменена договоренностями сторон (абз. 2 п. 4 ст. 4).

В Минской и Кишиневской конвенциях правовое регулирование исключительной компетенции

имеет, по сравнению с Киевским соглашением, важную особенность. С одной стороны, обе конвенции в п. 3 ст. 20 и п. 3 ст. 22 соответственно прямо устанавливают исключительную компетенцию судов по искам о праве собственности и иных вещных правах на недвижимое имущество по месту нахождения имущества. Надо полагать, что и в абз. 3 п. 3 названных статей закреплена исключительная компетенция в отношении исков к перевозчикам, вытекающих из договоров перевозки грузов, пассажиров и багажа, по географическому расположению транспортной организации, к которой в установленном порядке была предъявлена претензия. Также обе конвенции признают исключительной компетенцию, вытекающую из других норм, установленных частями II–V раздела II, и из внутреннего законодательства договаривающейся стороны.

Таким образом, ст. 21 Минской конвенции и ст. 23 Кишиневской конвенции исключительной признают компетенцию, вытекающую не только из п. 2 ст. 20, но и из **иных норм соответствующих разделов конвенций**, где принята **безальтернативная компетенция** учреждений юстиции конкретного государства, хотя термин «исключительная компетенция» в них не употребляется.

Второй выделенный нами подход в правовом регулировании исключительной компетенции судов состоит в отсылке к внутреннему законодательству государств в рамках экзекватуры, т. е. косвенного способа установления международной подсудности, суть которого заключается во введении в международный договор в качестве условия признания иностранных решений правила о вынесении их судом, компетентным с точки зрения государства, где они должны быть признаны (Договор между Республикой Беларусь и Республикой Болгария о правовой помощи по гражданским делам от 21 февраля 2007 г. (п. 2 ст. 16), Договор между Республикой Беларусь и Республикой Зимбабве о взаимной правовой помощи по гражданским и экономическим делам от 17 января 2019 г. (п. 6 ст. 15), Договор между Республикой Беларусь и Исламской Республикой Иран о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 7 ноября 2006 г. (п. 2 ст. 32), Договор между Республикой Беларусь и Китайской Народной Республикой о правовой по-

мощи по гражданским и уголовным делам от 11 января 1993 г. (п. 2 ст. 21), Договор между Республикой Беларусь и Монголией о взаимной правовой помощи по гражданским и экономическим делам от 4 июня 2018 г. (п. б ст. 16), Договор между Республикой Беларусь и Республикой Сербия о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 12 марта 2013 г. (абз. 3 ст. 29), Договор между Республикой Беларусь и Сирийской Арабской Республикой о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 23 сентября 2008 г. (п. 1 ст. 19)).

Кроме вышеперечисленных способов закрепления в международном договоре исключительной компетенции судебных органов договаривающихся государств, есть еще один, с нашей точки зрения, весьма неоднозначный. Он применен, в частности, в международных соглашениях с Кубой (Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Республикой Куба о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 28 ноября 1984 г.), Чехией (Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Чехословацкой Социалистической Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 12 августа 1982 г.), Латвией (Договор между Республикой Беларусь и Латвийской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 21 февраля 1994 г.) и Литвой (Договор между Республикой Беларусь и Литовской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 20 октября 1992 г.).

В чем же проявляется своеобразие установления исключительной компетенции в перечисленных договорах с Кубой, Чехией, Латвией и Литвой? Они устанавливаются в качестве одного из оснований для отказа в признании или исполнении судебного решения нарушение правил исключительной компетенции, предусмотренной не только внутренним законодательством государства, где испрашивается признание и исполнение, но и самим договором о правовой помощи. Так, в соответствии с п. 4 ст. 59 договора с Литовской Республикой в признании или исполнении решения суда может быть отказано, если положениям договора, а в случаях, не предусмотренных им, по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой решение должно быть признано и исполнено, дело относится к исключительной компетенции ее учреждений. Аналогичные формулировки содержатся и в других упомянутых выше соглашениях (п. 3 ст. 50 договора с Кубой, п. е ст. 60 договора с Чехией, п. 4 ст. 56 договора с Латвией). Вместе с тем ни в одном из них термин «исключительная компетенция» применительно к отдельным категориям дел не употребляется. Означает ли это, что в данном случае мы должны констатировать наличие пробела в правовом регу-

лировании? Или анализируемые договоры закрепляют исключительную компетенцию суда, не прибегая к соответствующей терминологии? Полагаем, что применительно к международному договору (в отличие от национального законодательства) наличие термина «исключительная» не является обязательным признаком соответствующей компетенции. На наш взгляд, толкование договорных норм о компетенции учреждений юстиции договаривающихся государств позволяет утверждать, что к исключительным правилам международной подсудности относятся правила компетенции по определенным категориям дел, изложенные в международном договоре безальтернативно (императивно), в подтверждение чего приведены следующие основные аргументы.

1. Несомненно, отнесение того или иного дела к исключительной подсудности (как внутригосударственной, так и международной) имеет целью привязать рассмотрение дела к определенной территории и избежать возможности рассмотрения этого дела судом, юрисдикция которого распространяется на другую территорию. Это достигается запретом заключать пророгационные соглашения по делам, отнесенным к исключительной компетенции судов какого-либо государства, а также непризнанием решения иностранного суда, вынесенного с нарушением исключительной компетенции суда, где испрашивается признание и исполнение.

Менее очевиден вопрос о причинах выбора законодателем тех или иных дел, которые нуждаются в подобной «привязке». В юридической литературе, как известно, на эту тему ведется немало дискуссий, касающихся как внутригосударственной, так и международной подсудности. При этом причина установления внутригосударственной исключительной подсудности имеет, по крайней мере для правоприменителя, второстепенное значение, поскольку достаточным является наличие его формального признака – использования законодателем слова «исключительная», например, в названии ст. 48 ГПК Республики Беларусь «Исключительная подсудность». Заметим, что данная норма выполняет в настоящее время двойную функцию, определяя одновременно и международную, и внутригосударственную подсудность. В ХПК Республики Беларусь законодатель прибегает к термину «исключительная подсудность» не только для целей внутригосударственной территориальной подсудности (ст. 51), но и подсудности международной (ст. 236). В связи с этим напомним, что квалификация вида подсудности в отношении перечисленных в соответствующих статьях ГПК и ХПК дел сложностей не вызывает.

Что касается международных договоров, то в тех случаях, когда не применяется формальный критерий (соответствующая терминология), на первый план выходят проблема выяснения при-

чины и цели установления определенного правила подсудности и, как результат, последствий его нарушения.

2. Традиционно к правилам исключительной подсудности (как внутригосударственной, так и международной) относят споры о правах на недвижимое имущество. Так, согласно ч. 1 ст. 48 ГПК Республики Беларусь иски о правах на земельные участки, здания, помещения, сооружения, другие объекты, прочно связанные с землей, предъявляются по месту нахождения данных объектов. В соответствии с ч. 1 ст. 51 ХПК Республики Беларусь иски о признании права собственности на недвижимое имущество, споры о нем, в том числе об истребовании имущества из чужого незаконного владения либо устранении нарушений прав собственника или другого законного владельца, не имеющих отношения к лишению права владения, и иные иски о правах на недвижимое имущество предъявляются в суд, рассматривающий экономические дела, по месту его размещения. Статья 236 ХПК Республики Беларусь закрепляет исключительную компетенцию судов Республики Беларусь по спорам, предметом которых является недвижимое имущество, если оно находится на территории Республики Беларусь, также об установлении факта владения недвижимостью или права на нее.

При этом для обоснования внутренней исключительной подсудности в качестве основного довода используется близость объекта спора или доказательственного материала к месту судебного разбирательства [1, с. 201]. Применительно к международной подсудности приведенный аргумент считается даже более весомым, чем в случае с внутренней подсудностью, «в особенности из-за большей обременительности процесса судебным поручением о собирании доказательств за границей, необходимостью перевода полученной информации на язык судопроизводства, высокой вероятностью ошибок, которые могут при этом допускаться» [2, с. 103]. Необходимость исключительной подсудности исков о правах на недвижимость можно объяснять иными причинами: стремлением избежать ситуации, когда вопрос о вещных правах на недвижимость, находящуюся на территории одной страны, решался бы по законам другой страны; верховенством власти государства над собственной территорией (иностранное судебное разбирательство по такому иску представляется нарушением государственного суверенитета [2, с. 103]); особенностью вещных прав (вещный иск потенциально затрагивает интересы множества субъектов, его рассмотрение по месту нахождения недвижимости обязательно, поскольку обеспечивает равные возможности судебной защиты для всех лиц, имеющих в деле правовой интерес, а также соблюдение принципов открытости и концентрации сведений о вещных правах [2, с. 118–119]).

Кроме споров о правах на недвижимое имущество, к исключительной компетенции по трансграничным делам относят и иные споры. Например, в Республике Беларусь это дела по спорам в отношении находящегося в государственной собственности имущества, в том числе по спорам, связанным с его приватизацией и принудительным отчуждением для государственных нужд; по спорам о признании недействительными записей в государственных реестрах (регистрах, кадастрах), произведенных государственным органом Республики Беларусь, в компетенцию которого входит ведение данного реестра (регистра, кадастра); по спорам, касающимся учреждения, регистрации или ликвидации на территории Республики Беларусь юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, а также обжалования решений органов управления этих юридических лиц; об экономической несостоятельности (банкротстве) юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, местом нахождения или местом жительства которых является Республика Беларусь, и другие споры (ст. 236 ХПК Республики Беларусь). В перечисленных делах установление исключительной подсудности направлено на преодоление конфликта юрисдикции в особо важных для государства вопросах, список которых государство определяет самостоятельно [3, с. 464].

Таким образом, наиболее очевидные причины отнесения того или иного дела к исключительной компетенции судов государства кроются прежде всего в сущности дела, однако, с нашей точки зрения, имеют место и иные причины, в частности, источник правового регулирования. Международный договор, как источник правового регулирования, обладает существенной спецификой, которая не может не отражаться на квалификации видов подсудности.

3. Для квалификации безальтернативных правил подсудности, установленных в международных договорах по отдельным категориям дел, необходимо ответить на вопрос о том, допустимо ли субсидиарное применение правил внутригосударственной подсудности договаривающихся государств, заключающих соглашение. По нашему убеждению, однозначно недопустимо. **Иной подход снижает эффективность договорных норм**, одной из основных целей которых касательно исследуемого вопроса является предотвращение конфликтов юрисдикции. Субсидиарное применение норм внутреннего законодательства недопустимо в силу принципа приоритета международных договоров, установленного внутренним процессуальным законодательством Республики Беларусь (ч. 3 ст. 25 ХПК, ст. 543 ГПК). Кроме того, исполнение государствами обязательств, вытекающих из международно-правового акта, должно базироваться на основополагающем принципе международного

права *pacta sunt servanda*: каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться (ст. 26 Венской конвенции Организации Объединенных Наций от 23 мая 1969 г. (далее – Венская конвенция) «О праве международных договоров»). Участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания невыполнения им договора (ст. 27 Венской конвенции). Таким образом, государство, принявшее на себя обязательства по международному договору, должно выполнить их независимо от положений собственного законодательства.

Правильность выводов о недопустимости субсидиарного использования правил внутригосударственной подсудности при наличии соответствующего регулирования в международном договоре подтверждает судебная практика Республики Беларусь. Есть примеры, когда суд прекращал производство по делу при предъявлении исков о возмещении вреда, причиненного на территории Литовской Республики. Так, один из районных судов, разобрав гражданское дело по иску Ф., З., постоянно проживающих в Республике Беларусь, к общественному учреждению – санаторию «Б.», расположенному в Литовской Республике, о возмещении вреда, пришел к следующему выводу относительно своей компетенции по данному делу:

Согласно п. 1 ч. 1 ст. 164 ГПК Республики Беларусь суд прекращает производство по делу, если дело не подлежит рассмотрению в судах ввиду его неподведомственности.

В соответствии со ст. 544 ГПК подсудность судам Республики Беларусь гражданских дел по спорам, в которых участвуют иностранные граждане, лица без гражданства, иностранные юридические лица, а также по спорам, по которым хотя бы одна из сторон проживает за границей, определяется законодательством Республики Беларусь, если иное не установлено международными договорами Республики Беларусь или письменным соглашением сторон. Между Республикой Беларусь и Литовской Республикой 20.10.1992 подписан Договор о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, вступивший в силу 11.07.1993, п. 1 ст. 41 которого установлено, что обязательства о возмещении вреда, кроме вытекающих из договоров и иных правомерных действий, определяются законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Пунктом 2 ст. 41 Договора определено, что по делам, названным в п. 1

ст. 41, компетентно учреждение юстиции Договаривающейся Стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Как следует из п. 3 устава, общественное учреждение – санаторий «Б.» является юридическим лицом, наделенным хозяйственной, финансовой, организационной и правовой самостоятельностью (п. 3 устава). Согласно регистрационному удостоверению учреждение зарегистрировано на территории Литовской Республики 24.03.1997. Причинение вреда здоровью З., 2001 г. рождения, послужившее основанием для заявления требований о возмещении вреда, имело место на территории Литовской Республики. Таким образом, из субъектного состава участников правоотношений следует, что данный спор подведомствен компетентному учреждению юстиции Литовской Республики, на территории которой имели место обстоятельства, послужившие основанием для требования о возмещении вреда. На основании вышеизложенного суд считает, что производство по делу подлежит прекращению ввиду неподведомственности¹.

Отметим, что по искам о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина в Республике Беларусь, установлена внутригосударственная альтернативная (по выбору истца) подсудность. Такие иски могут предъявляться по общему правилу подсудности (месту жительства или нахождения ответчика), а также по месту жительства истца или причинения ему вреда (ч. 6 ст. 47 ГПК Республики Беларусь). Вместе с тем суд пришел к абсолютно верному, с нашей точки зрения, выводу о том, что в данном случае недопустимо руководствоваться правилами внутреннего законодательства. По понятным причинам мы не затрагиваем вопрос о целесообразности введения в международный договор императивного правила, что выходит за рамки заявленной темы статьи. Однако подобное регулирование вряд ли можно признать соответствующим характеру нарушенного права. Очевидно, что если законодатель посчитал необходимым установить для истца по иску о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, дополнительные благоприятные правовые гарантии в виде права выбрать компетентный суд, такая гарантия должна быть ему предоставлена и в случае, если речь идет о трансграничном споре.

4. Смысл и назначение прописанных в международных договорах правил подсудности по отдельным категориям дел заключается в сохранении целостности (единства) правового регулирования по соответствующим категориям дел, что дости-

¹Подсудность судам Республики Беларусь гражданских дел по спорам, в которых участвуют иностранные юридические лица, определяется законодательством Республики Беларусь, если иное не установлено международными договорами Республики Беларусь или письменным соглашением сторон. (См.: Определение районного суда от 13 февраля 2017 г. [Электронный ресурс]. URL: https://etalonline.by/document/?regnum=s017v0035s&q_id=1664949 (дата обращения: 22.06.2020)).

гается подчинением всего правоотношения законодательству (как материальному, так и процессуальному) **одного государства**: применимое материальное право и компетентное учреждение юстиции устанавливаются чаще всего исходя из одного критерия. Например, в соответствии со ст. 41 Договора Республики Беларусь с Литовской Республикой по делам о возмещении вреда при решении коллизионного вопроса и международной подсудности используется привязка к территории,

где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда.

5. Как мы уже упоминали, в практике заключения международных договоров есть прецеденты квалификации любой установленной безальтернативно компетенции в качестве исключительной, вне зависимости от того, употребляется ли термин «исключительная» в соответствующей норме (Минская и Кишиневская конвенции).

Заключение

Для квалификации правил международной подсудности в качестве исключительных важное значение имеет источник правового регулирования. Содержащиеся в международных договорах о правовой помощи правила определения компетентного суда по конкретным категориям дел должны классифицироваться как правила исключительной подсудности в том случае, если они сформулированы безальтер-

нативно. Иной подход снижает эффективность договорных норм, одной из основных целей которых, применительно к исследуемому вопросу, является предотвращение конфликтов юрисдикции. Данные правила должны оцениваться как препятствие для заключения пророгационных соглашений, а также для признания и приведения в исполнение иностранных решений, принятых в нарушение этих правил.

Библиографические ссылки

1. Белова ТА, Колядко ИН, Юркевич НГ, редакторы. *Гражданский процесс. Общая часть*. 2-е издание. Минск: Амалфея; 2006. 576 с.
2. Елисеев НГ. Международная подсудность исков о правах на недвижимость. В: Лесницкая ЛФ, Рожкова МА, редакторы. *Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов*. Москва: Статут; 2008. с. 91–119.
3. Нешатаева ТН. *Международное частное право и международный гражданский процесс*. Москва: Городец; 2004. 624 с.

References

1. Belova TA, Kolyadko IN, Yurkevich NG, editors. *Grazhdanskii protsess. Obshchaya chast'* [Civil process. General part]. 2nd edition. Minsk: Amalfeya; 2006. 576 p. Russian.
2. Eliseev NG. *Mezhdunarodnaya podsudnost' iskov o pravakh na nedvizhimost'* [International jurisdiction of claims for the rights for the real estate]. In: Lesnitskaya LF, Rozhkova MA, editors. *Problemnye voprosy grazhdanskogo i arbitrazhnogo protsessov* [Problematic issues of civil and arbitration processes]. Moscow: Statut; 2008. p. 91–119. Russian.
3. Neshataeva TN. *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo i mezhdunarodnyi grazhdanskii protsess* [International private law and international civil process]. Moscow: Gorodets; 2004. 624 p. Russian.

Статья поступила в редколлегию 22.06.2020.
Received by editorial board 22.06.2020.

УДК 347.91(476)

РАССМОТРЕНИЕ СУДАМИ ДЕЛ, СВЯЗАННЫХ С УСТАНОВЛЕНИЕМ ПРОИСХОЖДЕНИЯ ДЕТЕЙ: О НЕРЕШЕННЫХ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ПРОБЛЕМАХ

В. П. СКОБЕЛЕВ¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Анализируется ряд проблем, с которыми сталкиваются суды при рассмотрении дел об установлении происхождения детей. В частности, автор рассматривает такие вопросы, как допустимо ли принимать исковое заявление к производству, если место жительства ответчика неизвестно, по чьей инициативе подлежит применению срок исковой давности, каковы условия принятия судом отказа истца от иска и признания иска ответчиком, может ли процесс утратить свой предмет. На основании этого сделаны предложения по совершенствованию законодательства и практики его применения.

Ключевые слова: установление отцовства; оспаривание отцовства; гражданское судопроизводство; место жительства ответчика; отказ истца от иска; признание иска ответчиком; изменение основания иска; предмет процесса.

COURT REVIEW OF CASES RELATED TO THE DETERMINATION OF THE ORIGIN OF CHILDREN: ON UNRESOLVED PROCEDURAL PROBLEMS

V. P. SKOBELEV^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The article analyses some of the problems that courts face when considering cases of establishing the origin of children. In particular, the author considers issues such as whether it is permissible to accept a statement of claim for proceedings if the defendant's place of residence is unknown, on whose initiative the limitation period is applicable, what are the conditions for a court to accept a plaintiff's refusal of a claim and recognition of the claim by the defendant, whether the process can lose its subject. On this basis, the author of the article makes suggestions for improving the legislation and practice of its application.

Keywords: establishment of paternity; contesting paternity; civil proceedings; place of residence of the defendant; the plaintiff's refusal of the claim; recognition of the claim by the defendant; change in the basis of the claim; subject of the process.

Введение

Нормы ч. 1 ст. 185 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (далее – КоБС), ч. 1 ст. 15 Закона Республики Беларусь от 19 ноября 1993 г. № 2570-XII

«О правах ребенка» закрепляют право каждого ребенка знать обоих своих родителей, право на заботу и внимание с их стороны, на совместное с ними

Образец цитирования:

Скобелев В.П. Рассмотрение судами дел, связанных с установлением происхождения детей: о нерешенных процессуальных проблемах. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:84–93.

For citation:

Skobelev VP. Court review of cases related to the determination of the origin of children: on unresolved procedural problems. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:84–93. Russian.

Автор:

Владимир Петрович Скобелев – кандидат юридических наук, доцент; заместитель декана по заочной форме обучения.

Author:

Vladimir P. Skobelev, PhD (law), docent; deputy dean for distance education, faculty of law.
s_v_p@tut.by

проживание. Соответственно, дела, связанные с установлением происхождения детей (прежде всего дела об установлении или об оспаривании отцовства), имеют большое социальное значение и нуждаются в особых процессуальных гарантиях, призванных обеспечивать правильное рассмотрение и разрешение судами данных дел. Указанные гарантии (в целях их дальнейшего развития и совершенствования) уже неоднократно становились предметом исследования ученых¹ [1, с. 114–140; 2–4; 5, с. 139–187; 6, с. 5–70; 7, с. 68–112]. Однако вплоть до настоящего времени в этой сфере остается ряд нерешенных проблем. Некоторые из них имеют отношение к спорным разъяснениям, со-

держащимся в постановлении Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 20 декабря 1991 г. № 12 «О практике применения судами Республики Беларусь законодательства при рассмотрении дел об установлении отцовства и о взыскании алиментов на детей» (далее – постановление Пленума № 12) и постановлении Президиума Верховного Суда Республики Беларусь от 30 июня 2016 г. № 6 «О судебной практике по делам об установлении отцовства (материнства), об оспаривании записи о родителях» (далее – постановление Президиума № 6). Другие касаются отдельных не совсем верных тенденций отечественной правоприменительной практики.

Основная часть²

1. В п. 5 постановления Пленума № 12 разъяснено, что с иском об установлении отцовства и взыскании алиментов истец вправе обратиться в суд по месту жительства ответчика либо по месту своего жительства; если место жительства ответчика неизвестно, то в силу ст. 149 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – ГПК) суд может объявить его розыск, т. е. отсюда следует, что при неизвестности места жительства ответчика исковое заявление об установлении отцовства и взыскании алиментов может быть подано по месту жительства истца и подлежит принятию судом к производству. Подобная точка зрения – о возможности возбуждения дела при неизвестности места жительства ответчика – была высказана высшей судебной инстанцией страны и относительно некоторых иных ситуаций. Так, в ч. 1 п. 7 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 21 декабря 2012 г. № 9 «О практике рассмотрения судами дел в порядке заочного производства» указано: «Судам надлежит иметь в виду, что в случаях возбуждения дела при неизвестности фактического места пребывания ответчика (ч. 1 ст. 47 ГПК), в том числе и при розыске ответчика (ст. 149 ГПК), применение правил заочного производства не допускается».

Отстаивая данную точку зрения, высшая судебная инстанция, вероятно, исходит из того, что гражданские процессуальные нормы (ссылки на некоторые из них даны в приведенных постановлениях Пленума Верховного Суда Республики Беларусь) санкционируют возбуждение и рассмотрение гражданского дела в отношении физического лица, чье место жительства является неизвестным. В частности, против такого лица ч. 1 ст. 47 ГПК по-

зволяет предъявление фактически любого иска, п. 3 ч. 1 ст. 394 ГПК – иска о взыскании расходов, затраченных государством на содержание детей, находящихся на государственном обеспечении, ч. 2 ст. 464-1 ГПК – заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение медиативного соглашения, ст. 2, ч. 1 ст. 11 приложения 4 к ГПК – ходатайства о разрешении принудительного исполнения иностранного судебного или арбитражного решения. Кроме того, п. 2 ч. 2 ст. 51 ГПК наделяет ответчика, место жительства которого ранее не было известно, правом заявить ходатайство о передаче дела в суд по месту его жительства; п. 2 ч. 1 ст. 77 ГПК предусматривает назначение судом представителя ответчику, место жительства (место нахождения) которого неизвестно; ст. 149 ГПК закрепляет право (для некоторых категорий дел – обязанность) суда объявить через территориальные органы внутренних дел розыск ответчика, чье место пребывания неизвестно; ст. 148 ГПК регулирует условия, по выполнению которых суд вправе приступить к рассмотрению дела при неизвестности фактического места пребывания ответчика.

Однако Пленумом Верховного Суда Республики Беларусь не было учтено другое очень важное предписание процессуального закона. В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 109 ГПК каждый процессуальный документ должен содержать в том числе указание на место жительства (место нахождения) всех имеющих непосредственный интерес в исходе дела лиц, т. е. и ответчика тоже. Исключений из данного правила не установлено, а несоблюдение правила влечет оставление процессуального документа без движения с последующим (при неустранении недостатка) его возвращением заявителю (ст. 111 ГПК). Иначе

¹Гришин И. П. Судебное установление отцовства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 1976. 17 с. ; Кошкин В. М. Судебное установление отцовства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск : Свердл. юрид. ин-т, 1972. 21 с.

²В настоящей работе цифрами с точкой обозначается нумерация имеющих отношение к теме исследования проблемных вопросов, которая (нумерация) отражает логические взаимосвязи между данными вопросами и соответствует избранной автором концепции относительно их освещения в статье.

говоря, отсутствие в исковом заявлении сведений о месте жительства ответчика, несмотря на уважительность причин такого отсутствия и несмотря на наличие в ГПК норм, позволяющих рассмотреть дело даже при неизвестности места жительства ответчика, исключает возможность возбуждения производства по делу.

Вообще стоит заметить, что правило п. 3 ч. 1 ст. 109 ГПК о необходимости приведения в исковом заявлении информации относительно места жительства ответчика обусловлено потребностью решения судом двух вопросов: правильного определения территориальной подсудности дела и надлежащего извещения ответчика о процессе. Актуальность первого вопроса снимается в тех случаях, когда территориальная подсудность дела никак не связана с местом жительства ответчика, – это правило альтернативной (ст. 47 ГПК), исключительной (ст. 48 ГПК) и договорной (ст. 49 ГПК) территориальной подсудности. Собственно, некоторые из этих правил как раз и рассчитаны на ситуации, когда место жительства ответчика является неизвестным. Согласно ч. 1 ст. 47 ГПК «иск к ответчику, место жительства которого неизвестно либо который не имеет места жительства в Республике Беларусь, может быть предъявлен по месту нахождения его имущества или по последнему известному месту его жительства в Республике Беларусь»³.

Что же касается второго вопроса, то выяснение места жительства ответчика вполне может быть осуществлено на стадии подготовки дела к судебному разбирательству, в том числе путем объявления розыска ответчика через территориальные органы внутренних дел (ст. 149 ГПК). Кстати, именно это и происходит в тех случаях, когда истец по ошибке или умышленно указывает в исковом заявлении неправильный адрес места жительства от-

ветчика, и судебная корреспонденция возвращается в суд, не дойдя до своего адресата⁴. Кроме того, стоит учитывать, что в последнее время в судах все чаще применяются способы извещения, не предполагающие использования адреса места жительства ответчика (СМС-извещения, телефонограммы, электронная почта и пр.).

Таким образом, если истец не обладает информацией о месте жительства ответчика и место жительства ответчика не оказывает никакого влияния на определение территориальной подсудности дела, то не принимать от истца исковое заявление, в котором не указан адрес ответчика, очевидно, было бы не совсем справедливо. Примечательно, что в литературе уже отмечалась допустимость возбуждения дела в подобных ситуациях [8, с. 141; 9, с. 340; 10, с. 19]. В судебной практике тоже встречаются примеры принятия судами к производству дел, несмотря на отсутствие в исковом заявлении сведений об актуальном месте жительства ответчика⁵.

В этом плане весьма показательное следующее дело⁶. Гражданка обратилась в суд с иском о признании права собственности на гараж, при этом место жительства ответчицы в исковом заявлении не указала, так как оно ей неизвестно (по сообщению адресно-справочных служб областных УВД, ответчица проживающей или проживавшей на территории Республики Беларусь не значится). Районный суд своим определением оставил исковое заявление без движения, предложив истице устранить его недостаток – указать сведения о месте жительства (нахождения) ответчицы. Судебная коллегия по гражданским делам Гомельского областного суда оставила определение суда без изменения. Заместителем Председателя Верховного Суда Республики Беларусь на состоявшиеся

³Правда, с применением данного правила связан следующий вопрос: неизвестность места жительства ответчика позволяет предъявить иск (независимо от его сути) только в соответствии с ч. 1 ст. 47 ГПК, или с учетом характера заявленного требования возможно использование правил подсудности, закрепленных и другими частями данной статьи (т. е. подсудность иска об установлении отцовства при неизвестности места жительства ответчика определяется по ч. 1 или по ч. 3 ст. 47 ГПК)? Мы склоняемся ко второму варианту решения вопроса, тем более что эта позиция фактически отражена и в п. 5 постановления Пленума № 12.

⁴Если адрес ответчика так и не удастся установить (а иные, помимо повестки, способы извещения использовать не представляется возможным), то наступают предусмотренные ст. 148 ГПК последствия: при неизвестности фактического места пребывания ответчика суд начинает рассмотрение дела по поступлении судебной повестки или извещения с отметкой, удостоверяющей их получение организацией, осуществляющей эксплуатацию жилищного фонда и (или) предоставляющей жилищно-коммунальные услуги органом местного управления или самоуправления по последнему известному месту жительства ответчика или администрацией юридического лица – по последнему известному месту его работы.

Безусловно, данное правило не гарантирует интересов ответчика, и он, на наш взгляд, вправе в такой ситуации требовать отмены вынесенного судебного решения на основании п. 2 ч. 4 ст. 424 ГПК: «дело рассмотрено в отсутствие кого-либо из юридически заинтересованных в исходе дела лиц, не извещенных своевременно и надлежащим образом о времени и месте судебного заседания».

⁵Судебная практика по делам о взыскании расходов, затраченных государством на содержание детей, находящихся на государственном обеспечении (по материалам обзора) // Судовы весн. 2009. № 1. С. 56; Практика рассмотрения судами гражданских дел в порядке заочного производства (по материалам обзора) // Судовы весн. 2013. № 1. С. 28–29.

⁶Оно было дважды опубликовано на страницах официального издания Верховного Суда Республики Беларусь. См.: Иск к ответчику, место жительства которого неизвестно, может быть предъявлен по месту нахождения его имущества [извлечение из постановления президиума Гомельского областного суда] // Судовы весн. 2011. № 1. С. 49–50; Иск к ответчику, место жительства которого неизвестно, либо который не имеет места жительства в Республике Беларусь, может быть предъявлен по месту нахождения его имущества или по последнему известному месту его жительства в Республике Беларусь [извлечение из постановления президиума Гомельского областного суда] // Судовы весн. 2011. № 3. С. 56.

судебные постановления был принесен протест по мотивам существенного нарушения норм процессуального права. Так, со ссылкой на ст. 47, 77 ГПК в нем было указано, что действующее гражданское процессуальное законодательство предусматривает возможность предъявления иска к ответчику, место жительства которого неизвестно. Требования истицы заявлены с соблюдением правил исключительной подсудности, установленных ст. 48 ГПК (тем самым автор протеста, по всей видимости, хотел отразить ту мысль, что место жительства ответчицы для определения подсудности дела не имело значения). При таких обстоятельствах, резюмировалось в протесте, у суда не имелось оснований для оставления заявления без движения, и постановлением президиума Гомельского областного суда протест был удовлетворен.

Тем не менее полагаем, что, несмотря на логичность и справедливость описанного подхода, его нельзя признать полностью приемлемым. Ведь получается, что посредством подзаконных правовых актов – упомянутых выше постановлений Пленума Верховного Суда Республики Беларусь – или, того хуже, на уровне правоприменительной практики можно обойти или «подправить» любую неправильную (как это кому-то представляется) норму процессуального закона, что открывает самый широкий простор для нарушений в сфере судопроизводства режима законности. По нашему мнению, какой бы ошибочной ни была норма процессуального кодекса, проблема должна решаться не путем «корректировки» нормы постановлением Пленума Верховного Суда Республики Беларусь или ее игнорированием конкретной судебной инстанцией, а цивилизованным способом – через внесение в кодекс соответствующих изменений и (или) дополнений. Поэтому мы считаем, что нормы ГПК, закрепляющие требования к подаваемым в суды процессуальным документам, должны быть приведены в соответствие с правилами ГПК, допускающими рассмотрение дела в условиях неизвестности места жительства ответчика. Для этого п. 3 ч. 1 ст. 109 ГПК нужно дополнить следующим предложением (или оформить это предложение в качестве примечания к данной норме): «Место жительства (место нахождения) непосредственно заинтересованного в исходе дела лица не указывается в том случае, если оно не известно заявителю и не имеет значения для определения территориальной подсудности дела».

2. Норма ч. 2 ст. 58 КоБС устанавливает годичный срок для судебного оспаривания актовой записи о родителях ребенка. В соответствующем

обзоре правоприменительной практики констатировано, что данный срок является сроком исковой давности, вместе с тем далее указано, что «суды не всегда учитывали, что соблюдение годичного срока обращения с иском относится к обстоятельствам, имеющим значение для правильного разрешения данной категории дел. Не во всех случаях при рассмотрении дел об оспаривании записи об отцовстве суды исследовали вопрос о том, когда лицу, оспаривающему запись, стало известно о ее наличии либо об обстоятельствах, исключающих факт отцовства». И приводится пример, когда к моменту рассмотрения дела об оспаривании отцовства годичный срок исковой давности объективно истек, но суд (и это поставлено ему в вину) вопрос о соблюдении данного срока и уважительности причин его пропуска не исследовал и вынес решение об удовлетворении иска⁷.

Та же самая мысль – годичный срок для оспаривания отцовства должен применяться по инициативе суда – нашла отражение и в постановлении Президиума № 6, где в качестве недостатка деятельности судов отмечено то, что ими «не во всех случаях проверялись вопросы соблюдения истцом предусмотренного статьей 58 КоБС годичного срока для оспаривания отцовства» (абз. 9 преамбулы постановления Президиума № 6), и на этом основании судам предписано «обеспечить безусловное выполнение положений постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 12 о необходимости... соблюдения годичного срока для оспаривания отцовства» (ч. 2 п. 2 постановления Президиума № 6)⁸.

Представленный подход вызывает возражения по ряду причин. Во-первых, он не соответствует природе исковой давности как материально-правового срока – согласно ч. 1 п. 2 ст. 200 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК) исковая давность подлежит применению только по заявлению стороны в споре, контролировать *ex officio* суд вправе соблюдение только процессуальных сроков, но никак не материально-правовых. Во-вторых, критикуемый подход обусловлен, видимо, тем обстоятельством, что в ст. 10 КоБС (она содержит перечисление тех статей ГК, которыми суду нужно руководствоваться при применении норм КоБС, предусматривающих исковую давность) отсутствует прямая ссылка на ст. 200 ГК. Но если рассуждать таким образом, то придется признать, что в семейно-правовых спорах суд не вправе применять не только ч. 1 п. 2 ст. 200 ГК, но и (что будет являться полным абсурдом) положения п. 1 ст. 200 ГК («требование о защите нарушенного права при-

⁷Практика рассмотрения судами дел об установлении отцовства (материнства), об оспаривании записи о родителях (по материалам обзора) // Судовы весн. 2016. № 3. С. 54–65.

⁸Любопытно заметить, что данное предписание позиционируется в постановлении Президиума № 6 как направленное на выполнение положений постановления Пленума № 12, однако последнее никаких указаний на данный счет не содержит.

нимается к рассмотрению судом независимо от истечения срока исковой давности»), ч. 2 п. 2 ст. 200 ГК («истечение срока исковой давности, о применении которой заявлено стороной в споре, является основанием к вынесению судом решения об отказе в иске»), п. 1 ст. 201 ГК («течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права»).

В-третьих, отсутствие упоминания в ст. 10 КоБС о ст. 200, 201 ГК является скорее недочетом правотворческих работ, нежели проявлением некоего умысла со стороны законодателя, потому что логически объяснить недопустимость применения положений названных статей ГК к семейно-правовым отношениям невозможно (к данным отношениям неприменима другая из неупомянутых в ст. 10 КоБС статей ГК – ст. 202 «Срок исковой давности при перемене лиц в обязательстве», поскольку семейно-правовые отношения тесно связаны с личностью их участников и перемена лиц в них не происходит). Причем это не единственный огрех, допущенный законодателем при регулировании в КоБС сроков. Так, в ст. 11 КоБС говорится, что при исчислении сроков, если иное не установлено законодательными актами, подлежат применению правила ст. 150, 151 ГПК. Но данные статьи ГПК регулируют исчисление процессуальных сроков, в то время как КоБС является нормативным актом материального права, поэтому более логично было бы в ст. 11 КоБС указать на применение правил главы 11 «Исчисление сроков» ГК.

В-четвертых, отсутствие в КоБС ссылок на определенные нормы ГК само по себе не означает того, что эти нормы ГК суд применять не вправе или, более того, обязан поступить совершенно противоположным, по сравнению с данными нормами, образом. Как сказано в ч. 5 п. 1 ст. 1 ГК, семейные отношения, отвечающие признакам, указанным в ч. 1, 2 п. 1 ст. 1 ГК, регулируются гражданским законодательством, если законодательством о браке и семье не предусмотрено иное. Полагаем, что законодательством о браке и семье иное не предусмотрено. В этом плане весьма показательным, что момент начала течения исковой давности урегулирован в КоБС (ч. 6 ст. 24, ч. 2 ст. 58) идентично тому, как это сделано в п. 1 ст. 201 ГК. В-пятых, в литературе прямо указывается, что в семейно-правовых спорах исковая давность применяется судом только по заявлению стороны спора [11, с. 55]. В-шестых, реализация на практике анализируемого подхода может противоречить интересам ребенка, равно как и его биологического отца, – помимо их воли воспрепятствовать оспариванию актовой записи о «юридическом» отце ребенка и, следовательно, исключить возможность оформления (установления) отцовства ребенка в отношении биологического отца.

3. В постановлении Президиума № 6 (абз. 7 его преамбулы) констатировано, что при решении вопросов о принятии отказа истца от иска, признании иска ответчиком суды, вопреки положениям ст. 61, 285 ГПК, не всегда выясняли мотивы данных распорядительных действий сторон и не по всем делам исследовали вопросы соблюдения прав и охраняемых законом интересов детей. По нашему мнению, подобное положение вещей обусловлено тем, что в постановлении Пленума № 12 недостаточно разъяснений по этому поводу. Так, в п. 14 постановления Пленума № 12 говорится лишь, что «ответчик может признать отцовство в судебном заседании. В таком случае суд вправе вынести решение об установлении отцовства без исследования обстоятельств дела по существу, положив в основу решения признание иска. Вопрос о признании иска ответчиком суд решает в соответствии со ст. 285 ГПК». Очевидно, что такие разъяснения нельзя признать полными. Что же касается указаний относительно отказа истца от иска об установлении отцовства, равно как и о соответствующих распорядительных действиях сторон по делам об оспаривании отцовства, то в постановлении Пленума № 12 их вообще нет. Думается, что постановление Пленума № 12 нужно дополнить недостающими разъяснениями, причем исходить при этом из следующего.

Во-первых, для решения вопроса о возможности принятия отказа истца от иска или признания иска ответчиком очень важно выяснить и принять во внимание мотивы (причины) распорядительного действия стороны. Мы уже подробно обосновывали, что отказ истца от иска, равно как и признание иска ответчиком, – это одностороннее волеизъявление стороны, которым она признает неправомерность своей позиции в возникшем споре и тем самым соглашается с позицией противной стороны конфликта [12, с. 66–67]. Так, отказ от иска об установлении отцовства может быть принят только в том случае, если сторона истца признает, что ответчик в действительности не является отцом ребенка, а признание иска ответчиком – если ответчик полностью подтверждает свое отцовство по отношению к ребенку. При наличии любых иных мотивов (отсутствие средств на ведение процесса, утрата важных доказательств и пр.) распорядительное действие стороны не может быть судом принято, поскольку будет нарушать ее интересы.

Во-вторых, следует учитывать доказательственное значение соответствующего волеизъявления стороны и его согласованность (непротиворечие) с материалами дела. Например, признание ответчиком иска об установлении отцовства имеет повышенное доказательственное значение и потому уже само по себе может являться достаточным основанием для удовлетворения иска (в этом случае нет необходимости назначать судебную экспертизу

для выяснения отцовства), что видно из ч. 4 ст. 57 КоБС [6, с. 21–22, 25] и дополнительно подтверждается содержанием п. 14 постановления Пленума № 12. Однако если признание иска противоречит заключению экспертизы, то приниматься оно не должно⁹. Признание же ответчиком иска об оспаривании отцовства обладает гораздо меньшим доказательственным значением и, значит, всегда должно «усиливаться», подкрепляться иными материалами дела [6, с. 23–25]. Точно так не должен быть голословным (равно как и не противоречить имеющимся в деле доказательствам, в частности заключению эксперта) отказ истца от иска об установлении или об оспаривании отцовства.

4. В п. 13 постановления Пленума № 12 разъяснено: «Если обстоятельства, указанные истцом в обоснование иска об установлении отцовства, не нашли подтверждения, суд по своей инициативе обязан выяснить, имели ли место другие перечисленные в ст. 57 КоБС обстоятельства или одно из них, и с согласия истца на изменение основания иска вправе обосновать решение ссылкой на иные установленные обстоятельства». Данное разъяснение направлено на обеспечение интересов ребенка. Ведь отказывая в удовлетворении иска об установлении отцовства, суд своим решением констатирует, что ответчик отцом ребенка не является. Такое решение в силу правила исключительности препятствует предъявлению любого нового иска к тому же ответчику об установлении его отцовства в отношении того же самого ребенка, даже если исковое заявление будет содержать ссылки на факты, не исследовавшиеся в прежнем процессе [13, с. 338]. Значит, занимаясь выяснением наличия иных (помимо указанных инициатором иска) обстоятельств, позволяющих установить отцовство, суд объективно действует в интересах ребенка, предотвращая угрозу их нарушения.

Однако с приведенным разъяснением связаны и не совсем позитивные моменты. Во-первых, разъяснение содержит в себе внутреннее противоречие: с одной стороны, из него следует, что суду для изменения основания иска всегда нужно получать согласие истца, однако, с другой стороны, получается (и это противоречит принципу диспозитивности), что суд полномочен изменить основание иска еще до получения этого согласия, поскольку по собственной инициативе сперва обязан выяснить наличие обстоятельств, составляющих новое основание иска. Во-вторых, возможность изменения судом с согласия истца основания иска сама по себе еще не означает того, что суд вправе (или обязан) проявлять инициативу в установлении фактов нового основания иска. Ведь по общему правилу доказательства собираются и пред-

ставляются суду юридически заинтересованными в исходе дела лицами, а суд при соблюдении ряда условий вправе лишь оказывать им содействие в собирании доказательств (ст. 20, 179, 232, 233 ГПК). В связи с этим полагаем, что суд может изменить основание иска (неважно, с согласия истца или без такого согласия, когда это допускает закон), только если заинтересованными лицами уже представлены (пусть и не специально для данной, а для какой-то другой цели) доказательства существования нового основания иска. Подтверждением тому служит норма ч. 1 ст. 298 ГПК, по смыслу которой изменение судом основания иска допускается «при вынесении решения», т. е. в тот момент процесса, когда все факты, свидетельствующие о возможности изменения основания иска, заинтересованными лицами доказаны и соответственно для суда очевидны.

В-третьих, разъяснение уже морально устарело. В настоящее время, по сути, не очень и важно, какие обстоятельства привел инициатор иска об установлении отцовства в обоснование своих требований, так как с 2006 г. в результате изложения в новой редакции главы 8 КоБС изменились в сторону повышения стандарты доказывания (выяснения истины) по делам об установлении отцовства [6, с. 22, 25]. Приоритетное значение для суда при установлении отцовства теперь имеют критерии, названные в первом предложении ч. 4 ст. 57 КоБС: доказательства, с достоверностью подтверждающие происхождение ребенка от предполагаемого отца (таковым доказательством может являться только заключение судебной генетической экспертизы, назначать проведение которой суд обязан независимо от наличия ходатайства со стороны заявителя иска), или признание предполагаемым отцом ребенка (подразумевается судебное признание ответчиком своего отцовства). Обстоятельства же, перечисленные во втором предложении ч. 4 ст. 57 КоБС (обычно именно они указываются в исковом заявлении об установлении отцовства), – совместное воспитание или содержание ребенка матерью и предполагаемым отцом, совместное проживание и ведение общего хозяйства матерью и предполагаемым отцом до рождения ребенка – имеют сейчас сугубо вспомогательное (субсидиарное) значение.

5. В п. 15 постановления Пленума № 12 сказано, что, «если ответчик в судебном заседании выражает согласие подать в органы, регистрирующие акты гражданского состояния, заявление об установлении отцовства, суд вправе отложить рассмотрение дела на определенный срок. При предоставлении суду свидетельства о рождении, выданного на основании записи об установлении отцовства, производство по делу подлежит прекращению в со-

⁹Практика рассмотрения судами дел об установлении отцовства (материнства), об оспаривании записи о родителях (материнства), об оспаривании записи о родителях (по материалам обзора) // Судовы весн. 2016. № 3. С. 56.

ответствии с п. 1 ст. 164 ГПК». Прежде всего здесь упущено из виду, что ст. 164 ГПК имеет деление на части, и пункты содержатся только в первой части данной статьи¹⁰. Далее, в разъяснении высшей судебной инстанции не учтено, что ст. 159 ГПК в 2012 г. была изложена в новой редакции, в результате чего теперь согласно ч. 1 ст. 159 ГПК отложение разбирательства дела возможно только в случаях, прямо оговоренных ГПК¹¹, но для случая, описанного в п. 15 постановления Пленума № 12, ГПК не предусматривает отложения разбирательства дела. Не в полной мере соблюдены положения ч. 2 ст. 54, ч. 3 ст. 214 КоБС (заявление должно быть совместным – от ответчика и матери ребенка – и называться «О регистрации установления отцовства»), а также не принято во внимание, что установление отцовства в добровольном порядке подтверждается не только новым свидетельством о рождении, но и свидетельством об установлении отцовства.

Помимо этого, нами ранее указывалось, что в рассматриваемой ситуации прекращать производство нужно в связи с отказом истца от иска (п. 3 ч. 1 ст. 164 ГПК), а не по причине неподведомственности суду дела (п. 1 ч. 1 ст. 164 ГПК). Нам представлялось, что разъяснение п. 15 постановления Пленума № 12 было дано под влиянием господствующей в науке и практике точки зрения о том, что отказ от иска всегда сопряжен с отказом истца от своих материальных притязаний, а поскольку в анализируемой ситуации истец ни от каких материальных прав не отказывается (и отказаться не может), то Верховный Суд Республики Беларусь, посчитав невозможным использование норм об отказе от иска, не нашел ничего лучшего, чем рекомендовать судам руководствоваться п. 1 ч. 1 ст. 164 ГПК. Мы же, придерживаясь мнения, что отказ от иска есть не отказ истца от материального права, а признание им своей неправоты в возникшем конфликте, аргументировали, что по данному основанию в нашем случае прекратить производство допустимо. Ведь поддержание истцом иска об уста-

новлении отцовства после того, как ответчиком отцовство в добровольном порядке установлено, есть отстаивание уже неправомерной позиции в споре (невозможно требовать установления отцовства, если это отцовство уже установлено). Поэтому логично, что в такой ситуации суду следует разъяснить истцу право отказаться от иска (т. е. признать, что к данному моменту его позиция в споре стала неправомерной) и, при реализации истцом данного права, прекращать производство по делу в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 164 ГПК, а если истец по каким-то причинам не пожелает воспользоваться указанным правом, то завершать процесс иным (но тоже свидетельствующим о неправомерности позиции истца) образом – вынесением решения об отказе истцу в иске [13, с. 322, 400].

Подтверждая приверженность своей ранее высказанной позиции относительно способов завершения процесса, вместе с тем уточним, что господствующая точка зрения на природу отказа истца от иска не единственная и, быть может, даже не основная причина, обусловившая содержание п. 15 постановления Пленума № 12. Аналогичного рода разъяснение было дано еще в советское время Пленумом Верховного Суда СССР (он предлагал при добровольном установлении отцовства ответчиком прекращать производство по идентичному основанию: «Дело не подлежит рассмотрению в судебных органах») [7, с. 100], и отдельные ученые обосновывали причины такого подхода следующим образом: в результате ликвидации спора в добровольном порядке процесс (и его потенциальный результат в виде судебного решения) утрачивает свой предмет, а значит, становится излишним, ненужным, соответственно истец в подобной ситуации не может иметь интереса ни в продолжении процесса, ни в получении судебного решения [8, с. 42–46]¹².

Вообще, мнение о том, что процесс (спор, иск) может не иметь предмета или утратить его, является довольно распространенным в литературе¹³ [8, с. 45, 89–90; 14, с. 71; 15, с. 6] и правопри-

¹⁰Подобная ошибка является довольно распространенной. Она встречается и в других документах высшей судебной инстанции (см., например, ч. 2 п. 4 постановления Пленума Верховного Суда от 18 марта 1994 г. № 1 «О судебной практике по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение»), а также в публикуемых ею судебных казусах и обзорах правоприменительной практики (см.: Решение суда отменено с прекращением производства по делу, так как при его вынесении судом не учтен тот факт, что споры между акционером и акционерным обществом, участниками иных хозяйственных обществ и товариществ, возникающие при осуществлении деятельности этими обществами и товариществами, за исключением трудовых споров, подведомственны хозяйственному суду [извлечение из постановления президиума Гродненского областного суда] // Судовы весн. 2010. № 4. С. 49; Заявление об установлении факта отцовства в отношении граждан, родившихся до 1 октября 1968 г., не подлежит рассмотрению в суде ввиду его неподведомственности [извлечение из постановления президиума Минского городского суда] // Судовы весн. 2016. № 1. С. 49; Практика рассмотрения судами дел об установлении отцовства (материнства), об оспаривании записи о родителях (по материалам обзора) // Судовы весн. 2016. № 3. С. 57).

¹¹Новшество, безусловно, крайне неудачное и неоправданное, на что мы уже обращали внимание. См.: Скобелев В. П. Новеллы правового регулирования временных прерывов в судебном разбирательстве гражданских дел // Актуальные вопросы совершенствования правовой системы на современном этапе : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (Минск, 11–12 окт. 2012 г.) / редкол.: С. А. Балашенко (гл. ред.) [и др.]. Минск : Бизнесофсет, 2012. С. 224–225.

¹²Такими же доводами аргументировалась необходимость прекращения производства по указанному основанию и в некоторых других ситуациях, в частности, когда в ходе процесса по иску о восстановлении на работе ответчик добровольно удовлетворял требования истца. См.: Радченко П. И. Процессуальные гарантии судебной защиты конституционного права на труд : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03. Харьков, 1980. 16 с.

¹³Там же.

менительной практике (некоторые публикуемые высшей судебной инстанцией казусы даже имеют такое наименование¹⁴), причем под отсутствием (утратой) предмета процесса понимаются ситуации, когда объективно отсутствует нарушение прав (интересов) истца – по причине того, что или такого нарушения вообще не было, или оно имело место, но его последствия ответчиком были устранены (например, наниматель до или в ходе процесса восстановил на работе незаконно уволенного работника) либо истцом было утрачено само право (в частности, признаны недействительными регистрация товарного знака, патент на изобретение).

Признать подобную точку зрения верной нельзя. Ее сторонники отсутствие предмета процесса (спора, иска) связывают с объективной необоснованностью требований (утверждений) истца. Но ответ на вопрос, насколько требования (утверждения) истца объективно обоснованы, можно получить только из судебного решения, вынесенного по результатам полномасштабного разбирательства дела¹⁵. Выходит, что, не проведя процесс (не рассмотрев спор, иск), нельзя установить наличие у него (у них) предмета, хотя по логике вещей все должно быть наоборот: наличие у процесса (спора, иска) предмета должно быть условием его (их) проведения (рассмотрения). Кроме того, получается, что в том случае, когда суд отказывает истцу в иске, весь проведенный процесс (рассмотренный спор, иск) оказывается беспредметным, т. е. не имеющим перед собой цели. Но чем тогда можно и нужно называть итоги проведения процесса (рассмотрения спора, иска), объективированные в судебном решении?

Отмеченных противоречий можно избежать, если изменить подход к пониманию предмета процесса (спора, иска). Таковым, на наш взгляд, является не **утверждаемое истцом**, а **действительное (ис-**

тинное) материально-правовое положение истца и ответчика, т. е. вопрос о том, имеется ли в действительности у истца утверждаемое им право и было ли на самом деле это право нарушено ответчиком. Данный вопрос истец ставит перед судом путем предъявления и поддержания своего иска. Следовательно, предъявление и поддержание иска истцом – это те действия, которые, во-первых, наделяют процесс (спор, иск) его предметом (другими словами, возбужденное в суде дело априори имеет предмет, у судебного дела не может не быть предмета), во-вторых, объективируют вовне заинтересованность истца в проведении процесса и получении судебного решения.

Поэтому очевидная (явная) для суда неправомерность утверждений (позиции) истца или, как это принято называть, отсутствие предмета процесса (спора, иска) не может служить основанием для прекращения производства по делу. Если истец продолжает поддерживать иск, это значит, что перед судом по-прежнему стоит вопрос, каково действительное материально-правовое положение истца и ответчика, и на данный вопрос он обязан ответить путем вынесения решения, каким бы очевидным (бесспорным) это правовое положение суду ни казалось. Кстати, для самого истца его взаимоотношения с ответчиком могут видаться далеко не столь очевидными (бесспорными), что, собственно, и может быть причиной дальнейшего поддержания истцом иска, даже несмотря на совершение в его пользу определенных действий ответчиком. Помимо этого, критикуемый подход неприемлем еще и по той причине, что способен спровоцировать судебные ошибки: досрочное завершение процесса может помешать суду разобраться во всех обстоятельствах дела и установить, что в действительности права (интересы) истца нарушены.

Заключение

Проведенное исследование позволяет сделать следующие выводы:

1) совершение судом действий, предусмотренных ст. 148 ГПК, не свидетельствует о надлежащем извещении ответчика и дает последнему право требовать отмены решения на основании п. 2 ч. 4 ст. 424 ГПК;

2) пункт 3 ч. 1 ст. 109 ГПК необходимо дополнить следующим предложением (или оформить это предложение в качестве примечания к данной норме): «Место жительства (место нахождения) непосредственно заинтересованного в исходе дела лица

не указывается в том случае, если оно не известно заявителю и не имеет значения для определения территориальной подсудности дела»;

3) предусмотренный ч. 2 ст. 58 КоБС срок может применяться только по заявлению ответчика, но не по инициативе суда;

4) постановление Пленума № 12 нужно дополнить подробными разъяснениями (их суть изложена в тексте статьи), относительно условий принятия судом отказа истца от иска и признания иска ответчиком по делам об установлении и об оспаривании отцовства;

¹⁴См.: Отсутствие предмета спора явилось основанием для отказа истцу в иске [извлечение из решения судебной коллегии по делам интеллектуальной собственности Верховного Суда Республики Беларусь] // Судовы весн. 2011. № 1. С. 43–44; Основанием отказа в иске послужило отсутствие предмета спора [извлечение из решения судебной коллегии по делам интеллектуальной собственности Верховного Суда Республики Беларусь] // Судовы весн. 2012. № 1. С. 49–50.

¹⁵Исключение из этого правила составляет лишь случай отказа истца от иска, поскольку, как уже указывалось выше, данным действием истец признает неправомерность своей позиции в споре.

5) пункт 13 постановления Пленума № 12 по ряду моментов (относительно соблюдения принципа диспозитивности, стандарта и правил доказывания) не соответствует предписаниям КоБС и ГПК, что обуславливает потребность внесения в него соответствующих корректировок;

6) второе и третье предложения п. 15 постановления Пленума № 12 следует изложить в новой редакции: «Если ответчик в судебном заседании выражает согласие установить отцовство в добровольном порядке, суд по аналогии с ч. 1 ст. 159 ГПК вправе отложить разбирательство дела на опре-

деленный срок. При предоставлении суду доказательств установления отцовства суд разъясняет стороне истца¹⁶ право отказаться от иска (ч. 3 ст. 61 ГПК) и при реализации данного права прекращает производство согласно п. 3 ч. 1 ст. 164 ГПК. Если сторона истца данным правом не воспользуется, суд своим решением отказывает в иске об установлении отцовства»;

7) судебного процесса (спора, иска) без предмета не может быть. Таковым предметом является вопрос о действительном (истинном) материально-правовом положении истца и ответчика.

Библиографические ссылки

1. Евдокимова ТП. *Разрешение судом семейно-правовых споров*. Москва: Норма; 2008. 272 с.
2. Кострова Н. Особенности возбуждения дел об установлении отцовства. *Советская юстиция*. 1977;17:18–19.
3. Матерова М. В. *Судебное рассмотрение дел об установлении отцовства*. Москва: Юридическая литература; 1972. 112 с.
4. Скобелев ВП. Процессуальные особенности рассмотрения и разрешения судами дел, связанных с установлением происхождения детей. *Журнал Белорусского государственного университета. Право*. 2020;2:10–27.
5. Кострова НМ, редактор. *Судебная защита семейных прав*. Москва: Городец; 2008. 240 с.
6. Червяков КК. *Установление и прекращение родительских прав и обязанностей*. Москва: Юридическая литература; 1975. 104 с.
7. Яковлева ГВ. *Охрана прав незамужней матери*. Минск: Издательство БГУ; 1979. 120 с.
8. Пушкар ЕГ. *Конституционное право на судебную защиту (гражданско-процессуальный аспект)*. Львов: Вища школа; 1982. 216 с.
9. Белова ТА, Колядко ИН, Мирониченко ИА, редакторы. *Научно-практический комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Беларусь*. Минск: Тесей; 2005. 864 с.
10. Белова ТА, Колядко ИН, Юркевич НГ, редакторы. *Гражданский процесс. Особенная часть*. Минск: Амалфея; 2007. 592 с.
11. Тихиня ВГ, Голованов ВГ, Ананич СМ, редакторы. *Научно-практический комментарий к Кодексу Республики Беларусь о браке и семье*. Минск: ГИУСТ БГУ; 2010. 680 с.
12. Скобелев ВП. Отказ истца от иска: правовая природа и последствия осуществления. *Журнал Белорусского государственного университета. Право*. 2018;1:61–73.
13. Скобелев ВП. *Законная сила постановлений суда первой инстанции в гражданском процессе*. Минск: БГУ; 2018. 447 с.
14. Ванеева ЛА. Реализация конституционного права граждан СССР на судебную защиту в гражданском судопроизводстве. Владивосток: Издательство Дальневосточного университета; 1988. 152 с.
15. Шкурдюк Ж. Восстановление прав в сфере интеллектуальной собственности посредством правосудия. *Судовы веснік*. 2011;3:3–7.

References

1. Evdokimova TP. *Razreshenie sudom semeino-pravovyykh sporov* [Court resolution of family law disputes]. Moscow: Norma; 2008. 272 p. Russian.
2. Kostrova N. [Peculiarities of initiating cases of establishing paternity]. *Sovetskaya yustitsiya*. 1977;17:18–19. Russian.
3. Materova MV. *Sudebnoe rassmotrenie del ob ustanovlenii ottsovstva* [Judicial review of cases of establishing paternity]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1972. 112 p. Russian.
4. Skobelev VP. Procedural features of the consideration and resolution by the courts of cases related to the establishment of the origin of children. *Journal of the Belarusian State University. Law*. 2020;2:10–27. Russian.
5. Kostrova NM, editor. *Sudebnaya zashchita semeinykh prav* [Judicial protection of family rights]. Moscow: Gorodets; 2008. 240 p. Russian.
6. Chervyakov KK. *Ustanovlenie i prekrashchenie roditel'skikh prav i obyazannostei* [Establishment and termination of parental rights and obligations]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1975. 104 p. Russian.
7. Yakovleva GV. *Okhrana prav nezamuzhnei materi* [Protecting the rights of an unmarried mother]. Minsk: Izdatel'stvo BGU; 1979. 120 p. Russian.
8. Pushkar EG. *Konstitutsionnoe pravo na sudebnuyu zashchitu (grazhdansko-protsessual'nyi aspekt)* [Constitutional right to judicial protection (civil procedural aspect)]. Lviv: Vyshha shkola; 1982. 216 p. Russian.
9. Belova TA, Kolyadko IN, Mironichenko IA, editors. *Nauchno-prakticheskii kommentarii k Grazhdanskomu protsessual'nomu kodeksu Respubliki Belarus'* [Scientific and practical commentary on the Civil Procedure Code of the Republic of Belarus]. Minsk: Theseus; 2005. 864 p. Russian.

¹⁶Под стороной истца здесь понимается законный представитель несовершеннолетнего ребенка или сам ребенок, достигший совершеннолетия.

10. Belova TA, Kolyadko IN, Yurkevich NG, editors. *Grazhdanskii protsess. Osobennaya chast'* [Civil process. Special part]. Minsk: Amalfeya; 2007. 592 p. Russian.
11. Tikhinya VG, Golovanov VG, Ananich SM, editors. *Nauchno-prakticheskii kommentarii k Kodeksu Respubliki Belarus' o brake i sem'e* [Scientific and practical commentary on the Code of the Republic of Belarus on Marriage and Family]. Minsk: State Institute of Management of Social Technologies of the Belarusian State University; 2010. 680 p. Russian.
12. Skobelev VP. Refusal of claimant from claim: legal nature and consequences of implementation. *Journal of the Belarusian State University. Law*. 2018;1:61–73. Russian.
13. Skobelev VP. *Zakonnaya sila postanovlenii suda pervoi instantsii v grazhdanskom protsesse* [The legal force of judgments of a court of first instance in a civil proceeding]. Minsk: Belarusian State University; 2018. 447 p. Russian.
14. Vaneeva LA. *Realizatsiya konstitutsionnogo prava grazhdan SSSR na sudebnuyu zashchitu v grazhdanskom sudoproizvodstve* [The implementation of the constitutional right of citizens of the USSR to judicial protection in civil proceedings]. Vladivostok: Izdatel'stvo Dal'nevostochnogo universiteta; 1988. 152 p. Russian.
15. Shkurdyuk Zh. [Restoration of rights in the field of intellectual property through justice]. *Sudovy vesnik*. 2011;3:3–7. Russian.

Статья поступила в редколлегию 07.07.2020.
Received by editorial board 07.07.2020.

Ф И Н А Н С О В О Е П Р А В О И Н А Л О Г О В О Е П Р А В О

F I N A N C E L A W A N D T A X L A W

УДК 340

НАУЧНО-НОРМАТИВНОЕ МОДЕЛИРОВАНИЕ ДОБРОСОВЕСТНОСТИ УЧАСТНИКОВ НАЛОГОВЫХ ОТНОШЕНИЙ

А. А. ПИЛИПЕНКО¹⁾

¹⁾ *Белорусский государственный университет,
пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь*

Исследуются теоретические и практические вопросы добросовестности налогоплательщика. Раскрываются новационные научные аспекты добросовестного налогового администрирования. Обосновывается необходимость придания действиям контролирующих органов добросовестного характера и закрепления в налоговом законодательстве принципа добросовестности применительно ко всем участникам налоговых отношений.

Ключевые слова: добросовестность; добросовестность налогоплательщика; налоговая выгода; добросовестное налоговое администрирование; судебское усмотрение.

Образец цитирования:

Пилипенко АА. Научно-нормативное моделирование добросовестности участников налоговых отношений. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:94–100.

For citation:

Pilipenka AA. Scientific and statutory modelling of the participants' good faith in tax relations. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:94–100. Russian.

Автор:

Александр Анатольевич Пилипенко – кандидат юридических наук, доцент; заведующий кафедрой финансового права и правового регулирования хозяйственной деятельности юридического факультета.

Author:

Aleksandr A. Pilipenka, PhD (law), docent; head of the department of financial law and legal regulation of economic activities, faculty of law.
pilipenko_bsu@mail.ru

SCIENTIFIC AND STATUTORY MODELLING OF THE PARTICIPANTS' GOOD FAITH IN TAX RELATIONS

A. A. PILIPENKA^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The theoretical and practical issues of taxpayer's good faith are studied. Innovative scientific aspects of fair tax administration are covered. The necessity to give the actions of supervisory authorities a conscientious nature as well as the necessity to enshrine the principle of good faith in tax legislation as applied to all participants in tax relations are grounded.

Keywords: good faith; taxpayer's good faith; tax benefit; fair tax administration; judicial discretion.

Введение

С 1 января 2019 г. вступила в силу новая редакция Налогового кодекса Республики Беларусь от 19 декабря 2002 г. (далее – НК), где согласно ст. 2 предусмотрен обновленный ряд принципов налогообложения. В рамках законодательного регулирования базовых начал в налоговой сфере получил соответствующую конкретизацию и принцип добросовестности налогоплательщика, изложенный в подп. 1.4 п. 1 ст. 2 НК через презумптивную конструкцию: плательщик налогов, сборов (пошлин) признается добросовестным до тех пор, пока не будут приведены иные документально подтвержденные сведения.

В контексте построения оптимальной модели взаимоотношения государства и налогоплательщиков категория «добросовестность» обладает цен-

ностной значимостью. Как справедливо отмечает М. В. Карасева, «концепция добросовестности налогоплательщика – основа современного налогового правового регулирования. Она построена на признании факта соблюдения налогоплательщиком в большинстве случаев норм налогового законодательства, т. е. на преобладании на практике факта правопослушания налогоплательщика» [1, с. 126].

Введение вышеуказанной презумпции в национальную налогово-правовую материю побуждает нас вернуться к вопросам толкования добросовестности в налоговой сфере, признания (непризнания) за ней атрибутивности и функциональности, возможности критериальности, имманентности к расширенному субъектному составу налоговых отношений и др.

Основная часть

В силу того, что категория «добросовестность» носит оценочный характер, единой устоявшейся дефиниции не сформировалось. При познании какого-либо явления правовой реальности, архитектура которого основана на идеально-ценностных и этико-моральных доминантах, что характерно для добросовестности, в первую очередь представляется оправданным использование инструментария лексического толкования. В. И. Даль определяет добросовестность как «добрую совесть, честность, правдивость в поступках» [2, с. 117]. В русле достаточно широкой вариативности поведения субъектов финансовых отношений значительная роль в ее оценке принадлежит судебному усмотрению. Применительно к судебной власти Ш. Монтескье принцип добросовестности определил как «метод, позволяющий судье обеспечить гармонию, баланс частных и общественных интересов» [3, с. 225].

Категория «добросовестность» является прежде всего предметом цивилистических исследований, поскольку именно в гражданском законодательстве данный термин встречается наиболее часто. В приведенном контексте следует отметить, что

по проблеме употребления рассматриваемой категории в различных отраслях права, помимо гражданского, в правовой науке существуют противоположные точки зрения. Так, В. А. Белов рассуждает о том, каким образом и на каком основании мог возникнуть вопрос о добросовестности и недобросовестности в каком-либо ином праве, кроме частного гражданского, утверждает, что понятие недобросовестности просто несовместимо с природой публичного права. Согласно мнению автора, «в публичном праве мыслим единственный порок деяния – объективная неправомерность, т. е. нарушение нормы объективного публичного права. Где же здесь место рассуждениям о недобросовестности?» [4, с. 18–20]. В то же время Д. В. Винницкий говорит об общеправовом характере добросовестности, который проявляет свое значение во многих отраслях права: «Несмотря на то что налоговое законодательство понятие “добросовестность” в качестве необходимого критерия для оценки действий участника налоговых отношений непосредственно не использует, это не означает, что налоговое право безразлично к данному принципу. Напротив, как

и в других отраслях, он имеет для данной отрасли основополагающее значение при разрешении споров и применении конкретных налогово-правовых норм» [5, с. 218].

Следует отметить, что выводы ученых относительно применения категории «добросовестность» в налоговой сфере предопределены рядом правовых позиций Конституционного суда Российской Федерации (далее – КС РФ)¹, которые были посвящены вопросам уплаты налоговых платежей через «проблемные банки» и возмещения «экспортного налога на добавленную стоимость». В рамках указанных решений конструирование налогово-правовой реальности было отрицательным для субъектов предпринимательской деятельности в контексте моделирования КС РФ юридической конструкции «недобросовестный налогоплательщик» и ее универсализации. Понятие добросовестности (недобросовестности), первоначально сформулированное КС РФ применительно к уплате налогов из неплатежеспособных банков, было возведено в ранг общего критерия оценки правомерности действий налогоплательщика. Более того, в правоприменительной практике стала проследиваться тенденция широкого понимания недобросовестности, в которую включалась ответственность налогоплательщиков за действия третьих лиц. Ввиду отсутствия в законодательстве критериев добросовестности или недобросовестности налоговые органы перестали разбираться с юридической квалификацией действий плательщиков, а начали объявлять их полюбимым, иногда совершенно сомнительным основанием, недобросовестными. На определенной стадии добросовестность (недобросовестность) стала механизмом, подменившим собой необходимость доказывания сложного юридического состава признания действий налогоплательщиков неправомерными. Как отмечает В. А. Белов, «налоговые органы получили возможность наказывать налогоплательщиков за деяния, не нарушающие норм объективного права и, следовательно, не составляющие правонарушений. Само по себе недобросовестное поведение стало трактоваться налоговыми органами как самостоятельное налоговое правонарушение – неправо-

мерное вредоносное действие» [4, с. 27]. Ситуация усугублялась тем, что и судебная практика шла по неблагоприятному для налогоплательщиков пути в рамках необходимости оценки законности решения налогового органа, принятого на основе не установленного законом морально-этического понятия «добросовестность». При этом судебское усмотрение основывалось на формальной и субъективной оценке поведения налогоплательщиков по их привлечению к ответственности посредством использования неопределенного критерия недобросовестности. В связи с достаточно отрицательной практикой, сложившейся в отношении субъектов хозяйствования, некоторые авторы констатировали, что категория «добросовестность» приобрела интерпретацию квазиправового понятия [6, с. 23].

Данная ситуация потребовала соответствующего научного осмысления, концептуальное оформление которого происходило в рамках поиска ответа на вопрос о том, нормативна ли, т. е. имманентна ли добросовестность законодательству и атрибутивна (критериальна) ли она.

По первому вопросу в правовой науке сложились две точки зрения. Некоторые авторы предлагают закрепить понятие добросовестности в законодательстве [7, с. 30; 8, с. 99; 9, с. 21; 10, с. 28; 11, с. 28; 12, с. 3]. Как отмечает Э. Н. Нагорная, «для исключения возникающих в юридической литературе споров в Налоговый кодекс РФ необходимо ввести понятие “добросовестный налогоплательщик” с учетом выработанных судебно-арбитражной практикой критериев, закрепив как законную презумпцию добросовестности налогоплательщика» [10, с. 28]. В. В. Попов и Е. Г. Тришина констатируют, что «определение добросовестности налогоплательщика законодателем могло бы послужить стабилизации нормативно-правового регулирования сферы налогообложения; снижению количества правонарушений, связанных с уклонением от уплаты налогов и сборов, формированию единой практики решения судами споров, касающихся вопросов добросовестности действий налогоплательщиков; обеспечению своевременности и полноты внесения налогов в бюджетную систему страны»

¹ По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 11 Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 года «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»: постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 12 окт. 1998 г. № 24-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. № 42. Ст. 5211; По ходатайству Министерства Российской Федерации по налогам и сборам о разъяснении Постановления Конституц. Суда Рос. Федерации от 12 октября 1998 г. по делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 11 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»: определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 25 июня 2001 г. № 138-О // Там же. 2001. № 32. Ст. 3410; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Экспорт-Сервис» на нарушение конституционных прав и свобод положениями абзаца первого пункта 4 статьи 176 Налогового кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс]: определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 16 окт. 2003 № 329-О // КонсультантПлюс. ООО «Юр-Спектр». М., 2020; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Пром Лайн» на нарушение конституционных прав и свобод положением пункта 2 статьи 171 Налогового кодекса Российской Федерации: определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 08 апр. 2004 г. № 169-О // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 48. Ст. 4838; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества «Нефтяная компания “ЮКОС” на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 7 статьи 3 и статьи 113 Налогового кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс]: определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 18 янв. 2005 г. № 36-О // КонсультантПлюс. ООО «ЮрСпектр». М., 2020.

[11, с. 28]. Аналогичную позицию занимают и белорусские исследователи Ю. Амелъченя и Н. Крук [13, с. 75].

Другие авторы выступают за включение данной категории в материю налогового права, но не в нормативно-правовую материю регулирования налоговых отношений [14, с. 101; 15, с. 23–24]. Например, М. Ю. Орлов призывает относиться к понятию «добросовестность» в сфере налоговых отношений как «к термину, не имеющему никакого отношения к нормативному регулированию системы налогообложения» [14, с. 101].

В рамках решения второго вопроса сформировался конкретный научно-методологический плюрализм мнений в силу сложности определения объективных критериев добросовестности (недобросовестности), проистекающих во многом из общечеловеческих принципов, которые, по мнению К. Ю. Пашкова, есть «полное и своевременное исполнение налогоплательщиком своей обязанности по уплате налогов и сборов; отсутствие в действиях лица состава налогового правонарушения» [16, с. 36]. В. Л. Ардашев в условиях правовой неопределенности понятия «недобросовестность налогоплательщика» предлагает в качестве его критериев использовать выработанные зарубежной и отечественной арбитражной практикой судебные доктрины (концепции). Среди них как особо перспективную он выделяет «доктрину “деловая цель”, смысл которой заключается в том, что если налогоплательщик имеет только одну цель – снижение налогового бремени и при этом отсутствует разумная деловая цель, то его действия не могут быть признаны как правомерные (добросовестные)» [17, с. 12]. Белорусский исследователь Д. Александров, верно полагая, что органы судебной власти должны стать интегрирующим звеном в создании спектра критериев добросовестного поведения плательщика и обеспечения баланса частных и публичных интересов, делает вывод, что «выработка комплекса критериев добросовестности плательщика предполагает скрупулезную оценку заключаемых им сделок на предмет их действительности и наличия в их совершении разумной деловой цели. Названные критерии должны носить экономический характер» [18, с. 9]. Указанные белорусские авторы предлагают «выработать критерии добросовестного и (или) недобросовестного поведения плательщиков налогов, сборов (пошлин) с учетом правоприменительной практики Республики Беларусь, а также опыта определения таких критериев в законодательстве других стран, в частности Российской Федерации. Впоследствии

указанные критерии также следует закрепить в законодательстве» [13, с. 75].

В контексте последней научной сентенции отметим, что белорусский законодатель предпринимал попытки определения критериальности субъектов предпринимательской деятельности в налоговой сфере. Ранее ч. 2 п. 7 Указа Президента Республики Беларусь от 16 октября 2009 г. № 510 «О совершенствовании контрольной (надзорной) деятельности в Республике Беларусь» (далее – Указ № 510) в целях уменьшения периодичности осуществления плановых проверок в зависимости от отнесения субъекта предпринимательской деятельности к высокой, средней или низкой группам риска были определены критерии добросовестно исполняющих обязательства лиц перед бюджетом проверяемых субъектов. К ним относились следующие условия: во время предыдущей плановой проверки не было установлено фактов неисполнения или ненадлежащего исполнения проверяемым субъектом обязательств перед бюджетом, включая государственные целевые бюджетные фонды, и фактов нарушений законодательства; в период после окончания предыдущей и до назначения следующей плановой проверки данным или иными контролирующими (надзорными) органами не обнаружено нарушений. Отказ от указанных критериев был предопределен новыми законодательными подходами², связанными с реформированием плановых проверок в выборочные, а также отбора проверенных субъектов при осуществлении выборочных проверок с учетом критериев оценки степени риска. Необходимо также отметить, что практически максимальная результативность проверок в Республике Беларусь свидетельствовала лишь о потенциальной возможности соблюдения описанных критериев.

Следует обратить внимание, что начиная с 2006 г. объем исследований по изучаемому вопросу несколько сократился из-за перемещения фокуса научного интереса на определение добросовестности налогоплательщика через налоговую выгоду³. Осознавая неоднозначность трактовки понятия «недобросовестность налогоплательщика», а также необходимость нивелирования конкретных проблем, возникших в процессе обращения к оценочным категориям в налоговой сфере, российский законодатель предпринял попытку⁴ отказа от категории «добросовестность» («недобросовестность») налогоплательщика как критерия рассмотрения налоговых споров путем ее трансформации в доктрину обоснованной (необоснованной) налоговой выгоды,

² О мерах по совершенствованию контрольной (надзорной) деятельности [Электронный ресурс] : Указ Президента Респ. Беларусь от 16 окт. 2017 г. № 376 // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «Юрспектр». Минск, 2020.

³ Пилипенко А. А. Нормативные и научно-прикладные аспекты понимания налоговой выгоды // Промышл.-торговое право. 2016. № 10. С. 89–92.

⁴ Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды : постановление Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации от 12.10.2006 № 53 // Вестн. Высш. Арбитраж. Суда Рос. Федерации. 2006. № 12. С. 65–68.

которая оценивает поведение налогоплательщиков с экономико-правовых позиций и получение которой само по себе не выступает противоправным явлением, свидетельствующим о недобросовестности налогоплательщика.

Дальнейшее научное, нормативное и прикладное признание налогоплательщика добросовестным или недобросовестным обусловлено применением различных судебных доктрин⁵ (в том числе разрешение вопроса о добросовестности (недобросовестности) контрагентов налогоплательщика исходя из доктрины должной осмотрительности⁶), определением пределов осуществления прав в сфере налогообложения, установления деловой цели налогоплательщика в его деятельности⁷ и, как следствие, законности или противоправности используемой им налоговой оптимизации. В любом случае на этапе теоретического осмысления и практического применения законодательных положений о критерийности добросовестности налогоплательщика (в различной вариативности ее понимания) приоритетным пока остается судебное усмотрение, постепенная формализация которого в русле формирования стройного доктринального аппарата может послужить основой для новационного содержания наполнения нормативного пространства.

Белорусский законодатель, не оставаясь в стороне от вышеуказанных тенденций, наряду с введением с 1 января 2019 г. института корректировки налоговой базы, закрепил в подп. 1.4 п. 1 ст. 2 НК презумпцию добросовестности налогоплательщика. Выделяется его позиция о возможности опровержения добросовестности налогоплательщика контролирующим органом посредством предоставления документально подтвержденных сведений. С одной стороны, приведенный законодательный посыл изначально выглядит верным, так как рассмотрение презумпции добросовестности налогоплательщика как опровержимой презумпции предполагает в процессе ее опровержения ссылку на некоторые стандарты, модели, известные участникам налоговых отношений. На соответствие им и производится оценка поведения соответствующего лица. С другой стороны, абсолютно аксиоматичным представляется вменение налогоплательщику нарушений законодательства только на основании документально подтвержденных сведений. Например, в ч. 1 п. 2 ст. 81 НК предельно четко и ясно сказано о недопущении включения в акт проверки различного рода не подтвержденных документально фактов и информации о деятельности пла-

тельщика. Аналогичные нормативные положения содержатся в ч. 4 п. 59 Положения о порядке организации и осуществления проверок, утвержденного Указом № 510. Дополнительное и, по нашему мнению, излишнее детерминирование в подп. 1.4 п. 1 ст. 2 НК опровержение презумпции добросовестности налогоплательщика на основании документально подтвержденных сведений связано в первую очередь с порочной практикой действовавшего ранее Указа Президента Республики Беларусь от 23 октября 2012 г. № 488 «О некоторых мерах по предупреждению незаконной минимизации сумм налоговых обязательств» (далее – Указ № 488), заключающейся в моделировании отрицательной правовой реальности для субъектов предпринимательской деятельности на сомнительной со стороны контролирующих органов доказательной базе. Косвенным подтверждением данного тезиса является нормативное закрепление более адекватного, отвечающего современным реалиям взаимодействия контролирующих органов и налогоплательщиков механизма выявления нарушений законодательства⁸, который все равно оставляет открытым вопрос о возможной реинкарнации положений Указа № 488.

Резюмируя вышесказанное, следует констатировать, что как публичная власть имеет возможность поставить под сомнение поведение поведения частного субъекта, так и частный субъект вправе усомниться в законности действий публичной власти. В связи с этим отметим, что проблема недобросовестности должностных лиц контролирующих органов начинает приобретать научное осмысление, наблюдается закрепление в нормативных актах принципа добросовестности как плательщиков, так и других участников налоговых отношений [7, с. 30; 19]. Как считает О. В. Борисова, «отдавая дань стремлению к достижению идей гармоничного равноправия перед законом всех участников экономических отношений, полагаем целесообразной и своевременной легитимизацию в налоговом законодательстве в качестве нормы-принципа добросовестности всех субъектов налогового обязательства, в том числе налогоплательщиков и плательщиков сборов; налоговых и таможенных органов; органов государственных внебюджетных фондов и других государственных учреждений, обеспечивающих общегосударственный интерес» [7, с. 30].

Продолжением содержательного наполнения принципа добросовестности всех участников налоговых отношений выступила позиция судебно-

⁵ Пилипенко А. А. Применение судебных доктрин в налоговой сфере // Право.by. 2018. № 2. С. 50–56.

⁶ Пилипенко А. А. Теоретико-прикладные аспекты применения концепции должной осмотрительности в налоговой сфере // Право.by. 2018. № 1. С. 57–62.

⁷ См. более подробно: Пилипенко А. А. Деловая цель в налоговых отношениях: нормативный и научно-прикладной анализ // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2019. № 1. С. 45–51.

⁸ О мерах по реализации Указа Президента Республики Беларусь от 18 апреля 2019 г. № 151 [Электронный ресурс] : постановление Ком. гос. контроля Респ. Беларусь от 09.07.2019 № 3 // Консультант Плюс. Беларусь / ООО «Юрспектр». Минск, 2020.

го органа Российской Федерации⁹, в соответствии с которой налоговое администрирование должно осуществляться на основе принципа добросовестности, предполагающего учет законных интересов плательщиков налогов и недопустимость создания

формальных условий для взимания налогов сверх того, что требуется по закону. Доктринальным признание данной позиции стало постулирование отдельными авторами добросовестности налогового администрирования [20; 21].

Заключение

1. Критериальность добросовестности налогоплательщика в настоящее время находится в стадиях как доктринального понимания, так и потенциальной возможности закрепления в законодательстве и предопределена в первую очередь формирующейся судебной практикой.

2. Принцип добросовестности в налоговой сфере не является односторонним, так как налогоплательщик вправе требовать от налоговых органов и их должностных лиц добросовестного налогового администрирования, предполагающего учет закон-

ных интересов и ожиданий налогоплательщиков и недопустимость незаконного вмешательства в их предпринимательскую деятельность.

3. В целях обеспечения баланса интересов государства и налогоплательщиков, установления компенсационных механизмов для защиты нарушенных правомерных притязаний частных субъектов принцип добросовестности, закрепленный в налоговом законодательстве Республики Беларусь, должен быть модифицирован в контексте распространения его действия на всех участников налоговых отношений.

Библиографические ссылки

1. Карасева МВ. *Бюджетное и налоговое право России (политический аспект)*. Москва: Юристъ; 2003. 173 с.
2. Даль ВИ. *Большой толковый словарь русского языка*. Москва: АСТ; 2010. 815 с.
3. Монтескье Ш. *О духе законов. Том 1*. Матешук АВ, переводчик. Москва: Мысль; 1999. 672 с.
4. Белов ВА. *К вопросу о недобросовестности налогоплательщика: критический анализ правоприменительной практики*. Москва: Волтерс Клувер; 2006. 96 с.
5. Винницкий ДВ. *Российское налоговое право: проблемы теории и практики*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс; 2003. 397 с.
6. Стружков АС. Новое о добросовестности налогоплательщиков. *Налоговые споры: теория и практика*. 2006;9: 23–25.
7. Борисова ОВ. Добросовестность в налоговом праве: доктрина, презумпция, принцип. *Налоговые споры: теория и практика*. 2006;4:23–30.
8. Занкин ДБ. Добросовестность налогоплательщика: вопросы теории и практики. *Ваш налоговый адвокат*. 2004;3:92–99.
9. Землянская НИ. Некоторые теоретические и законодательные аспекты финансово-правовой политики Российской Федерации. *Налоги*. 2016;2:17–21.
10. Нагорная ЭН. *Налоговые споры: оценка доказательств в суде*. Москва: Юстицинформ; 2009. 528 с.
11. Попов ВВ, Тришина ЕГ. Добросовестность налогоплательщика как условие правомерного поведения при уплате налогов (вопросы правоприменения). *Налоги*. 2016;6:25–28.
12. Сериков ЮА. Правовые презумпции в решениях Конституционного Суда Российской Федерации. *Арбитражный и гражданский процесс*. 2003;4:2–5.
13. Амельчя Ю, Крук Н. Некоторые аспекты презумпции добросовестности плательщика налогов, сборов (пошлин). *Судовы веснік*. 2019;3:69–75.
14. Орлов МЮ. Правовая позиция Конституционного Суда РФ о добросовестности налогоплательщика не может быть включена в налоговое законодательство. В: Пепеляев СГ, редактор. *Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2004 года*. Москва: Волтерс Клувер; 2006. с. 94–101.
15. Щекин ДМ. Презумпция добросовестности налогоплательщика. *Ваш налоговый адвокат*. 2001;1:21–42.
16. Пашков КЮ. Понятие «добросовестный налогоплательщик» в российском налоговом праве. *Налоги и налогообложение*. 2004;10:33–36.
17. Ардашев ВЛ. Тест на добросовестность или налоговый терроризм. *Налоговые споры: теория и практика*. 2005;2:10–13.
18. Александров Д. О формировании критериев добросовестности налогоплательщика. *Судебный вестник Плюс: экономическое правосудие*. 2019;1:4–11.
19. Сасов КА. Конституционный Суд РФ и недобросовестность должностных лиц налоговых органов. *Налоговые споры: теория и практика*. 2005;9:16–20.
20. Читая РГ. Добросовестность налогового администрирования. *Налоговед*. 2018;12:6–16.
21. Шабанова ИН. К вопросу о добросовестности налоговых органов. *Налоги*. 2020;2:17–20.

References

1. Karaseva MV. *Byudzhethnoe i nalogovoe pravo Rossii (politicheskii aspekt)* [Budget and tax law of Russia (political aspect)]. Moscow: Yurist; 2003. 173 p. Russian.

⁹Определение СКЭС ВС от 03.08.2018 г. по делу № А40-93786/2017 АО «ВЭБ-лизинг» [Электронный ресурс] // Консультант-Плюс. Россия. М., 2020.

2. Dal VI. *Bol'shoi tolkovyi slovar' russkogo yazyka* [Large definition dictionary of the Russian language]. Moscow: AST; 2010. 815 p. Russian.
3. Montesquieu Ch. *De L'esprit des Loix. Tome 1*. Genève: Barrilot & Fils; 1748. 522 p. Russian edition: Montesquieu S. *O dukhe zakonov. Tom 1*. Mateshuk AV, translator. Moscow: Mysl'; 1999. 672 p.
4. Belov VA. *K voprosu o nedobrosovestnosti nalogoplatel'shchika: kriticheskii analiz pravoprimeritel'noi praktiki* [Addressing the issue of taxpayer's unfairness: a critical analysis of law enforcement practice]. Moscow: Walters Clover; 2006. 96 p. Russian.
5. Vinnitsky DV. *Rossiiskoe nalogovoe pravo: problemy teorii i praktiki* [Russian tax law: the problems of theory and practice]. Saint Petersburg: Juridicheskii tsentr Press; 2003. 397 p. Russian.
6. Struzhkov AS. [New facts about the taxpayers' good faith]. *Nalogovye spory: teoriya i praktika*. 2006;9:23–25. Russian.
7. Borisova OV. [Good faith in tax law: doctrine, presumption, principle]. *Nalogovye spory: teoriya i praktika*. 2006;4:23–30. Russian.
8. Zankin DB. [Taxpayer's good faith: the issues of theory and practice]. *Vash nalogovyi advokat*. 2004;3:92–99. Russian.
9. Zemlyanskaya NI. Certain theoretical and legislative aspects of the financial and legal policies of the Russian state. *Nalogi*. 2016;2:17–21. Russian.
10. Nagornaya EN. *Nalogovye spory: otsenka dokazatel'stv v sude* [Tax disputes: assessment of the evidence in court]. Moscow: Yustitsinform; 2009. 528 p. Russian.
11. Popov VV, Trishina EG. Fairness of a taxpayer as a condition of good behavior while paying taxes (enforcement issues). *Nalogi*. 2016;6:25–28. Russian.
12. Serikov YA. [The legal presumptions in decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation]. *Arbitrazhnyi i grazhdanskii protsess*. 2003;4:2–5. Russian.
13. Amelchenya Y, Kruk N. [Some aspects of the presumption of good faith of the payer of taxes, fees (duties)]. *Sudovy vesnik*. 2019;3:69–75. Russian.
14. Orlov MY. [The legal position of the Constitutional Court of the Russian Federation on the taxpayer's good faith cannot be included in tax legislation]. In: Pepelyaev SG, editor. *Nalogovoye pravo v resheniyakh Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii 2004 goda* [Tax law in the decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation of 2004]. Moscow: Walters Clover; 2006. p. 94–101. Russian.
15. Shchekin DM. [The presumption of taxpayer's good faith]. *Vash nalogovyi advokat*. 2001;1:21–42. Russian.
16. Pashkov KY. [The concept of «good faith taxpayer» in Russian tax law]. *Nalogi i nalogoblozheniye*. 2004;10:33–36. Russian.
17. Ardashev VL. [Integrity test or tax terrorism]. *Nalogovye spory: teoriya i praktika*. 2005;2:10–13. Russian.
18. Aleksandrov D. [On the formation of the criteria of taxpayer's good faith]. *Sudebnyy vestnik Plyus: ekonomicheskoye pravosudiye*. 2019;1:4–11. Russian.
19. Sasov KA. [The Constitutional Court of the Russian Federation and unfairness of the officials of taxing authorities]. *Nalogovye spory: teoriya i praktika*. 2005;9:16–20. Russian.
20. Chitaya RG. [Good faith of tax administration]. *Nalogoved*. 2018;12:6–16. Russian.
21. Shabanova IN. On good faith of tax authorities. *Nalogi*. 2020;2:17–20. Russian.

Статья поступила в редакцию 06.07.2020.
Received by editorial board 06.07.2020.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS

УДК 343.98

СТРАТЕГИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ КОРРУПЦИИ В БЕЛАРУСИ: ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ ИХ РЕШЕНИЯ

А. М. ХЛУС¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Рассмотрены некоторые проблемы стратегии противодействия коррупции. Высказано предположение, что для противодействия данному социальному явлению необходима разработка системной стратегии, охватывающей все направления жизнедеятельности общества и государства, реализация которой потребует длительного времени и смены нескольких поколений людей. Основные проблемы на пути к ликвидации коррупции, по мнению автора, связаны с формированием системы права и человеческого потенциала. Сделан вывод о целесообразности разработки иного нормативного определения коррупции, которое охватывало бы весь спектр коррупционных проявлений, составляющих это социальное явление и подлежащих нейтрализации посредством применения активных и пассивных мер правоохранительного воздействия. Предлагается внедрить в практику систему мер профилактического характера, ориентированных на кандидатов, претендующих на должность государственного служащего либо на повышение по службе в данной сфере.

Ключевые слова: коррупция; стратегия; противодействие коррупции; коррупционные преступления.

Образец цитирования:

Хлус АМ. Стратегические аспекты противодействия коррупции в Беларуси: проблемы и пути их решения. Журнал Белорусского государственного университета. Право. 2020;3:101-106.

For citation:

Khлus AM. Strategic aspects of countering corruption in Belarus: problems and ways of their solution. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:101–106. Russian.

Автор:

Александр Михайлович Хлус – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры криминалистики юридического факультета.

Author:

Alexander M. Khлus, PhD (law), docent; associate professor at the department of criminalistics, faculty of law. hlus.home@mail.ru

STRATEGIC ASPECTS OF COUNTERING CORRUPTION IN BELARUS: PROBLEMS AND WAYS OF THEIR SOLUTION

A. M. KHLUS^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The article discusses some problems of the anti-corruption strategy. It has been suggested that in order to counter this social phenomenon, it is necessary to develop a systemic strategy that covers all areas of the life of society and the state, the implementation of which will require a long time and the change of several generations of people. The main problems on the way to eliminating corruption, according to the author, are associated with the formation of a system of law and human potential. The author concludes that it is advisable to develop another normative definition of corruption, covering the entire spectrum of corruption manifestations that make up this social phenomenon and must be neutralised by applying active and passive measures of law enforcement. It is proposed to put into practice a system of preventive measures aimed at candidates applying for or becoming a public servant.

Keywords: corruption; strategy; anti-corruption; corruption crimes.

Введение

Для любого государства характерна коррупция, представляющая угрозу для экономического развития и безопасности страны. Данное высказывание не вызывает сомнений у большинства прогрессивных людей и воспринимается ими как аксиома. Возникнув в глубокой древности одновременно с появлением первых государств, коррупция существует до сих пор и в различной степени проявляет себя во всех современных странах. Искоренить это негативное явление, борьба с которым ведется на протяжении всей истории человечества, невозможно с помощью единичных, разрозненных и не всегда продуманных мероприятий.

В настоящее время человечество не выработало единого подхода к противодействию коррупции. Применяемые тем или иным государством меры борьбы определяются его социально-экономическим развитием. На выбор стратегии противодействия коррупции в значительной степени влияют сложившиеся в обществе культурные традиции, уровень образования населения страны и его ментальность. Меры, применяемые для борьбы с коррупцией в Азии, в меньшей степени подходят для европейских стран. И наоборот, европейская модель противодействия коррупции не годится для государств Азии.

На данном этапе сформировалось несколько стратегий противодействия коррупции, которые имеют как положительные, так и отрицательные стороны. В рамках этих стратегий осуществляемым ме-

рам свойственна как активность, так и пассивность действий (далее – активные или пассивные меры).

Активные меры противодействия реализуются в стратегии системного устранения причин и условий коррупции. О них идет речь в Национальной стратегии противодействия коррупции Российской Федерации¹. На активность антикоррупционной политики указывают мероприятия, запланированные в Российской Федерации на 2020 г., важной составляющей которых является просветительская деятельность². Законодательство Республики Беларусь также ориентировано на активную борьбу с проявлениями коррупции. Основным нормативным правовым актом в этой сфере является Закон Республики Беларусь «О борьбе с коррупцией»³.

Многие страны Азии, в том числе Китай, принимают еще более активные меры в противодействии коррупции. За отдельные виды коррупционных преступлений в КНР предусмотрена смертная казнь.

Стратегия сознательной пассивности в противодействии коррупции основывается на признании бессмысленными активных мер и осознании того, что коррупция – временное явление, которое постепенно исчезнет. К числу стран, придерживающихся такой стратегии, относятся некоторые государства азиатского региона, например, Индонезия и др.

Сочетание элементов указанных стратегий позволяет говорить о так называемой смешанной стратегии⁴.

¹Национальная стратегия противодействия коррупции (утверждена Указом Президента РФ от 13 апреля 2010 г. № 640) [Электронный ресурс]. URL: <http://kremlin.ru/supplement/565> (дата обращения: 02.06.2020).

²Противодействие коррупции в 2019–2020 году в России [Электронный ресурс]. URL: <https://vsegoda.com/protivodejstvie-korruptsii-v-2019-2020-godu-v-rossii/> (дата обращения: 02.06.2020).

³О борьбе с коррупцией : Закон Респ. Беларусь от 15 июля 2015 г. № 305-3 [Электронный ресурс]. URL: http://pravo.by/upload/docs/op/H11500305_1437598800.pdf (дата обращения: 02.06.2020).

⁴Стратегии противодействия коррупции [Электронный ресурс]. URL: <https://lektsii.org/8-51398.html> (дата обращения: 02.06.2020).

Эффективность избранной стратегии будет зависеть, по нашему мнению, от иных факторов. Их вы-

явление и краткий анализ определяют цель данного исследования.

Основная часть

Для ликвидации либо по крайней мере максимального ограничения проявлений коррупции необходима разработка системной стратегии противодействия данному социальному явлению, охватывающему практически все направления жизнедеятельности как общества, так и государства. Ее реализация не может быть ограничена несколькими годами: в данном случае потребуются многие десятилетия и смена нескольких поколений людей. Любое государство, по нашему мнению, в силах искоренить коррупцию, так как является «субъектом обеспечения национальной безопасности» [1, с. 16–21]. Необходимо только твердая, неизменяемая с течением времени политическая воля руководства страны.

На пути к достижению этой цели следует решить ряд проблем, среди которых формирование системы права и человеческого потенциала. На это же обращают внимание и другие исследователи. Например, Б. А. Жетписбаева, ссылаясь на китайского государственного деятеля XI в. Ван Ань-ши, называет два источника возникновения коррупции: «плохие законы» и «плохие люди»⁵. Проанализировав эту мысль в условиях развития современного общества, можно отметить ее близость к реальному положению вещей. Так определяется необходимость анализа действующего национального законодательства и влияния человеческого фактора на воспроизводство коррупционных отношений как составных элементов в системе противодействия коррупции.

Охватить все национальное законодательство, регулирующее вопросы противодействия коррупции, в отдельно взятой статье не представляется возможным. Обратим внимание лишь на отдельные проблемы, требующие первоочередной научной разработки и, как следствие, нормативного закрепления.

Борьба с коррупцией, которая и в настоящее время является актуальной, была провозглашена с момента возникновения суверенной Республики Беларусь. За период в четверть века было принято несколько законов о борьбе с коррупцией. На основе их анализа можно констатировать, что фактически борьба ведется не с коррупцией, а с ее проявлениями, т. е. коррупционными правонарушениями. Причем следует заметить, что речь идет не о всех их видах, а только о преступлениях. Иные проступки с коррупционной составляющей остаются вне поля зрения правоохранителей, что нередко приводит их к трансформации в криминальные деяния.

Такой подход к проблеме противодействия коррупции не способствует ее максимальной локализации с последующей ликвидацией. Содержащаяся в действующем законе о борьбе с коррупцией формулировка понятия «коррупция» преимущественно характеризует ее уголовно-правовую составляющую, но не отражает сущности данного явления.

Для коррупции свойственен широкий спектр противоправных деяний, охватываемых не только уголовным правом, но и имеющих к ней отношение «гражданско-правовых и административных деликтов, а также дисциплинарных проступков» [2, с. 77].

Коррупцию следует рассматривать как в широком, так и узком смысле. В широком смысле под «коррупцией следует понимать изменения (разрушение, деформацию) сложившихся (установленных) на основе норм морали (нравственности) и права общественных отношений, возникающих между субъектами права, от одного из которых, являющегося, как правило, должностным лицом, ожидается принятие на основе служебных полномочий решений либо совершение действий (равно ожидаемых, предполагаемых в будущем) в личных имущественных или неимущественных интересах либо в интересах другого субъекта, представляемого им юридического лица или близких ему лиц (родственников, друзей, знакомых)» [3, с. 42]. Эти деяния предусматривают разные виды юридической ответственности: «уголовную (вымогательство имущества или другой выгоды), гражданско-правовую (принятие имущества (подарков)), административную (мелкое хищение имущества путем злоупотребления служебными полномочиями), дисциплинарную (использование в личных интересах предоставленного имущества)» [4, с. 378]. Для большинства правонарушений коррупционной направленности характерно наличие общего признака: деяние совершается должностным лицом. Исключение составляют взяткодатели и посредники во взяточничестве, которые в ряде случаев не являются должностными лицами, но принимают активное участие в осуществлении коррупции как явления.

В узком смысле коррупция охватывает всю совокупность деяний, нарушающих определенные нормы уголовного права. При этом понятия «коррупция» и «коррупционное преступление» совпадают. Их следует рассматривать как «противоправные деяния (действия и бездействие), совершаемые государственными служащими (должностными лицами) и приравненными к ним законодательством лицами

⁵ Жетписбаева Б. А. Стратегия борьбы с коррупцией [Электронный ресурс]. URL: <http://docplayer.ru/84001318-Strategiya-borby-s-korrupciy.html> (дата обращения: 07.03.2020).

в личных интересах (имущественного или неимущественного характера) или в интересах иных лиц, связанные с использованием своего служебного положения и направленные на изменение (разрушение, деформацию) установленных (сформированных) на основе норм уголовного права общественных отношений (установленного в обществе и государстве порядка), а равно действия иных физических лиц, провоцирующих к таким деяниям государственных служащих (должностных лиц) и приравненных к ним законодательством лиц» [3, с. 42].

Краткий анализ понятий «коррупция» и «коррупционное преступление» позволяет сделать следующий вывод: разработка стратегии противодействия коррупции должна основываться на фундаментальном научном исследовании данного негативного явления с последующей выработкой четких, нормативно закреплённых названных выше понятий. В связи с этим требуется определить совокупность не только уголовно-правовых коррупционных деяний, но и административно-деликтных, гражданско-правовых и дисциплинарных проступков коррупционной направленности, которым необходимо противодействовать на государственном уровне.

Значимую роль в вопросе коррупции играет человеческий фактор. При этом важно рассматривать людей в данном процессе не только как участников коррупционных отношений, но также и как лиц, призванных вести активную борьбу с этим негативным явлением, которые представляют не меньший интерес.

Должностным лицам, совершающим коррупционное преступление, свойственно корыстолюбие. В его основе лежит стремление к благополучию, обеспечению лучших условий жизни для себя и (в ряде случаев) для своих близких. Это стремление характерно для любого человека, поэтому обвинять должностных лиц в наличии такого желания будет несправедливо. Достижению благополучия, как правило, способствует наличие материального достатка, формируемого как легальным, так и нелегальным способом. Легальный способ связан с получением должностным лицом заработной платы и иных законных доходов. Неудовлетворенность материальным положением в сочетании с обостренным желанием улучшить свое благополучие побуждает человека искать пути к увеличению доходов нелегальным путем, что и приводит к совершению деяний с коррупционной составляющей.

Полагаем, что в данном случае управленческий потенциал необходимо формировать в условиях строжайшего воспитания с использованием специальной научно разработанной системы, которая будет способствовать подготовке управленца нового формата. В идеале система воспитания потенциального управленца должна строиться на крайне негативном восприятии всего, что имеет связь с коррупцией, и, не менее важно, на понимании

необходимости принимать меры по недопущению (своевременному пресечению) различных проявлений коррупционных отношений. Реализовать это достаточно сложно, особенно в эпоху современного общества потребления. Но мы считаем, что решить эту проблему возможно, если будет проявлена политическая воля высших должностных лиц государства, сочетающаяся со всеобщим осознанием необходимости максимального ограничения коррупции с последующей ее ликвидацией.

Такие негативные проявления в обществе накапливаются и оставляют отпечаток на сознание современной молодежи, с малых лет наблюдающей «поборы» в детских садах, школах, гимназиях, а зачастую являющейся их участниками (посредниками). Практика «благодарить» медицинских, педагогических, социальных и иных работников за оказанные ими профессиональные услуги не формирует у подрастающего поколения понимание, что данная услуга уже оплачена за счет налогов, которые отчисляют их родители в бюджет государства, а средства из него направляются на выплату заработной платы упомянутым специалистам. В последующем на примере своих родителей молодые люди, обучаясь в вузах, нередко пытаются индивидуально или коллективно решать свои проблемы аналогичным образом. Так, например, проведение зачета или экзамена может сопровождаться преподнесением подарка преподавателю, а это опыт (может быть, и не первый) установления коррупционных отношений. Можно предположить дальнейшее развитие событий, когда молодой человек с опытом участия в коррупционных отношениях либо их стороннего восприятия после окончания учебного заведения приходит на службу в государственный орган или организацию на определенную должность. Догадаться о возможных последствиях такого опыта несложно. Спровоцировать молодого человека на коррупционные действия могут и иные обстоятельства. Отдельные из них возникают в зависимости от уровня экономического развития общества. Низкая заработная плата работника, имеющего высшее образование, занимающего должность в государственном органе (организации), воспринимается им как оскорбление. А оскорбленный человек – и это неоспоримый факт – готов совершать поступки, противоречащие здравому смыслу и интересам государства. Еще одним обстоятельством являются условия, сложившиеся непосредственно в конкретном государственном органе (организации), куда на службу приходит новое поколение управленцев. Здесь достаточно вспомнить высказывание М. Мошковиц о том, что «даже очень нехороший чиновник, чья деятельность ограничена хорошо продуманными жесткими рамками, будет вести себя вполне достойно. И, в свою очередь, человек вроде бы приличный (но слабый, как и все мы) при попадании в соответствующую среду быстро научит-

ся действовать по ее негласным правилам» [5, с. 4]. Следовательно, напрашивается вывод, что не «люди плохие», таковыми их «делают» условия, в которых они оказываются.

В связи с этим ограничению проявлений коррупционных отношений (правонарушений) будет способствовать нормативная регламентация правил, согласно которым реализация субъективных прав граждан допускается при условии отсутствия непосредственного контакта с уполномоченным должностным лицом, принимающим решение в их интересах.

Стратегия противодействия коррупции должна отражать систему мер профилактического характера, ориентированных на кандидатов, претендующих на должность государственного служащего либо повышение по службе в данной сфере. В целях противодействия коррупции могут применяться как активные, так и пассивные меры.

Активные меры связаны с действиями, которые охватывают различные стороны жизнедеятельности человека, представляющие интерес с точки зрения информации о его способности адекватно реагировать в условиях коррупционных рисков и готовности противостоять проявлениям коррупционного характера. К числу активных мер можно отнести следующие.

Во-первых, проверку претендентов на государственную должность или повышение по службе в данной сфере. Эта проверка должна быть всесторонней, охватывающей различные направления жизнедеятельности человека. Должностных лиц можно направлять «на проверку на полиграфе (детектор лжи) в целях выявления незаконной деятельности (что должно быть указано в трудовом контракте) и по итогам проверки принимать решение о пребывании в должности» [6, с. 63]. Такая проверка в настоящее время применяется во многих, но не во всех государственных органах. Данную практику нельзя считать правильной. Предварительная, а затем последующая проверки на полиграфе должны осуществляться для всего управленческого аппарата и распространяться на всех государственных служащих вне зависимости от их должностного положения. Это должно иметь нормативную правовую регламентацию.

Во-вторых, сбор информации об уровне жизни и собственности кандидата, претендующего на должность государственного служащего либо повышение по службе в данной сфере. При этом важным моментом является обоснование законности происхождения его имущества, находящегося в частной собственности. Установление несоответствия уровня дохода чиновника его текущим расходам служит основанием для проведения специальной

проверки, по результатам которой служащему официально выражается недоверие вплоть до увольнения. Также предлагается в отношении кандидата на государственную службу принимать решение о его несоответствии требованиям, предъявляемым к служащему, и об отказе в приеме на службу.

В-третьих, проведение специальных операций (оперативной разработки) в отношении чиновников различного уровня, преимущественно высокого ранга. О возможности проведения такой операции чиновника уведомляют при приеме на службу, и он должен подписывать соответствующий документ. Осознание того, что в любой момент в отношении него может быть проведена специальная операция, будет эффективным фактором, сдерживающим государственного служащего от совершения коррупционных деяний.

Активные меры не исчерпываются перечисленными. Возможна разработка и иных, которые в сочетании с ограничениями, предусмотренными ст. 22 Закона Республики Беларусь «О государственной службе в Республике Беларусь»⁶, создадут барьер на пути возникновения коррупционных отношений.

Существенная роль отводится пассивным мерам противодействия коррупции. Среди них особого внимания заслуживает «внедрение правил корпоративной этики, основанных на групповой ответственности государственных служащих за коррупционное поведение» [7, с. 93].

Следует уделить внимание и тем лицам, которые призваны принимать всевозможные меры, направленные на борьбу с коррупцией. От их «кристальной чистоты» зависит не только количество выявленных коррупционных правонарушений, раскрытых и расследованных уголовных дел, но также качество и объективность выполненной работы. Ранее мы отметили, что для искоренения коррупции необходима политическая воля высшего руководства страны. Но не менее важным является оперативное и адекватное реагирование не только на факты конкретных коррупционных деяний, но и на необходимость устранять коррупционные риски. Полагаем необходимым нацелить представителей государственных органов (например, работников службы безопасности) на объективное и своевременное реагирование на информацию, предоставляемую гражданами о коррупционных проявлениях либо их потенциальной возможности.

Разрабатывая стратегию борьбы с коррупцией, следует обратить внимание на научный потенциал. Тенденцией развития современных наук является их интеграционное взаимодействие. Для наук уголовно-правового цикла характерна направленность на развитие междисциплинарной интеграции. От-

⁶О государственной службе в Республике Беларусь : Закон Респ. Беларусь от 14 июня 2003 г. № 204-З [Электронный ресурс]. URL: <http://pravo.by/document/?guid=3871&p0=h10300204> (дата обращения: 02.06.2020).

правной точкой в интеграционном процессе таких наук, как уголовное право и криминалистика, является унификация научных понятий их отдельных категорий. Считаем, что в настоящее время назрела необходимость выработать единое понимание мно-

гих ключевых научных категорий, характеризующих объект исследования – преступление. Помимо прочего, это будет способствовать повышению эффективности борьбы с преступлениями коррупционной направленности и с коррупцией в целом.

Заключение

Подводя итог вышеизложенному, можно сделать следующие выводы:

1) реализация стратегии противодействия коррупции должна основываться на объективном нормативном определении понятия «коррупция», охватывающем весь спектр проявлений, составляющих это социальное явление;

2) каждая негативная составляющая такого явления, как коррупция, должна обязательно подлежать нейтрализации посредством комплексного применения активных и пассивных мер правоохранительного воздействия;

3) необходима система мер профилактического характера, ориентированных на кандидатов, претендующих на должность государственного служащего либо повышение по службе в данной сфере;

4) кадровый состав, призванный осуществлять непосредственную борьбу с коррупцией, должен обладать высокими морально-нравственными качествами, обеспечивающими функциональную устойчивость в условиях коррупционных рисков;

5) необходимо создать научную основу для разработки эффективных стратегических мер противодействия коррупции.

Библиографические ссылки

1. Куковский АА. Государство как основной субъект обеспечения национальной безопасности: механизм реализации. *Вестник ЮУрГУ. Серия: Право*. 2012;29:16–21.
2. Хлус АМ. Криминалистические методы выявления правонарушений, создающих условия для коррупции. В: Дулов АВ, редактор. *Вопросы криминологии, криминалистики и судебной экспертизы. Выпуск 1*. Минск: Право и экономика; 2013. с. 75–80.
3. Хлус АМ. Развитие представлений о коррупции на международном уровне и в Республике Беларусь. *Вестник Карагандинского государственного университета. Серия «Право»*. 2017;4:34–46.
4. Хлус АМ. Коррупционные преступления: понятие и меры криминалистического противодействия. В: Тарасов ВА, составитель. *Пенитенциарная система и общество: опыт взаимодействия: сборник материалов IV Международной научно-практической конференции; 4–6 апреля 2017 г.; Пермь, Россия*. Пермь: Пермский институт ФСИН России; 2017. с. 376–380.
5. Мошкович М. В поисках гена коррупции. *ЭЖ-Юрист*. 2009;10:4–6.
6. Василевич ГА. *Противодействие коррупции*. Минск: Право и экономика; 2015. 136 с.
7. Дорофеев ИН, Латов ЮВ. Стратегические аспекты противодействия коррупции: опыт зарубежных стран и российские перспективы. *Труды Академии управления МВД России*. 2011;1:90–95.

References

1. Kukovskii AA. [The state as the main subject of ensuring national security: implementation mechanism]. *Bulletin of the South Ural State University. Series: Law*. 2012;29:16–21. Russian.
2. Khlus AM. [Forensic methods for identifying offenses that create the conditions for corruption]. In: Dulov AV, editor. *Voprosy kriminologii, kriminalistiki i sudebnoi ekspertizy. Vypusk 1* [Questions of criminology, forensic science and forensic examination. Issue 1]. Minsk: Pravo i ekonomika; 2013. p. 75–80. Russian.
3. Khlus AM. [Development of ideas about corruption at the international level and in the Republic of Belarus]. *Bulletin of the Karaganda university. Law series*. 2017;4:34–46. Russian.
4. Khlus AM. [Corruption crimes: the concept and measures of criminalistic counteraction]. In: Tarasov VA, compiler. *Penitentsiarnaya sistema i obshchestvo: opyt vzaimodeistviya: sbornik materialov IV Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii; 4–6 aprelya 2017 g.; Perm', Rossiya* [Penitentiary system and society: interaction experience: collection of materials of 4th International scientific-practical conference; 2017 April 4–6; Perm, Russia]. Perm: Permskii institut FSIN Rossii; 2017. p. 376–380. Russian.
5. Moshkovich M. [In search of the gene for corruption]. *EZh-Yurist*. 2009;10:4–6. Russian.
6. Vasilevich GA. *Protivodeistvie korruptsii* [Anti-corruption]. Minsk: Pravo i ekonomika; 2015. 136 p. Russian.
7. Dorofeev IN, Latov YuV. [Strategic aspects of the fight against corruption: the experience of foreign countries and Russian prospects]. *Trudy Akademii upravleniya MVD Rossii*. 2011;1:90–95. Russian.

Статья поступила в редколлегию 15.06.2020.
Received by editorial board 15.06.2020.

УДК 343.241

ОБУСЛОВЛЕННОСТЬ ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ УГОЛОВНОЙ НАКАЗУЕМОСТИ: РЕТРОСПЕКТИВНЫЙ ОПЫТ ФОРМИРОВАНИЯ НАЦИОНАЛЬНОГО УГОЛОВНОГО КОДЕКСА И НОВЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ИЗМЕРЕНИЯ

А. В. ШИДЛОВСКИЙ¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Исследуются особенности пенализации и депенализации в белорусской уголовно-правовой политике, рассматривается природа дифференциации уголовной наказуемости деяний в дискурсе плюрализма научных методологий. Раскрываются основания распределения наказуемости в уголовном законе. Обосновывается авторское видение системы критериев обусловленности дифференциации уголовной наказуемости деяний на основе аксиологической и антропологической методологии в сочетании с материалистическим и конструктивистским мировоззренческими подходами. Доказывается существование четырехуровневой системы дифференцирующих критериев оценки дозирования законодателем наказания в новом измерении значимости подвергаемых охране социальных ценностей и интересов.

Ключевые слова: дифференциация уголовной наказуемости; критерии обусловленности; криминализация; декриминализация; пенализация; депенализация.

CONDITIONALITY OF DIFFERENTIATION OF CRIMINAL PUNISHABILITY: RETROSPECTIVE EXPERIENCE IN FORMATION OF THE NATIONAL CRIMINAL CODE AND NEW LEGISLATIVE DIMENSIONS

A. V. SHIDLOVSKY^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The author examines the features of penalisation and depenalisation in the Belarusian criminal law policy, the author considers the nature of differentiation of criminal punishability of acts in the discourse of pluralism of scientific methodologies. The grounds for the distribution of criminal punishability in the criminal law are revealed. The author's vision of the system of criteria of conditionality of differentiation of criminal punishability of acts on the basis of axiological and anthropological methodology in combination with materialistic and constructivist worldview approaches is substantiated. The author proves the existence of a four-level system of differentiating criteria for evaluating the dosage of punishment by the legislator in a new dimension of the significance of social values and interests being protected.

Keywords: differentiation of criminal punishability; criteria of conditionality; criminalisation; decriminalisation; penalisation; depenalisation.

Образец цитирования:

Шидловский АВ. Обусловленность дифференциации уголовной наказуемости: ретроспективный опыт формирования национального уголовного кодекса и новые законодательные измерения. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:107–119.

For citation:

Shidlovsky AV. Conditionality of differentiation of criminal punishability: retrospective experience in formation of the national criminal code and new legislative dimensions. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:107–119. Russian.

Автор:

Андрей Викторович Шидловский – кандидат юридических наук, доцент; первый заместитель директора Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции.

Author:

Andrey V. Shidlovsky, PhD (law), docent; first deputy director of the Institute for Retraining and Advanced Training of Judges, Employees of the Prosecutor's Office, Courts and Justice Institutions.
shidlovsky_a@mail.ru

Введение

Рациональная и справедливая дифференциация уголовной наказуемости преступных деяний в Уголовном кодексе Республики Беларусь (УК) имеет большое общепредупредительное и профилактическое значение. В процессе осуществления пенализации (депенализации) в настоящее время назрела необходимость учитывать результаты обобщения всего массива норм, регулирующих вопросы уголовной противоправности и наказуемости деяний, и практики их применения на основе адекватной социальной, уголовно-политической, криминологической и уголовно-правовой комплексной оценки.

Нельзя сказать, что система Особенной части УК 1999 г. безукоризненна и лишена изъянов. Об этом свидетельствуют следующие факты. За 20-летнюю правоприменительную его историю было принято 73 закона о внесении изменений и дополнений в действующий УК и одно Заключение Конституционного Суда Республики Беларусь¹. Всего в уголовный закон внесены более 2000 поправок и различного рода новшеств. Частота внесения изменений в УК не может не настораживать и свидетельствует об утрате должной его системности как необходимого условия эффективного применения уголовного закона. Для иллюстрации приведем несколько примеров, касающихся неоправданных преобразований в системе Особенной части УК.

Первая редакция Особенной части УК 1999 г. насчитывала 344 уголовно-правовых запрета, предусмотренных в отдельных статьях². В настоящее время число запретов преступного поведения возросло до 362, и это, заметим, с учетом параллельно осуществляемой законодателем декриминализации ряда деяний. За этот период из УК было исключено 20 составов преступлений и введено 38 новых уголовно-правовых запретов. Итак, за 20 лет действия УК формула изменений норм-запретов в системе его Особенной части выглядит следующим образом: $(344 - 20) + 38 = 362$ (очевидное соотношение 1:2 в пользу криминализации деяний).

Значение Особенной части уголовного права для процесса пенализации и депенализации состоит главным образом в обеспечении законности и социальной справедливости применения мер уголовной ответственности.

Детерминация процессов (де)пенализации – это одна из сложнейших и не разрешенных до настоящего времени социально-правовых проблем. Здесь нет единства мнений ни в доктрине, ни в законотворческом процессе, ни в правоприменении.

Исследованию вопросов социального и криминологического обоснования и применения конкретных методологий на этапе законодательной дифференциации наказаний – установления соответствующего объема запрета общественно опасного деяния в санкциях Особенной части УК – в отечественной пенологии внимание вовсе не уделялось. Вместе с тем социальное и криминологическое объяснение и выявление природы пенализации (депенализации) с позиций аксиологических методологических подходов к пониманию ценностей, принимаемых в обществе, крайне актуально.

Дифференциация уголовной наказуемости тесно связана с пенализацией и выступает ее уголовно-политическим методом. Иначе говоря, метод дифференциации уголовной ответственности (наказуемости), как верно отметила Н. А. Лопашенко, «вырабатывает пути неодинакового... применения [наказания] в зависимости от наличия – отсутствия различных обстоятельств» [1, с. 189]. Дифференциацию уголовной наказуемости мы рассматриваем как центральный сегмент в распределении уголовной ответственности. Пенализация же, кроме механизма распределения (перераспределения) элементов карательного воздействия за предусмотренные в уголовном законе деяния, предполагает установление новой наказуемости как результата вводимого законодателем уголовно-правового запрета.

В доктрине уголовного права и криминологии чаще говорят о критериях и основаниях криминализации и декриминализации, а пенализация и депенализация чаще рассматриваются как явления производные. Действительно, вне сомнений, что криминализация и пенализация есть явления взаимосвязанные. Однако их основания и критерии не следует смешивать в силу наличия определенных особенностей в наборе детерминирующего комплекса этих явлений. Криминализация есть констатация в законе уголовной противоправности деяния и, как следствие, факта его наказуемости. Иными словами, криминализация – это процесс установления (создания) системы преступности, декриминализация – процесс исключения элементов из системы преступности. Пенализация – это определение конкретного содержания и пределов уголовной наказуемости на основе детерминирующего комплекса социальных критериев, о чем мы будем говорить позже.

Под основанием уголовно-правового запрета (криминализации) А. Г. Безверхов понимает «те

¹Уголовный кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 2 июня 1999 г. : одобр. Советом Респ. 24 июня 1999 г. : в ред. Закона Респ. Беларусь от 11 нояб. 2019 г. № 253-3 // ЭТАЛОН – Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2020.

²См.: Уголовный кодекс Республики Беларусь [официальное издание] : принят Палатой представителей 2 июня 1999 г., одобр. Советом Респ. Нац. Собр. Респ. Беларусь 24 июня 1999 г. / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 1999. 214 с.

явления и процессы, которые порождают потребность общества в уголовно-правовой охране наиболее важных социальных отношений и вызывают необходимость принятия, изменения или отмены уголовно-правовых норм, регулирующих эти отношения; <...> это то, что определяет или устраняет уголовную противоправность конкретных форм социального поведения» [2, с. 33]. Основание криминализации деяния определяет основание его пенализации. Следовательно, основанием для «дозирования» уголовной наказуемости (пенализации) является общественная опасность, заключающаяся в таких формах социального негативного поведения, причиняющих существенный вред (создающих угрозу его причинения) принятым в обществе социальным ценностям.

Основания и критерии обусловленности дифференциации уголовной наказуемости выступают

фундаментом всей теории пенализации деяний. Единое основание и вся система критериев, обуславливающих распределение в уголовном законе уголовной репрессии, следует оценивать в измерении ценностной парадигмы значимости подвергаемых охране социальных ценностей и интересов, отражающихся в определенных общественных отношениях.

Таким образом, можно сказать, пенализация есть правовое мерило криминализации. Пенализация как правовое явление относится к сегменту уголовно-правовой политики государства. Наиболее широкой сферой практической пенализации является законодательная и судебная практика. Рассмотрим некоторые аспекты пенализации и депенализации с применением метода дифференциации уголовной наказуемости в белорусском уголовном законодательстве.

Основная часть

Во всех цивилизациях наказуемость определялась в уголовно-правовых нормах в зависимости от значимости или степени важности той или иной ценности. Однако история показывает, что общество по-разному подходило к аксиологической оценке одних и тех же норм и, как следствие, к правовой охране за их нарушение [3, с. 767–768]. Поэтому шкала охраняемых государством ценностей отражается непосредственно в самом процессе пенализации. Иными словами, она реализуется в придании преступному деянию уголовной наказуемости в его карательной характеристике.

На различных этапах развития отечественного уголовного законодательства государство по-разному подходило к установлению системы уголовных наказаний, реализуя актуальные задачи и цели уголовной политики.

Истории уголовного законодательства известны случаи моделирования УК без Особенной части, т. е. без границ преступного поведения (перечня преступлений) и без «дозирования» наказуемости за общественно опасные деяния. В 1930 г. в Институте советского строительства и права был подготовлен проект УК СССР под руководством Н. В. Крыленко. Предлагаемый закон содержал только Общую часть, где определялись общие понятия (преступление, вина), примерный перечень преступлений (точнее – их названия) и такой же перечень наказаний. Основным признаком преступления предполагалась общественная (социальная) опасность или вредность (содержание законопроекта основывалось на принципе ответственности за «опасное состояние») [4, с. 723]. Разработчики проекта нового УК исходили из того, что все варианты преступного поведения учесть невозможно, поэтому достаточно было факта признания судом деяния общественно вредным. Так, Н. В. Крыленко, называя проект та-

кого Уголовного кодекса «кодексом без Особенной части и без дозировки», утверждал, что «уголовный закон должен дать в руки судьи-пролетария ориентировочный перечень преступлений... ориентировочный перечень мероприятий... и совокупность методических указаний, как подходить к каждому конкретному преступнику» [4, с. 723]. Надо отметить, что подобный подход имел в определенных кругах теоретическую поддержку (Е. Пашуканис, М. Климов, Я. Берман, С. Булатов, П. Кузьмин, А. Эстрин) [4, с. 723–724]. Позже, в 1937 г., Н. В. Крыленко признал теоретическую ошибочность своих взглядов [4, с. 723; 5, с. 586–587].

Приведенный подход имел очевидные для карательной практики государства риски, так как фактически допускал возможность «подогнать» любую схожую ситуацию под название соответствующего вида преступления, т. е. аналогию закона. И только с 1958 г. в отечественном уголовном праве от применения норм по аналогии отказались [5, с. 597; 6, с. 209].

Заметим, что в Уголовном кодексе БССР 1960 г. акценты были иными: вначале закон ставил под охрану государственные интересы (например, Особенную часть открывала глава 6 «Государственные преступления»), затем ставились под охрану коллективные интересы социалистического общества (глава 7 «Преступления против социалистической собственности») и только потом определялась защита частных интересов человека (глава 8 «Преступления против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности», глава 9 «Преступления против политических, трудовых, жилищных и иных прав граждан», глава 10 «Преступления против личной собственности граждан» и т. д.) [7].

В основе формирования составов преступлений и, соответственно, наказуемости, а также правовых

норм Общей части уголовного законодательства заложена шкала наиболее значимых для общества ценностей, которые взяты государством под особую охрану. В уголовном праве в этом случае традиционно стали говорить об объектах уголовно-правовой охраны.

Особенная часть УК включает в себя 10 разделов и 22 главы. Разделы и главы в УК 1999 г. размещены с учетом расстановки приоритетов уголовно-правовой охраны ценностей в современном белорусском обществе: *человечество – человек – общество – государство*. Особенная часть уголовного закона начинается разделами «Преступления против мира, безопасности человечества и военные преступления», «Преступления против человека» и завершается посягательствами против государства, порядка управления, правосудия и интересов службы, а также против военной службы.

Необходимо также заметить, что законодательная дифференциация уголовной наказуемости проведена и в системе норм Общей части УК – в институтах назначения наказания, применения иных мер уголовной ответственности, освобождения от наказания и от уголовной ответственности.

Попытки законодателя установить уголовную ответственность путем конструирования большого количества специальных уголовно-правовых норм при наличии в УК общих составов, охватывающих соответствующие деяния, указывают на бессистемный и необоснованный процесс криминализации с целью заполнить новыми уголовно-правовыми запретами мнимые пробелы в законе. Как верно заметил А. В. Наумов, такая ситуация «ставит практических работников уголовной юстиции подчас в трудное положение и также не способствует эффективному применению уголовного закона...» [6, с. 572].

Приведем пример. При наличии общих уголовно-правовых норм о создании преступной организации либо участия в ней (ст. 285 УК), о создании незаконного вооруженного формирования (ст. 287 УК), об акте терроризма (ст. 289 УК) законодатель в 2014 г. включил серию из 5 новых специальных составов» (ст. 290-1 УК «Финансирование террористической деятельности», ст. 290-2 УК «Содействие террористической деятельности», ст. 290-3 УК «Прохождение обучения или иной подготовки для участия в террористической деятельности», ст. 290-4 УК «Создание организации для осуществления террористической деятельности либо участие в ней», ст. 290-5 УК «Организация деятельности террористической организации и участие в деятельности такой организации»), которые вполне охватываются при квалификации таких деяний упомянутыми выше запретами с учетом положений Общей части УК о соучастии, предварительной преступной деятельности и т. д.

В части пенализации этих посягательств обнаруживается определенная бессистемность. Так, новая уголовно-правовая норма, предусматривающая

ответственность за организацию деятельности террористической организации и участие в деятельности такой организации (ст. 290-5 УК), казалось бы, должна быть направлена на усиление наказуемости (по сравнению с общей нормой ст. 285 УК «Создание преступной организации либо участие в ней», где в санкции по ч. 1 установлено *лишение свободы на срок от 5 до 13 лет* со штрафом или без штрафа), но почему-то она смягчает наказание: в ч. 1 санкция определяет *лишение свободы на срок от 8 до 12 лет со штрафом*, закрепляет в примечании отдельную стимулирующую норму об освобождении от уголовной ответственности для участников террористической организации, добровольно прекративших свою деятельность в ней. Для последнего примечания-нововведения вспомним о существовании общей нормы, регламентирующей в ст. 20 УК условия освобождения от уголовной ответственности участника преступной организации или банды, которая является универсальной и вполне подходит для такого рода случаев.

В уголовно-правовой доктрине российский исследователь А. И. Коробеев справедливо отмечает, что «процессу криминализации новых форм общественно опасного поведения должен соответствовать процесс декриминализации деяний, утративших ту степень общественной опасности, которая позволяла рассматривать их в качестве преступлений...», а ряд деяний с небольшой общественной опасностью «совершенно безболезненно могли бы быть переведены из категории преступлений в разряд административных проступков» [8, с. 11]. Автор приводит удачную ремарку к случаям «псевдопреступлений», когда «правоохранительные органы вынуждены “стрелять из пушек по воробьям”» [8, с. 12].

Меры правового воздействия в части юридической ответственности должны отвечать реальной степени опасности совершаемых правонарушений. Всесторонне взвешенная, обусловленная социальными, криминологическими и иными факторами, дифференциация юридической ответственности в целом по всем правонарушениям обеспечивает «разгрузку» уголовного законодательства и защиту прав и законных интересов человека, общества, государства. В связи с этим важно провести анализ процессов криминализации и пенализации по тем сегментам УК, где появилась серия новых псевдопреступлений (квазипреступлений), которые, по существу, являются дроблением одного общего преступления на несколько деяний с оформлением их в специальных нормах (например, ст. 290-1–290-5 УК).

Следует согласиться и с тем, что необходимость расширить сферу уголовной ответственности обусловлена рядом причин, в числе которых и появление новых общественных отношений, нуждающихся в уголовно-правовой охране, или новых общественно опасных деяний, требующих уголовно-пра-

новой реакции со стороны государства. Так, в современной доктрине стали говорить об актуальной перспективе установления уголовной ответственности за такие деяния, как клонирование людей (область медицины), модификация поведения (область психиатрии), нарушения в космической сфере и т. д. [8, с. 10, 13].

Как видим, правотворческий опыт в сфере уголовного законодательства показывает, что законодатель не всегда заботится о стабильности УК, превращая его в инструмент для решения текущих социально-экономических вопросов и ведомственных интересов, порой забывая о важности социальных и криминологических оснований создания уголовно-правовых норм.

Рассматривая критерии установления уголовной наказуемости в санкциях статей Особенной части УК, обратимся к диссертационному исследованию российского ученого А. Д. Нечаева, который предлагает по-новому и концептуально пересмотреть процессы криминализации (декриминализации) и пенализации (депенализации) в уголовном праве. Автор выделил два этапа (де)криминализации деяния: «этап определения необходимости в уголовно-правовом запрете (дейнджеризация деяния, то есть процесс и результат признания общественной опасности деяния) и этап определения его достаточности (адекватизация запрета, то есть процесс и результат признания уголовно-правового запрета в отношении такого деяния адекватным существующей системе общественных отношений)» [9, с. 199–200]. На этапе адекватизации запрета деяния в качестве принципов (де)криминализации А. Д. Нечаев предлагает использовать «принцип осуществимости уголовно-правового воздействия, принцип процедурной и процессуальной осуществимости, принцип соразмерности последствий криминализации и альтернативных средств регулирования и охраны» [9, с. 199–200]. Собственно, адекватизация запрета, по его мнению, охватывает три стадии: «...определение инструментальной способности уголовного права и системы уголовной юстиции противодействовать причинению вреда посредством запрещения заданного типа поведения; проверка инструментальной способности альтернативных средств предотвращать вред; оценка социальной затратности уголовно-правовых и альтернативных средств» [9, с. 161–197].

С определенной долей условности можно согласиться с автором в том, что, по сути, криминализация (в широком смысле) охватывает пенализацию, а последняя представляет собой финальный этап криминализации – определение адекватизации запрета существующей системе ценностей. В литературе подход к пониманию криминализации в широком значении, предполагающем включение таких составных элементов, как декриминализация, пенализация и депенализация, надо признать,

пользуется среди специалистов популярностью [10, с. 17–18; 9, с. 24].

Оценивая систему запретов, отраженную законодателем в санкциях белорусского УК, на предмет правоограничительно-устрашающей способности наказаний, возможности альтернативных средств предотвращать вред, степени их социально-экономической затратности в соотношении с уголовно-правовыми средствами, можно с уверенностью сказать, что сегодня она нуждается в концептуальном пересмотре.

Если посмотреть на пределы санкций статей Особенной части УК с позиции соотношения характера и степени общественной опасности различных видов преступлений, то очевидно нарушение баланса внутри системы санкционного обеспечения преступлений. Некоторые хищения, организованные группой лиц либо совершенные в особо крупном размере, не связанные с применением насилия (например, ч. 4 ст. 206, ч. 4 ст. 210, ч. 4 ст. 212 УК), наказываются лишением свободы соответственно на срок от 5 до 13, от 5 до 12, от 6 до 15 лет. В то время как убийство без отягчающих обстоятельств (ч. 1 ст. 139 УК) наказывается лишением свободы на срок от 6 до 15 лет, бандитизм (ст. 286 УК) – лишением свободы на срок от 5 до 15 лет, захват заложника при наличии квалифицирующих обстоятельств (ч. 2 ст. 291 УК) – лишением свободы на срок от 6 до 12 лет, измена государству (ст. 356 УК) – лишением свободы на срок от 7 до 15 лет и т. д. Критерии законодательной оценки степени тяжести преступлений четко не выработаны, что требует серьезного научного изучения и прежде всего продуманного, сбалансированного подхода к установлению минимальных и максимальных границ санкций в статьях Особенной части УК [11, с. 75–79].

В науке уголовного права доказывается, что «широкие санкции не способствуют единообразию судебной практики... поскольку позволяют назначать различные наказания за сходные преступления при сходных же данных о личности виновного» и что «...именно судьи испытывают серьезные затруднения в процессе выбора конкретной меры наказания подсудимому при отсутствии более или менее ясных ориентиров, данных законодателем ...» [12, с. 240–241].

Представляется, что широта санкции в законе должна зависеть от категории преступления, основанной на характере и степени опасности, заключенной в причинении вреда признанному обществом благу (ценности). Как правило, чем менее опасно преступление, тем больший выбор наказаний для виновного должна содержать санкция статьи УК. Что касается единообразия судебной практики, отметим, что закон должен ориентировать судебную практику не на одинаковые наказания за сходные преступления, а обеспечивать единый подход в применении критериев определения мер наказаний.

Думается, преждевременно говорить о справедливости назначения меры наказания только с позиции формального уменьшения или увеличения законодателем пределов санкций без учета всех критериев принципа индивидуализации (в том числе характеристик личности виновного), иных принципов назначения наказания и целей уголовной ответственности [11, с. 75–79].

Наличие в ряде санкций, установленных в статьях Особенной части УК Беларуси за особо тяжкие преступления, сопряженные с умышленным посягательством на жизнь человека (например, ч. 2 ст. 139 УК), трех альтернативных видов основных наказаний – лишения свободы на срок от 8 до 25 лет (с самым широким диапазоном для усмотрения суда – 17 лет!), пожизненного заключения и смертной казни – не препятствует формированию единообразной судебной практики. Напротив, как показывает практика применения санкции ч. 2 ст. 139 УК за последние несколько лет в республике, единообразие в карательном подходе правосудия здесь достигает наибольшего результата в сравнении с карательной практикой по другим преступлениям.

Остановимся на выяснении социальной, уголовно-политической, криминологической и уголовно-правовой обусловленности природы дифференциации уголовной наказуемости как метода осуществления пенализации (депенализации) и ее функциональном влиянии в законодательном процессе на определение пределов и содержания санкций статей Особенной части УК.

Вначале выдвинем нашу идею и ее право на возможное практическое признание, прежде всего законодательное и судебное, и далее попытаемся доказать ее состоятельность.

Итак, по нашему убеждению, основания дифференцирующей пенализации (законодательной и судебной) обусловлены социальными, уголовно-политическими, криминологическими и уголовно-правовыми факторами. В сущности, они и образуют систему критериев, обуславливающих дифференциацию уголовной наказуемости. Раскроем некоторые аспекты смыслового значения указанных групповых элементов данной системы подробнее.

В этом плане нам более предметно доказывает свою позицию в докторской диссертации Е. В. Рогова, рассматривая наличие у законодателя полной и объективной информации о преступности в качестве условия эффективного процесса дифференциации уголовной ответственности [13, с. 19]. Так, упомянутый автор разрабатывает *систему критериев социальной и криминологической обусловленности дифференциации уголовной ответственности*, к которой относит количественную и качественную характеристику преступности, показателями которой выступают состояние, динамика, уровень и структура преступности, а также ее обоснованный криминологический прогноз; свойства личности преступ-

ника (социально-демографические характеристики, устойчивость антисоциальной направленности); соответствие основополагающим принципам уголовного права (законность, справедливость, равенство граждан перед законом, гуманизм); соответствие правосознанию населения, отражающему представление большинства граждан о положительных и отрицательных формах поведения, их общественной опасности и необходимости установления за их совершение уголовной ответственности с последующей ее дифференциацией [13, с. 19–20]. В качестве самих критериев дифференциации уголовной ответственности российский ученый называет характер и степень общественной опасности деяния, личность виновного и форму вины [13, с. 21]. Автор правильно, на наш взгляд, разделяет уголовно-правовые критерии дифференциации уголовной ответственности и критерии социальной, криминологической ее обусловленности.

Мы согласны с тем, что свойства личности преступника (его образ, криминальный портрет лица) – это самостоятельный критерий криминологической обусловленности дифференциации уголовной ответственности, который должен влиять на определение законодателем допустимых вариантов разрешения уголовно-правового конфликта. Однако когда речь идет об учете свойств личности виновного, то следует иметь в виду аспекты индивидуализации наказания или соответствующей иной меры уголовной ответственности по конкретному уголовному делу. Личность виновного есть уголовно-правовая категория и, по нашему мнению, критерий индивидуализации наказания (уголовной ответственности), на что также прямо указывает законодатель в ч. 1 ст. 62, ч. 1 ст. 77, ч. 1 ст. 78, ст. 79 УК. Данные о личности виновного, таким образом, детерминируют практическую составляющую (де)пенализации: в законодательном процессе выступают средством дифференциации уголовной наказуемости (ответственности) в статьях и частях Особенной части УК (например, признаки судимости, повторности, административной преюдиции); в судебной практике являются критерием индивидуализации меры наказания (ответственности).

В последние десятилетия криминологическую информацию о преступности (состоянии, динамике, уровне, структуре) правоохранные органы обобщают и фиксируют максимально развернуто и открыто (в том числе посредством публикации в СМИ). В практической работе правоохранительных органов и теоретических исследованиях научно-образовательных учреждений всегда особое значение придается выявлению и изучению причин и условий, способствовавших совершению общественно опасных деяний. Однако эффективность дифференциации норм об уголовной ответственности от указанных факторов, увы, не только не повысилась. В отдельных случаях она, наоборот, указы-

вает на явную бессистемность и законодательные диспропорции в процессе пенализации (депенализации). Выходит, что при разработке проекта УК эти криминологические факторы не выступали в качестве базовых (непосредственных) оснований (критериев) криминологической обоснованности дифференциации уголовной ответственности. Приведем несколько фактов, доказывающих этот вывод.

Ряд составов преступлений, предусмотренных в действующем УК 1999 г., за 20 лет его действия не имеют вообще ни одного применения. Особенно это касается преступлений против мира, безопасности человечества, военных преступлений (главы 17, 18 раздела VI УК). Криминологическая информация о причинах и условиях совершения этих преступлений, о состоянии, динамике, уровне, структуре данного типа преступности в Республике Беларусь вообще отсутствует. Однако дифференциация уголовной наказуемости в УК (ни до его принятия, ни после) не пострадала от отсутствия подобной информации, и надо признать ее вполне рациональной и адекватной с точки зрения общественной опасности таких посягательств в практике мирового масштаба.

Следует согласиться с мнением И. М. Клейменова, что «преступность является одним из признаков и последствий криминализации», а криминализация «способствует эволюции преступности...» [14, с. 120]. В этом контексте сама криминализация, и, следовательно, пенализация выступают факторами, обуславливающими состояние, динамику, уровень и структуру преступности.

Представляется, что для признания количественных и качественных параметров преступности в качестве непосредственного критерия криминологической обусловленности норм, дифференцирующих уголовную наказуемость, в современных условиях потребуется пересмотр подходов к методикам анализа новой преступности и к пониманию ее характеристик. И. М. Мацкевич, исследуя тенденции и особенности феномена новой преступности, обоснованно констатирует, что «традиционный метод изучения преступности, связанный с анализом отдельного преступления и последовательным переходом к отдельным видам преступности и преступности в целом, сегодня вряд ли поможет в понимании сути происходящих изменений» [15, с. 164].

Взглянем на поднятую проблему с другой стороны. По количеству совершаемых и регистрируемых преступлений в Беларуси, равно как и в соседних государствах, кража (ст. 205 УК) традиционно ежегодно возглавляет «рейтинговую таблицу». Так должно ли количество краж, самого часто встречающегося и разнообразного по своей структуре, вариациям, комбинациям из всех совершаемых преступлений, влиять на дифференциацию наказуемости и каким образом (в сторону уменьшения или увеличения санкции, расширения диапазона

наказуемости, конструирования новых квалифицированных составов и пр.)? Думается, нет. В санкциях ч. 1–4 ст. 205 УК диапазон наказаний по видам и срокам (размерам) более чем достаточный, позволяющий максимально обеспечивать индивидуализацию меры наказания и уголовной ответственности с учетом всех свойств личности виновного. Заметим, что относительно определенная санкция в ч. 1 ст. 205 УК называет 6 альтернативных видов наказаний (не считая возможности применения иных мер уголовной ответственности по ст. 77–79, 117 УК) с максимальным порогом лишения свободы до 3 лет. Широта пределов санкции здесь позволяет усмотрению суда избирать меру уголовной ответственности при любом варианте кражи, соразмерное виновности лица. Отсюда видим, что корреляция криминологической информации с нормами, дифференцирующими уголовную ответственность за кражу по указанным критериям, прямо не прослеживается. Очевидно, что количественные показатели данного вида преступлений не влияли на установление и дифференциацию наказуемости. Законодатель руководствовался иными, но одинаковыми критериями, как и при конструировании санкций с наименьшими количественными показателями в государственной статистике.

Итак, реакция законодателя на реальную картину преступности, основанную на учете криминологической информации, социально-политических, экономических условиях жизни общества, вне всяких сомнений, необходима, но она должна быть при этом адекватной, соответствующей принятой системе ценностей. Устанавливая наказания и иные меры уголовной ответственности, государство ориентируется на решение задачи по исправлению преступника и предупреждению совершения противоправных действий как с его стороны, так и со стороны других лиц.

Необходимо понимать важность различия между причинами и условиями, способствовавшими совершению общественно опасного деяния и, собственно, детерминантами дифференциации уголовной ответственности и (де)пенализации деяний. Причины и условия преступности есть предмет изучения криминологии. Детерминантами (де)пенализации выступают определенные поводы, основания и факторы (причины и условия). В последнем случае речь идет о механизмах осуществления уголовной политики с использованием метода (де)пенализации. На этот вопрос обратил внимание в российской литературе А. Д. Нечаев, выделив детерминанты (де)криминализации в самостоятельную систему [9, с. 59–67, 199].

Говоря о причинах и основаниях криминализации деяний, Я. И. Гилинский (известный в современной доктрине своим вкладом в развитие конструктивистского типа научного познания) пишет: «Какие деяния столь “общественно опасны”,

что должны быть криминализованы (возведены в статус преступления)? <...> четких критериев тому нет ни в отечественной, ни в мировой практике. Законодатель по собственному разумению (точнее, под давлением осознаваемых интересов власти, режима, учитывая исторический опыт, “требования народа”, СМИ и т. п.) криминализирует те или иные деяния» [16, с. 102].

Пенализация и депенализация с позиции уголовно-политического дискурса – это процесс, который предполагает конкретные результаты: установление новой уголовной наказуемости деяний (введение новой санкции в статью Особенной части УК), изменение предусмотренной в законе уголовной наказуемости (как в сторону уменьшения объема, так и в сторону его увеличения), исключение уголовной наказуемости. Поэтому базовым основанием (де)пенализации во всех случаях, на наш взгляд, является величина общественной опасности деяния, измеряемая шкалой нарушенных ценностей, принятых в обществе. Поводом (де)пенализации служит юридический факт, т. е. наличие действия соответствующего субъекта законодательной инициативы, в котором выражена социальная готовность к решению вопроса об уголовной наказуемости соответствующего деяния.

Детерминирующие факторы (де)пенализации объясняют социальную обусловленность инициирования этого процесса, выявляют потребность (либо ее отсутствие) в уголовной наказуемости. Так, к причинам (де)пенализации следует относить социальные явления внешнего мира, которые порождают необходимость исключения (установления) уголовно-правового запрета. Данные социальные явления, можно сказать, находятся в генеологической связи с последующими результатами (де)пенализации. Способствуют воздействию на указанный процесс внутренние социальные предпосылки, т. е. условия (де)пенализации (например, продвижение законодателем инициатив и идей в отношении деяний, получивших определенный общественный резонанс).

Критерий социальной обусловленности норм, дифференцирующих уголовную ответственность, во многом формируется правосознанием населения. Восприятие населением той или иной формы общественно опасного поведения, преломляясь в ценностной парадигме морально-нравственных, гражданских и общественно-политических представлений, отражает социальную оценку адекватности ранжирования наказаний, иных мер уголовной ответственности, альтернативных мер уголовно-правового воздействия.

Говоря об эффективности уголовного закона, профессор А. Л. Савенок делает верное заключение: «...правосознание является социально-психологическим основанием уголовно-правового запрета.

<...> Именно правосознание координирует характер правового регулирования различных видов социального взаимодействия. <...> Действующий уголовный закон должен находиться в определенной гармонии с общественным правосознанием» [17, с. 118–129].

Большинство граждан интересуется вопросом, защищен ли человек от преступного беспредела и в какой степени? Взгляд обывателя на возмездие и уголовную кару как средство искоренения преступности, естественно, оправдывает любую репрессивность действующего УК, которая на порядок выше, чем в предыдущих уголовных кодексах. Сроки лишения свободы в УК 1999 г., например, по верхнему пределу увеличены до 25 лет (в Уголовном кодексе БССР 1960 г. они составляли 15 лет) за единичное преступление. Вместе с тем действующий УК предусматривает, например, новый вид наказания – пожизненное заключение как исключительную меру и альтернативу смертной казни. В этой части уголовной наказуемости жесткость уголовного закона смягчается.

В любом случае общественное обсуждение новых предложений по пенализации и депенализации деяний полезно, особенно при подготовке законопроектов о криминализации и пенализации новых деяний, декриминализации и депенализации деяний, утративших общественную опасность.

В белорусской теории уголовного права обосновывается правовая модель эффективности формирования уголовного закона (автор – профессор А. Л. Савенок). В процессе формирования уголовного закона ученый выделяет два этапа: «1) определение объективных потребностей в правовой регламентации общественных отношений; 2) нормотворчество, то есть установление уголовно-правовых норм» [17, с. 208]. В своем исследовании А. Л. Савенок убедительно доказывает, что «при формировании уголовного закона доминирующее значение имеют две группы факторов: социальные (*социальная обусловленность*), которые при криминализации лежат в основе построения структуры Особенной части уголовного закона, и криминологические (*криминологическая обусловленность*)»¹ [17, с. 208]. Под социальной обусловленностью уголовного закона ученый понимает «его соответствие объективным потребностям и тенденциям общественного развития, а также уровню правосознания населения» [17, с. 109]. Составной частью социальной обусловленности уголовного закона «является изучение зависимости его содержания от количественных и качественных показателей преступности» (криминологическая обусловленность) [17, с. 109, 118, 208].

Параллельно А. Л. Савенок замечает: «Имеющиеся методики не позволяют выявить зависимость процессов криминализации или декриминализации конкретных деяний от количественных и каче-

¹Здесь и далее курсив в цитатах наш. – А. Ш.

ственных показателей преступности, что свидетельствует об отсутствии механизма учета и реализации криминологических данных. Следовательно, изучение зависимости содержания уголовного закона от объема (состояния), интенсивности (уровня), динамики и структуры преступности находится лишь на начальном этапе» [17, с. 208–209].

По нашему мнению, базовым критерием как социальной, так и уголовно-политической обусловленности норм, дифференцирующих уголовную наказуемость, является система объектов, признаваемых в обществе наиболее ценными и значимыми, а потому нуждающимися в особой, уголовно-правовой, охране. Именно об этом говорит профессор И. О. Грунтов в своей монографии, посвященной вопросам учета объектов уголовно-правовой по содержанию или социальной ценности при конструировании составов посягательств, а также общих уголовно-правовых норм [18, с. 5–39, 150–197].

Понимание системы и иерархии ценностей, а соответственно, и общественной опасности посягательств на них, есть явление, исторически изменяющееся. Научно-технический прогресс и развитие самого общества, естественно, вносят коррективы в критерии преступности и наказуемости. Поэтому изучение социальных факторов, объясняющих степень значимости в обществе того или иного объекта и составляющих его содержание элементов, позволяет более правильно и всесторонне подойти к поиску критериев, находящихся в основе зарождения уголовно-правовых норм о наказуемости преступлений.

Законодательные инновации и тенденции пенализации, ориентированные на ужесточение ряда санкций в действующем УК (преступления против здоровья населения, коррупционные преступления и др.), в последнее время нельзя признать оправданными хотя бы потому, что судебная практика не исчерпала весь карательный потенциал предусмотренной законом уголовной ответственности и содержащиеся в нем варианты альтернативного разрешения уголовно-правового конфликта. Внутри самих мер уголовного наказания и ответственности также имеются неиспользуемые на практике возможности, предусмотренные уголовным законом. Так, соотношение минимального размера штрафа (50 базовых величин (ст. 50 УК) × 27 бел. руб. (1 базовая величина) = 1350 бел. руб.) и размера бюджета прожиточного минимума (в среднем на душу населения он постановлением Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь от 22 января 2020 г. № 6 установлен в размере 239 руб. 87 коп.) во многом объясняет препятствия для расширения сферы применения этого вида наказания за те преступления, где это было бы справедливым.

Остаются неоправданно высокими сроки назначения наказаний в виде лишения свободы по до-

статочно большому кругу преступлений (например, экономическим, экологическим), что нельзя признать экономически рациональным и социально обоснованным (увеличение криминализации населения и т. п.). Популярная практика назначения наказания в виде лишения свободы ежегодно приводит к насыщению общества людьми с пенитенциарной судимостью. Увеличение такой категории населения для развития Республики Беларусь как с социально-экономической, так и морально-нравственной, идеологической, политической позиций крайне проблемно и бесперспективно.

В качестве самостоятельного критерия *социальной обусловленности* норм, дифференцирующих меры уголовной ответственности и уголовно-правового воздействия, считаем целесообразным рассматривать *социальное прогнозирование* экономической и социальной затратности устанавливаемых в законе мер принуждения.

Важнейшим критерием *криминологической обусловленности* дифференциации в законе мер уголовной ответственности и уголовно-правового воздействия является *криминологическое прогнозирование* обеспечения правоприменительной индивидуализации меры уголовной ответственности и достижения ею обозначенных в законе целей в отношении виновного лица.

Критерии уголовно-политической обусловленности, имеющие социальную подоплеку, определяют и выражают как криминологические, так и уголовно-правовые параметры измерения наказуемости деяний.

В уголовно-политическом дискурсе (де)пенализация – это метод осуществления уголовной политики, специальный метод по отношению к общеправовому методу дифференциации ответственности. На уголовно-политический аспект ранжирования в законе наказуемости за деяния влияет комплекс социальных факторов (основания и критерии).

Цели и принципы уголовной ответственности как определяющие критерии уголовно-политической обусловленности всецело должны быть основаны на ценностной парадигме общественных отношений. Вся система компонентов дифференциации уголовной наказуемости (ответственности) в уголовном законодательстве (в том числе институт назначения наказания) зиждется на содержании целей уголовной ответственности и социальных интересах обеспечения безопасности граждан и общества в целом [19, с. 272].

Серьезный социальный и уголовно-политический фундамент в объяснении рационального подхода к созданию уголовно-правовых норм, в которых законодатель осуществляет ранжирование мер ответственности, образует наличие в законе альтернативных механизмов разрешения уголовно-правового конфликта. Представляется, наличие или отсутствие системы альтернативных уголовной

ответственности мер позволяет более сбалансированно оценить подход к конструированию дифференцирующих ее норм уголовного закона.

Остановимся на еще одном аспекте, менее популярном в исследованиях проблем пенализации (депенализации) и дифференциации уголовной ответственности. В Особенной части действующего УК предусмотрен ряд примечаний как к отдельным статьям, так и к некоторым главам и даже разделам, что «позволяет придать формальную определенность отдельным признакам составов преступлений, установить особые условия ответственности, предусмотреть специальные основания освобождения от ответственности и т. п.» [20, с. 20]. Примером этому являются примечания к главе 24 «Преступления против собственности», главе 35 «Преступления против интересов службы», разделу X «Преступления против общественной безопасности и здоровья населения».

Примечания внутри Особенной части УК образуют своеобразную дифференцирующую систему норм, среди которых можно выделить две разновидности: *разъяснительные*, в которых раскрывается содержание отдельных признаков составов преступлений (например, размер имущественного ущерба или дохода, полученного преступным путем), и *поощрительные (стимулирующие)*, где законодатель закрепляет особые условия освобождения от уголовной ответственности.

Критерии уголовно-правовой обусловленности. Особенная часть УК является юридической платформой для пенализации деяний, дифференциации уголовной наказуемости в санкциях. Нормы этой части уголовного закона образуют единство с положениями его Общей части, так как они применяются на основе данных положений и в сочетании только с ними. Взаимосвязь Общей и Особенной частей УК объясняется комплексным характером уголовно-правовых норм. Так, в диспозициях статей Особенной части УК описываются признаки конкретных составов преступлений, однако они не исчерпывают всех конститутивных его признаков [21, с. 6–7].

Уголовная противоправность как критерий уголовно-правовой обусловленности дифференциации уголовной наказуемости в определенных случаях может влиять на гибкость ее пределов. Дело в том, что уголовная противоправность не всегда в уголовном законе жестко установлена: ее границы могут сдвигаться в зависимости от изменения в нормах права подхода к нарушению правил, предусмотренных регулятивным и охранительным неуголовным законодательством. Так, определенной дифференцирующей спецификой в системе Особенной части УК обладают уголовно-правовые нормы бланкетного происхождения. Многие диспозиции статей, описывающие преступления, являются бланкетными. Для уяснения содержания признаков таких пре-

ступлений необходимо обращаться к действующим нормам других отраслей национального права и законодательства. Поэтому составы конкретных преступлений (например, ряда экономических и экологических) могут быть образованы исключительно в интегрированной системе признаков диспозиций статей Особенной части УК и норм иных нормативных правовых актов (как правило, регулятивного характера), в которых раскрывается содержание признака противоправности или детализируется природа противоправного поведения. Вопрос о дифференциации наказуемости в таких нормах зависит от регулятивной сферы права.

Таким образом, изменения в позитивном законодательстве непосредственно влияют на содержание и границы уголовно-правового запрета и, следовательно, детерминируют диапазон наказуемости (особенно в части практической (де)пенализации).

Совокупность признаков конкретного общественно опасного деяния не стоит, по нашему мнению, целиком относить к непосредственному критерию криминологической обоснованности, так как с их помощью описывается сама криминализация деяния, детализируется его типовая уголовно-правовая модель. Вряд ли все признаки преступного поведения в каждом случае его проявления, особенно формальные – описывающие внешнюю сторону (например, тяжесть последствий неосторожного преступления), – что-либо криминологически обосновывают и объясняют. Признаки преступного деяния, констатирующие лишь конкретное нарушение и его последствия, т. е. описывающие его уголовную противоправность, скорее являются уголовно-правовой (законодательной) идентификацией такого деяния, поэтому весьма сомнительным представляется их совокупное отнесение к непосредственным критериям криминологической обоснованности дифференциации в нормах уголовной ответственности. Объем причиненного преступным деянием вреда сам по себе уже есть объективное мерило уголовной наказуемости, он отражает количественную (внешнюю) сторону общественной опасности (например, водитель, садясь за руль своего автомобиля вместе семьей, не задумывается, к каким последствиям может привести малейшая его невнимательность, отвлеченность, ошибка). Для целей обоснования дифференциации уголовной наказуемости деяния видится перспективным осуществлять уголовно-правовой поиск в недрах материального признака (общественной опасности деяния), признака виновности и характеристик личности виновного.

Интересно, что сами разработчики УК 1999 г. ставили перед собой задачу «обеспечить глубокую дифференциацию уголовной ответственности с учетом характера и степени тяжести преступлений, личности преступника» [20, с. 3–4]. Базовым

уголовно-правовым критерием дифференциации уголовной ответственности в документе выступает тяжесть преступления (характер и степень), основанная на свойствах нарушенного объекта (ценности, блага, интереса) и масштабе вреда, опасности деяния для общества. *Личность преступника* проектантами рассматривалась как *криминологический критерий* законодательного ранжирования уголовной ответственности.

Изложенное убеждает нас в том, что дифференциация уголовной наказуемости (ответственности) – это прежде всего уголовно-правовое явление, которое следует рассматривать как метод реализации уголовно-правовой политики, основанный на ценностной парадигме общественных отношений и обусловленный социальными, уголовно-политическими, криминологическими и уголовно-правовыми факторами.

Заключение

Подводя итог вышеизложенному, с убеждением приходим к выводу о том, что совершенствование положений УК 1999 г. и общепринятых научно обоснованных идей в части развития пенализации в сфере уголовно-правовой политики должно осуществляться на основе методологического плюрализма (сочетающего материалистические, аксиологические, антропологические, конструктивистские типы мировоззрения). При этом одно из центральных мест в современном учении о наказании, думается, по праву должны занять аксиологическая и антропологическая методологии [22, с. 347].

Законодательные подходы к конструированию санкций значительного круга статей Особенной части УК нуждаются в пересмотре с учетом требований основных начал назначения наказания, возможностей достижения целей уголовной ответственности и адекватной реализации принципов законности и справедливости при установлении наказаний за преступления на основе предлагаемой нами методологии и системы критериев социальной, уголовно-политической, криминологической, уголовно-правовой обусловленности норм,

дифференцирующих уголовную наказуемость (ответственность).

Систему критериев, влияющих на процессы пенализации и депенализации в национальном законодательстве, обуславливающих дифференциацию уголовной наказуемости (ответственности), образуют в едином комплексе четыре взаимосвязанные группы факторов: социальные, уголовно-политические, криминологические и уголовно-правовые. Представляется, для совершенствования законотворческого процесса в уголовно-правовой сфере необходимо при создании новой нормы, устанавливающей, изменяющей или исключаяющей уголовную наказуемость, подвергать ее анализу с позиций системы критериев социальной, уголовно-политической, криминологической и уголовно-правовой обусловленности на основе аксиологической и антропологической методологии в сочетании с материалистическим и конструктивистским типами мировоззрения.

Весь комплекс обозначенных критериев обусловленности уголовно-правовых норм, дифференцирующих наказуемость и ответственность, основан на парадигме ценностного измерения явлений.

Библиографические ссылки

1. Лопашенко НА. *Уголовная политика*. Москва: Волтерс Клувер; 2009. 608 с.
2. Безверхов АГ. *Криминологические основания уголовно-правового запрета*. В: Комиссаров ВС, редактор. *Криминологические основы уголовного права: материалы X Российского конгресса уголовного права; 26–27 мая 2016 г.; Москва, Россия*. Москва: Юрлитинформ; 2016. с. 33–36.
3. Шидловский АВ. О методологии систематизации уголовного законодательства и ее влиянии на ранжирование наказаний. В: Карпович НА, редактор. *Право в современном белорусском обществе: сборник научных трудов, посвященный доктору юридических наук, профессору, заслуженному юристу Республики Беларусь С. Г. Дробязко. Выпуск 13*. Минск: Колорград; 2018. с. 767–774.
4. Наумов АВ. *Преступление и наказание в истории России. Часть 1*. Москва: Юрлитинформ; 2015. 752 с.
5. Беляев НА, Шаргородский МД, редакторы. *Курс советского уголовного права. Том 2. Часть Общая*. Ленинград: Издательство Ленинградского университета; 1970. 672 с.
6. Наумов АВ. *Преступление и наказание в истории России. Часть 2*. Москва: Юрлитинформ; 2015. 656 с.
7. Шадырко СТ, редактор. *Комментарий к Уголовному кодексу Белорусской ССР*. Минск: БГУ им. В. И. Ленина; 1971. 392 с.
8. Коробеев АИ, редактор. *Полный курс уголовного права. Том 2. Преступления против личности*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс; 2008. 682 с.
9. Нечаев АД. *Концептуальные основы криминализации и декриминализации деяний*. Москва: Юрлитинформ; 2018. 320 с.
10. Кудрявцев ВН, Яковлев АМ, редакторы. *Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация*. Москва: Наука; 1982. 303 с.
11. Шидловский АВ. О реализации принципа законности при установлении лишения свободы в санкциях уголовного закона. *Право.ру*. 2018;4:75–79.

12. Лесниевски-Костарева ТА. *Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика*. Москва: Норма; 1998. 400 с.
13. Рогова ЕВ. *Учение о дифференциации уголовной ответственности* [диссертация]. Москва: Академия управления МВД России; 2014. 596 с.
14. Клейменов ИМ. *Сравнительная криминология: криминализация, преступность, уголовная политика в условиях глобализации* [диссертация]. Омск: Омская академия МВД; 2015. 486 с.
15. Мацкевич ИМ. Новая преступность. В: Комиссаров ВС, редактор. *Криминологические основы уголовного права: материалы X Российского конгресса уголовного права; 26–27 мая 2016 г.; Москва, Россия*. Москва: Юрлитинформ; 2016. с. 160–164.
16. Гишинский ЯИ. Уголовное право: возможности и пределы. В: Гишинский ЯИ. *Девуантность, преступность и социальный контроль в «новом мире»*. Санкт-Петербург: Алеф-Пресс; 2012. 352 с.
17. Савенок АЛ. *Теория эффективности уголовного закона*. Минск: Академия МВД; 2017. 258 с.
18. Грунтов ИО. *Объект уголовно-правовой охраны и конструирование составов преступлений и правовых норм Общей части уголовного законодательства*. Минск: БГУ; 2017. 199 с.
19. Шидловский АВ. Социально-криминологическая обусловленность формирования института назначения наказания. В: Комиссаров ВС, редактор. *Криминологические основы уголовного права: материалы X Российского конгресса уголовного права; 26–27 мая 2016 г.; Москва, Россия*. Москва: Юрлитинформ; 2016. с. 269–272.
20. Барков АВ. Уголовный кодекс Республики Беларусь 1999 г. Обзорная статья. В: *Уголовный кодекс Республики Беларусь*. Минск: Амалфея; 1999. с. 3–26.
21. Бабий НА, Грунтов ИО, редакторы. *Уголовное право Республики Беларусь. Особенная часть*. Минск: Новое знание; 2002. 912 с.
22. Шидловский АВ. Ценностные основания правового ранжирования уголовной наказуемости. В: Павлов ВИ, Савенок АЛ, редакторы. *Человек и право: проблема ценностных оснований правового регулирования*. Минск: Академия МВД; 2019. с. 347–354.

References

1. Lopashenko NA. *Ugolovnaya politika* [Criminal policy]. Moscow: Walters Kluwer; 2009. 608 p. Russian.
2. Bezverkhov AG. [Criminological grounds of criminal law prohibition]. In: Komissarov VS, editor. *Kriminologicheskie osnovy ugovnogo prava: materialy X Rossiiskogo kongressa ugovnogo prava; 26–27 maya 2016 g.; Moskva, Rossiya* [Criminological foundations of criminal law: materials of the 10th Russian congress of criminal law; 2016 May 26–27; Moscow, Russia]. Moscow: Yurlitinform; 2016. p. 33–36. Russian.
3. Shidlovsky AV. [On the methodology of systematization of criminal legislation and its impact on the ranking of punishments]. In: Karpovich NA, editor. *Pravo v sovremennom belorusskom obshchestve: sbornik nauchnykh trudov, posvyashchenny doktoru yuridicheskikh nauk, professory, zasluzhennomu yuristu Respubliki Belarus' S. G. Drobyazko. Vypusk 13* [Law in modern Belarusian society: a collection of scientific papers dedicated to the doctor of law, professor, honored lawyer of the Republic of Belarus S.G. Drobyazko. Issue 13]. Minsk: Kolorgrad; 2018. p. 767–774. Russian.
4. Naumov AV. *Prestuplenie i nakazanie v istorii Rossii. Chast' 1* [Crime and punishment in the history of Russia. Part 1]. Moscow: Yurlitinform; 2015. 752 p. Russian.
5. Belyayev NA, Shargorodskii MD, editors. *Kurs sovetskogo ugovnogo prava. Tom 2. Obshchaya chast'* [Course of Soviet criminal law. Volume 2. Part General]. Leningrad: Izdatel'stvo Leningradskogo universiteta; 1970. 672 p. Russian.
6. Naumov AV. *Prestuplenie i nakazanie v istorii Rossii. Chast' 2* [Crime and punishment in the history of Russia. Part 2]. Moscow: Yurlitinform; 2015. 656 p. Russian.
7. Shadyrko ST, editor. *Kommentarii k Ugolovnomu kodeksu Belorusskoi SSR* [Commentary on the Criminal Code of the Belarusian SSR]. Minsk: V. I. Lenin Belarusian State University; 1971. 392 p. Russian.
8. Korobeev AI, editor. *Polnyi kurs ugovnogo prava. Tom 2. Prestupleniya protiv lichnosti* [Full course of criminal law. Volume 2. Crimes against the person]. Saint Petersburg: Yuridicheskii tsentr Press; 2008. 682 p. Russian.
9. Nechaev AD. *Kontseptual'nye osnovy kriminalizatsii i dekriminalizatsii deyanii* [Conceptual foundations of criminalization and decriminalization of acts]. Moscow: Yurlitinform; 2018. 320 p. Russian.
10. Kudryavtsev VN, Yakovlev AM, editors. *Osnovaniya ugovno-pravovogo zapreta. Kriminalizatsiya i dekriminalizatsiya* [Grounds for a criminal prohibition. Criminalization and decriminalization]. Moscow: Nauka; 1982. 303 p. Russian.
11. Shidlovsky AV. [On the implementation of the principle of legality in establishing deprivation of liberty in the sanctions of the criminal law]. *Pravo.by*. 2018;4:75–79. Russian.
12. Lesnievski-Kostareva TA. *Differentsiatsiya ugovnoyi otvetstvennosti. Teoriya i zakonodatel'naya praktika* [Differentiation of criminal responsibility. Theory and legislative practice]. Moscow: Norma; 1998. 400 p. Russian.
13. Rogova EV. *Uchenie o differentsiatsii ugovnoyi otvetstvennosti* [The doctrine of differentiation of criminal responsibility] [dissertation]. Moscow: Akademiya upravleniya MVD Rossii; 2014. 596 p. Russian.
14. Kleimenov IM. *Sravnitel'naya kriminologiya: kriminalizatsiya, prestupnost, ugovnaya politika v usloviyakh globalizatsii* [Comparative criminology: criminalization, criminality, criminal policy in the context of globalization] [dissertation]. Omsk: Omskaya akademiya MVD; 2015. 486 p. Russian.
15. Matskevich IM. [New crime]. In: Komissarov VS, editor. *Kriminologicheskie osnovy ugovnogo prava: materialy X Rossiiskogo kongressa ugovnogo prava; 26–27 maya 2016 g.; Moskva, Rossiya* [Criminological foundations of criminal law: materials of the 10th Russian Congress of criminal law; 2016 May 26–27; Moscow, Russia]. Moscow: Yurlitinform; 2016. p. 160–164.
16. Gilinskii YaI. [Criminal law: opportunities and limits] In: Gilinskii YaI. *Deviantnost'. Prestupnost' i sotsialnyi kontrol' v «novom mire»*. [Deviance, crime and social control in the «new world»]. Saint Petersburg: Alef-Press; 2012. 352 p. Russian.
17. Savenok AL. *Teoriya effektivnosti ugovnogo zakona* [Theory of the effectiveness of criminal law]. Minsk: Academy of the Ministry of Internal Affairs; 2017. 258 p. Russian.

18. Gruntov IO. *Ob'ekt ugovolno-pravovoi okhrany i konstruirovaniye sostavov prestuplenii i pravovykh norm Obshchei chasti ugovolnogo zakonodatel'stva* [The object of criminal legal protection and the construction of elements of crimes and legal norms of the General part of criminal legislation]. Minsk: Belarusian State University; 2017. 199 p. Russian.

19. Shidlovsky AV. [Socio-criminological conditionality of the formation of the institution of sentencing]. In: Komissarov VS, editor. *Kriminologicheskie osnovy ugovolnogo prava : materialy X Rossiiskogo kongressa ugovolnogo prava; 26–27 maya 2016 g.; Moskva, Rossiya* [Criminological foundations of criminal law: materials of the 10th Russian congress of criminal law; 26–27 May 2016; Moscow, Russia]. Moscow: Yurlitinform; 2016. p. 269–272. Russian.

20. Barkov AV. [Criminal Code of the Republic of Belarus of 1999. Review article]. In: *Ugovolnyi kodeks Respubliki Belarus'* [Criminal Code of the Republic of Belarus]. Minsk: Amalfeya; 1999. p. 3–26. Russian.

21. Babiy NA, Gruntov IO, editors. *Ugovolnoye pravo Respubliki Belarus'. Osobennaya chast'* [Criminal law of the Republic of Belarus. Special part]. Minsk: Novoe znanie; 2002. 912 p. Russian.

22. Shidlovsky AV. [Value bases of legal ranking of criminal punishability]. In: Pavlov VI, Savenok AL, editors. *Chelovek i pravo: problema tsennostnykh osnovanii pravovogo regulirovaniya* [Man and law: the problem of value bases of legal regulation]. Minsk: Academy of the Ministry of Internal Affairs; 2019. p. 347–354. Russian.

Статья поступила в редколлегию 06.07.2020.
Received by editorial board 06.07.2020.

ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО, ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ ПРАВО И АГРАРНОЕ ПРАВО

ENVIRONMENTAL LAW, NATURAL RESOURCES LAW AND AGRARIAN LAW

УДК 621.315

ПРОБЛЕМА ИЗМЕНЕНИЯ КЛИМАТА: НОВЫЕ ВЫЗОВЫ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

А. И. АЛИЕВ¹⁾, Т. И. ГУСЕЙНОВ¹⁾

¹⁾Бакинский государственный университет, ул. Захида Халилова, 23, AZ1010, г. Баку, Азербайджан

Анализируются проблемы изменения климата в свете происходящих в мире событий, в частности, на фоне пандемии COVID-19. Выявляются проблемы, связанные с изменением климата, и отмечается важность их международно-правового регулирования. Необходимость совершенствования международно-правового режима противодействия изменению климата рассматривается в свете существующих вызовов. Отмечается важность системного подхода с использованием эффективных форм и методов сотрудничества при нахождении баланса между интересами разных государств, а также необходимость стимулирования инновационных решений. Авторы заостряют внимание на изменениях, отрицательно сказывающихся на состоянии окружающей среды, в частности на изменении климата, а также экологических последствиях распространения COVID-19. Выявляются связанные с борьбой против изменения климата инициативы, которые будут способствовать посткризисному восстановлению и актуализации вопроса международно-правового регулирования этих инициатив.

Ключевые слова: климат; глобальное потепление; окружающая среда; Парижское соглашение; загрязнение; выбросы; экологические беженцы; устойчивое развитие; COVID-19.

Образец цитирования:

Алиев АИ, Гусейнов ТИ. Проблема изменения климата: новые вызовы международно-правового регулирования. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:120–126.

For citation:

Aliev AI, Huseynov TI. Climate change problem: new challenges of international legal regulation. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:120–126. Russian.

Авторы:

Амир Ибрагим-оглы Алиев – доктор юридических наук, профессор; декан юридического факультета.

Тургай Имамгулу-оглы Гусейнов – доктор юридических наук, доцент; руководитель юридической клиники при юридическом факультете.

Authors:

Amir Ibrahim-oglu Aliyev, doctor of science (law), full professor; dean of the faculty of law.

al.amir.ib@mail.ru

Turgay Imamgulu-oglu Huseynov, doctor of science (law), docent; head of the law clinic of the faculty of law.

turgay@legcon.org

<https://orcid.org/0000-0001-9366-1382>

CLIMATE CHANGE PROBLEM: NEW CHALLENGES OF INTERNATIONAL LEGAL REGULATION

A. I. ALIEV^a, T. I. HUSEYNOV^a

^aBaku State University, 23 Zahid Halilov Street, Baku AZ1010, Azerbaijan

Corresponding author: A. I. Aliev (al.amir.ib@mail.ru)

The article is devoted to the analysis of the problems of climate change in the light of the changes taking place in the world, in particular, against the backdrop of COVID-19. The problems associated with climate change are identified and the importance of their international legal regulation is noted. The need to improve the international legal climate regime is considered in the light of the existing challenges. The importance of providing a more systematic approach to finding an acceptable balance between the interests of different groups of participating states using effective forms and methods of cooperation, as well as stimulating innovative solutions, is noted. Along with traditional challenges, the authors identify problems caused by the spread of COVID-19 and adversely affecting the state of the environment, in particular climate change. The initiatives related to the fight against climate change are identified that will contribute to the post-crisis recovery and updating the issue of their international legal regulation.

Keywords: climate; global warming; environment; Paris agreement; pollution; emissions; environmental refugees; sustainable development; COVID-19.

Введение

Активизация международно-правового сотрудничества по вопросам климата актуальна в связи со все более ощутимыми в планетарном масштабе негативными последствиями загрязнения воздуха. Так, по данным Всемирной метеорологической организации (далее – ВМО), 2016 г. вошел в историю с рекордным значением глобальной температуры, наименьшей протяженностью морского льда и непрекращающимся повышением уровня моря и теплосодержания океана. Сегодня международное со-

общество пребывает в поиске оптимальных форматов и условий международно-правового сотрудничества, отвечающих актуальным климатическим вызовам. Последние события в мировом развитии выводят на повестку дня проблемы, которые будут сказываться на состоянии климата и в то же время появляться вследствие его изменения. Эффективность предотвращения данных угроз, несомненно, будет зависеть от их своевременного международно-правового регулирования.

Общая часть

Ключевая роль в развитии международно-правового сотрудничества государств по вопросам обеспечения охраны климата принадлежит Рамочной конвенции ООН об изменении климата от 9 мая 1992 г. Важным шагом в развитии международно-правового режима охраны климата стало принятие Киотского протокола от 11 декабря 1997 г. Продолжительный и сложный переговорный процесс о новом международном правовом акте привел к заключению Парижского соглашения по климату 12 декабря 2015 г. (далее – Парижское соглашение). На сегодняшний день к нему присоединились более 190 участников, в том числе и Азербайджанская Республика, которая подписала Парижское соглашение в апреле 2016 г., а ратифицировала его в январе 2017 г.

Согласно ст. 2 указанного соглашения для активизации реализации положений Рамочной конвенции ООН об изменении климата определяются следующие цели:

1) удерживать прирост глобальной средней температуры намного ниже 2 °С сверх доиндустриальных уровней и прилагать усилия в целях ограниче-

ния роста температуры до 1,5 °С с учетом того, что это значительно сократит риски и воздействие на изменение климата;

2) повышать способность адаптироваться к неблагоприятным воздействиям изменения климата и содействовать сопротивляемости к изменению климата и развитию при низком уровне выбросов парниковых газов так, чтобы не ставить под угрозу производство продовольствия;

3) привести финансовые потоки в соответствие с траекторией развития, характеризующегося низким уровнем выбросов и сопротивляемостью к изменению климата.

В предварительных обязательствах Азербайджана, связанных с изменением климата (INDC), приоритетными направлениями деятельности названы использование альтернативных источников энергии и разработка мер по снижению выбросов углерода в производстве и жилищно-коммунальном хозяйстве.

Изложенный в Парижском соглашении подход является экспериментальным. Он основан на национальном определении необходимых мер, дис-

циплинирующем влиянии режима прозрачности и глобальном мониторинге мер (*global stocktake*), направленных на обеспечение прогресса в достижении поставленных задач¹.

Как отмечает А. Савареси, «юридическая архитектура, воплощенная в Парижском соглашении, преимущественно построена вокруг процедурных обязательств сторон. В сравнении с Киотским протоколом, смягченная юридическая сила ключевых обязательств сторон компенсируется универсальной природой соответствующих обязательств сторон, а также единой системой мониторинга имплементации, соблюдения и эффективности»² (здесь и далее перевод наш. – А. А., Т. Г.).

Соглашаясь со смещением фокуса внимания в сторону процедурных обязательств сторон в рамках Парижского соглашения, А. Хаггинс и М.-С. Карим указывают на следующее: принятые государствами требования «являются обязывающими скорее в отношении реализации процедурных обязательств подготовки, коммуникации, обеспечения и периодического уведомления о национальном вкладе и осуществлении внутригосударственных мер, чем в отношении прогресса в целях уменьшения» количественных показателей выбросов парниковых газов [1, р. 438]. Исследователи приходят к выводу о том, что «Парижское соглашение является символом все более ощутимого влияния принципа общей, но дифференцированной ответственности. В частности, это можно проиллюстрировать на примере расширения сферы применения этого принципа для создания процедурно ориентированных механизмов в целях поддержки имплементации развивающимися странами их материальных обязательств... Парижское соглашение убеждает в наличии латентного, хотя пока еще и нереализованного потенциала для создания всестороннего рамочного механизма в процедурном аспекте» [1, р. 448].

Следует согласиться с тем, что «Парижское соглашение является ключевым документом. Только время даст ответ, действительно ли он станет поворотной точкой в контексте одного из наиболее значительных вызовов нашего мира»³. Вместе с тем ряд исследователей уже сейчас убеждены в необходимости совершенствования международно-правового режима борьбы с изменением климата в свете существующих вызовов. Рассмотрим условия, которые необходимо выполнить для достижения обозначенной цели.

Обеспечение системности международно-правового режима борьбы с изменением климата путем устранения фрагментарности существующего подхода. Современные исследования указывают на то, что приведенный в Рамочной конвенции ООН об изменении климата перечень загрязнителей не является исчерпывающим. Так, особое внимание в этом контексте следует обратить на сажистый углерод (далее – СУ), под которым понимается «углеродсодержащее дисперсное вещество, поглощающее свет. Поглощение происходит по всему спектру волн солнечной радиации. СУ остается в атмосфере от нескольких дней до нескольких недель и в силу своих светопоглощающих свойств существенно влияет на глобальное потепление. После осаждения он способствует потемнению льдов и снега, снижая тем самым их альбедо, или отражательную способность. Такое воздействие на альбедо особенно заметно проявляется в Арктическом регионе. Способствуя потемнению льда и снега, он тем самым усиливает региональное потепление»⁴. Несмотря на то что значительные объемы выбросов подобных веществ усиливают парниковый эффект, международно-правовой режим противодействия изменению климата на универсальном уровне не распространяет свое действие на соответствующую антропогенную деятельность.

В этом контексте следует согласиться с целесообразностью предложенной А. А. Клишасом и А. М. Солцевым идеи о необходимости осуществления следующего шага в прогрессивном развитии международно-правового режима противодействия изменению климата, который предусматривает разработку и принятие рамочной конвенции об охране атмосферы. По их мнению, ограничения существующего фрагментарного подхода «особым образом сказываются на атмосфере, которая по самой своей природе нуждается во всеохватывающем международно-правовом режиме защиты. В настоящее время не существует какой-либо конвенции, охватывающей весь диапазон экологических проблем атмосферы всеобъемлющим и систематическим образом. Поэтому следует полагать, что существует объективная необходимость в кодификации и прогрессивном развитии соответствующих правовых принципов и норм на основе судебной и иной практики государств» [2, с. 164].

Обеспечение надлежащей эффективности имплементации государствами-участниками по-

¹Bodle R., Donat L., Duwe M. The Paris agreement: analysis, assessment and outlook [Electronic resource]. URL: http://ecologic.eu/sites/files/event/2016/ecologic_institute_2016_paris_agreement_assessment.pdf (date of access: 22.06.2020).

²Savarese A. The Paris agreement: a rejoinder [Electronic resource]. URL: <https://www.ejiltalk.org/the-paris-agreement-a-rejoinder/> (date of access: 22.06.2020).

³Liu X. The Paris agreement: miracle or mirage? [Electronic resource]. URL: <https://gielr.wordpress.com/2016/02/16/the-paris-agreement-miracle-or-mirage/> (date of access: 22.06.2020).

⁴Проект решения о принятии руководящего документа по методам ограничения выбросов серы, NOx, ЛОС, пыли (включая PM10, PM2,5 и сажистый углерод) из стационарных источников : записка специальной группы экспертов по правовым вопросам, подготовленная в сотрудничестве с секретариатом, ECE/EB.AIR/2012/L.6, 10–14 сент. 2012 г. [Электронный ресурс]. URL: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2012/EB/ECE_EB.AIR_2012_L.6_RUSSIAN.pdf (дата обращения: 22.06.2020).

ложений Парижского соглашения с учетом специфической юридической природы и особенностей формулировок обязательств в нем. Такие исследователи, как Х. Элвер и Р. Фалк, весьма скептически оценивают целесообразность подхода, воплощенного в Парижском соглашении: «Вне всякого сомнения, самым значительным и наиболее озадачивающим дипломатическим успехом развитых стран в Париже стало придание соглашению формально добровольного характера во всех его аспектах. Даже ключевые обещания (“индикативные национально определяемые вклады”) государств в отношении сокращения выбросов парниковых газов представлены как добровольные. Язык соглашения использует формулировки, которые предполагают множественное трактование, и его последствия являются неопределенными на современном этапе даже в случае добросовестного участия всех правительств. Части соглашения изменены тоннами оруэлловского двуязычия, которое, очевидно, направлено на стирание любого различия между соглашением на то, чтобы сделать что-то, и отсутствием обязательства сделать то, о чем договаривались»⁵.

Соглашаясь с критическими замечаниями, в частности Р. Фалка, о том, что Парижское соглашение необязательно предполагает применение его положений внутренними судами, что далеко не у всех государств-участников есть возможность ратификации или о том, что документ не содержит действительных механизмов принуждения к соблюдению договорных положений (*enforcement*), Д. Бодански все же отмечает: «Парижское соглашение является договором в рамках определения, содержащегося в Венской конвенции о праве международных договоров, однако не каждое положение упомянутого соглашения создает юридические обязательства. Оно содержит микс обязывающих и необязывающих положений в отношении вкладов сторон и других элементов Дурбанской платформы...»⁶. Таким образом, перспективы реализации Парижского соглашения непосредственно зависят от доброй воли государств-участников, а потому требуется уделить особое внимание надлежащей имплементации договорных положений.

Обеспечение более широкой сферы регулирования Парижского соглашения с учетом необходимости поиска и развития перспективных технологий для обеспечения максимальной эф-

фективности усилий в отношении уменьшения парникового эффекта в планетарном масштабе. Как утверждают А. Краик и В. Бернс, «спорной является вероятность включения правового регулирования технологий управления солнечной радиацией (*solar radiation management*)... в рамки существующего Парижского соглашения. Тем не менее процедурные механизмы Парижского соглашения наделены определенным потенциалом для удовлетворения требования о руководстве исследованиями по управлению солнечной радиацией в целях прозрачности и публичного обсуждения»⁷. Проекты управления солнечной радиацией предполагают, например, возможность распыления в стратосфере аэрозолей с высокими отражающими свойствами.

Игнорирование разработчиками Парижского соглашения потенциала геоинженерии в целом и управления солнечной радиацией в частности является отражением амбивалентного отношения международного сообщества к подобным инновационным решениям⁸. Такая осторожность основывается на следующем аргументе: «Моделирование показывает, что методы управления солнечной радиацией в случае их применения наделены потенциалом значительно сокращать глобальный рост температуры, однако они также могут изменить глобальный водный цикл и не уменьшить закисление океана»⁹. Вместе с тем, по нашему мнению, как минимум научная разработка возможности использовать методы геоинженерии должна вестись, поскольку традиционные способы сокращения выбросов парниковых газов по многим причинам могут не дать должного эффекта, следовательно, потребуется использовать готовые инновационные решения в качестве альтернативы.

Таким образом, используемая модель международно-правового режима противодействия изменению климата вряд ли является оптимальной и требует продолжения на перманентной основе работы по усовершенствованию и прогрессивному развитию международно-правовых норм, создающих базис такого режима. В этом контексте важное значение имеет обеспечение более системного подхода, нахождение баланса между интересами разных государств с использованием эффективных форм и методов сотрудничества, а также стимулирование инновационных решений, которые

⁵Elver H. Climate change: post-paris challenges and concerns [Electronic resource]. URL: <https://richardfalk.wordpress.com/2016/01/26/climate-change-post-paris-challenges-and-concerns/> (date of access: 22.06.2020).

⁶Bodansky D. The legal character of the Paris agreement [Electronic resource]. URL: <https://ssrn.com/abstract=2735252> (date of access: 22.06.2020).

⁷Craik A., Burnes W. Climate engineering under the Paris agreement: a legal and policy primer [Electronic resource]. URL: <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/GeoEngineering%20Primer%20-%20Special%20Report.pdf> (date of access: 22.06.2020).

⁸Ryngaert C. Climate change mitigation techniques and international law: assessing the externalities of reforestation and geoengineering [Electronic resource]. URL: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/raju.12154/epdf> (date of access: 22.06.2020).

⁹Climate change 2013: fifth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Summary for policymakers [Electronic resource]. URL: https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WGIAR5_SPM_brochure_en.pdf (date of access: 22.06.2020).

в случае необходимости могли бы использоваться как альтернатива.

События последних трех месяцев текущего года внесли существенные изменения в подходы противодействия изменению климата, отсюда возникла необходимость в их международно-правовом регулировании.

Как известно, последняя конференция ООН по климату, где государства пытались найти ответ на вопрос, как предотвратить «перегрев» нашей планеты, прошла в Мадриде в декабре 2019 г. Однако ее участники в очередной раз не смогли договориться о конкретных мерах и обязательствах по сокращению выбросов парниковых газов. В связи с этим Генеральный секретарь ООН Антониу Гутерриш отметил, что международное сообщество упустило важную возможность, но при этом призвал участников не сдаваться.

Всего один момент помешал согласовать практически готовый документ: три крупные страны – Бразилия, Китай и Индия – настаивали на том, что единицы (сокращения выбросов парниковых газов) проектов Киотского протокола должны плавно «перетечь», как и сами проекты, в Парижское соглашение. Все остальные страны, особенно малые и наиболее уязвимые, возражали. Они подчеркивали, что это не столько «вольет» лишние единицы в Парижское соглашение и ослабит его цели (от этого эффект очень небольшой), но также подорвет имидж Парижского соглашения, потому что в глазах общественности и бизнеса многие проекты механизма частного развития, предусмотренного Киотским протоколом, не совсем качественны с экологической точки зрения, поэтому переносить все «старое» на новую платформу совершенно неправильно¹⁰.

Хотелось бы обратить внимание на ряд актуальных вызовов, связанных с изменением климата и требующих совершенствования международно-правового регулирования в данной сфере.

Так, изменение климата будет сопровождаться постоянным повышением температуры воздуха, свидетельством чему стали показатели 2019 г. Существенно повышается теплосодержание Мирового океана, поскольку утверждается, что 90 % энергии, которая аккумулируется Землей, поглощается океаном¹¹. Эти факторы влияют на климат, способствуют повышению уровня океана, потому что тепловое расширение воды – одна из причин поднятия ее уровня. Также повышение температуры изменяет

направление океанических течений, косвенно влияет на траектории циклонов и, естественно, на таяние плавучих льдов. Этот процесс сопровождается закислением океана и таянием ледников.

Как известно, одна из целей в области устойчивого развития связана с обеспечением населения водой. С ее количеством так или иначе связаны признаки изменения климата.

По словам Генерального секретаря ООН Антониу Гутерриша, изменение климата нарушает круговорот воды в природе и влечет перераспределение имеющейся в мире воды, что приводит к природным катаклизмам: более половины населения планеты испытывает острую нехватку воды по меньшей мере в течение одного месяца в году¹².

Одним из опасных последствий изменения климата может стать массовый уход людей с мест своего постоянного проживания, что актуализирует проблему предоставления убежища по этой причине. По данным ООН, около 280 млн людей будут вынуждены мигрировать из-за повышения температуры воздуха на земном шаре на 2 °C¹³.

Эта проблема уже обсуждалась в международных инстанциях. Так, Комитет ООН по правам человека (далее – Комитет) в январе 2020 г. впервые рассмотрел дело, связанное с просьбой о предоставлении убежища по причине изменения климата. Следует признать, что это решение открывает двери для ходатайств о предоставлении убежища, связанных с глобальным потеплением.

Гражданин Кирибати, добивавшийся убежища в Новой Зеландии, пожаловался в Комитет на решение новозеландского суда депортировать его на родину, хотя, по его словам, такой шаг нарушает его право на жизнь. Эксперты ООН, внимательно выслушав аргументы истца и тщательно изучив всю имеющуюся информацию, пришли к выводу, что в данном случае угрозы для жизни не существует, поскольку в стране уже приняты соответствующие защитные меры.

Члены Комитета также подчеркнули необходимость поддержки стран, страдающих от последствий изменения климата, со стороны международного сообщества. Если не принять решительных мер как на международном, так и на национальном уровне, то целые государства могут оказаться под водой. В этом случае угроза для жизни очевидна и принимающая сторона не сможет депортировать просителей убежища из таких стран¹⁴.

¹⁰Результаты конференции в Мадриде: мелкими шагами, но все-таки движение вперед есть [Электронный ресурс]. URL: <https://news.un.org/ru/interview/2019/12/1369571> (дата обращения: 22.06.2020).

¹¹Изменение климата: рекорды, которых хотелось бы избежать [Электронный ресурс]. URL: <https://news.un.org/ru/interview/2020/03/1374141> (дата обращения: 22.06.2020).

¹²Глава ВМО: в борьбе с изменением климата необходимо проявить такое же единство, как в усилиях по сдерживанию коронавирусной пандемии [Электронный ресурс]. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/03/1374882> (дата обращения: 22.06.2020).

¹³Глобальное потепление приведет к миграции 280 млн людей [Электронный ресурс]. URL: <https://dw.com/ru/глобальное-потепление-приведет-к-миграции-280-млн-людей/a-50219319> (дата обращения: 22.06.2020).

¹⁴Эксперты ООН признали право «климатических беженцев» на убежище [Электронный ресурс]. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/01/1370971> (дата обращения: 22.06.2020).

Одним из путей сохранения устойчивости климата ученые считают отказ от новой одежды, поскольку индустрия моды может внести существенный вклад в борьбу с изменением климата, прежде всего благодаря снижению гигантских объемов производства. Так, почти 4000 л воды требуется для производства одной пары джинсов, если учесть сбор хлопка, производство, транспортировку и стирку. Ущерб природе при этом такой же, как при выбросе 33,4 кг углеродного эквивалента или при эмиссиях в результате автопробега в 111 км. В Программе ООН по окружающей среде (ЮНЕП) просят не покупать новые джинсы, не доносив старые¹⁵.

Начало 2020 г. ознаменовалось массовым распространением на планете COVID-19, что, несомненно, положительно сказалось на состоянии климата. Важно признать, что меры, необходимые для предотвращения изменения климата, стали реализовываться вынужденно. Так, остановка многих предприятий во всем мире, ограниченное использование автомобилей, закрытие границ для международных авиаперевозок, сокращение работы общественного транспорта и т. д. привели к очищению воздуха в наиболее загрязненных городах. Эксперты полагают, что должна произойти «перезагрузка» транспортного сектора. В Европейской экономической комиссии ООН считают, что необходимо развивать более эффективную, здоровую и экологичную транспортную систему. Для этого нужно разработать новую модель, а не возвращаться к докризисной практике.

Эти выводы разделяют и в ВМО. Ее эксперты подтвердили, что пандемия и связанные с ней ограничительные меры привели к сокращению объемов выбросов парниковых газов в атмосферу. Однако, по их мнению, этот показатель временный и не должен послужить поводом для отказа от долгосрочных обязательств. «Хотя COVID-19 стал причиной глубокого международного кризиса в сферах здравоохранения и экономики, неспособность решить проблему изменения климата может стать угрозой для благосостояния человека, экосистем и экономик на целые столетия», – заявил генеральный секретарь ВМО Петтери Таалас¹⁶.

Он подчеркнул, что в противостоянии изменению климата необходимо проявлять такую же решимость и единство, как в борьбе против COVID-19. «Нам нужно действовать сообща в интересах здоровья и благополучия человечества не только в бли-

жайшие недели и месяцы, но и на многие поколения вперед»¹⁷, – отметил Петтери Таалас.

В ВМО надеются, что меры по стимулированию, которые будут приняты после окончания пандемии COVID-19, будут способствовать более экологичному восстановлению экономики. К сожалению, после предыдущих экономических кризисов нередко следовали периоды подъема, которые сопровождались значительно более высоким ростом выбросов, чем в докризисное время.

Глобальное потепление, как отмечают эксперты, подрывает экономическое развитие, ведет к снижению ВВП, особенно в развивающихся странах. Международный валютный фонд определил, что для развивающейся страны со средним или низким доходом и среднегодовой температурой 25 °С повышение температуры на 1 °С приведет к снижению темпов роста ВВП на 1,2 %. При этом пандемия коронавируса значительно усугубит социально-экономические последствия изменения климата¹⁸.

О рекордном сокращении озонового слоя над Арктикой сообщает ВМО. Он достиг низшего показателя за всю историю наблюдений, что, по мнению экспертов, было вызвано присутствием в атмосфере озоноразрушающих веществ, попавших туда в результате деятельности человека, и очень низкими зимними температурами в стратосфере.

Эксперты полагают, что истощение озонового слоя могло бы стать еще более значительным, если бы не Монреальский протокол. Это международное соглашение, подписанное 16 сентября 1987 г., запрещает, в частности, производство и использование целого ряда опасных химикатов. На сегодняшний день в черный список включено уже более 100 таких веществ, в том числе хлорфторуглероды. Но, поскольку они остаются в атмосфере в течение нескольких десятилетий, их концентрация все еще достаточно высока, и это приводит к разрушению озон¹⁹.

Знаменательным можно считать обращение глав 155 крупных компаний (*Bayer, Colgate-Palmolive Company, H&M Group, Hewlett Packard Enterprise, Nestlé* и др.), совокупный капитал которых составил 2,4 трлн долларов, а количество сотрудников насчитывает 5 млн человек, к мировым лидерам. В обращении содержится призыв восстановить экономику после пандемии, учесть рекомендации ученых в сфере борьбы с изменением климата и принять меры, чтобы удержать повышение температуры в пределах 1,5 °С, развивая зеленую эко-

¹⁴Эксперты ООН признали право «климатических беженцев» на убежище [Электронный ресурс]. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/01/1370971> (дата обращения: 22.06.2020).

¹⁵Мода XXI века: носить старые вещи теперь так же стильно, как маленькое черное платье [Электронный ресурс]. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/01/1369911> (дата обращения: 22.06.2020).

¹⁶ВМО: временное улучшение качества воздуха в период пандемии – не повод для отказа от обязательств по сдерживанию глобального потепления [Электронный ресурс]. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/04/1376582> (дата обращения: 22.06.2020).

¹⁷Там же.

¹⁸Там же.

¹⁹В ООН обеспокоены истощением озонового слоя над Арктикой [Электронный ресурс]. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/05/1377222>.

номику²⁰. Несомненно, возобновляемые источники энергии внесут важный вклад в борьбу с глобальным потеплением.

«COVID-19 нарушил жизнь миллиардов людей по всему миру, причинил людям тяжелые страдания и дестабилизировал мировую экономику. Нынешний кризис пролил свет на всю хрупкость экономик перед лицом потрясений, обнажил глубокое неравенство, которое подрывает возможность достижения целей в области устойчивого развития», – заявил Генеральный секретарь ООН²¹. Противостояние глобальному потеплению требует такого же политического лидерства, как и в борьбе с пандемией.

Антониу Гутерриш уверен, что борьба с коронавирусом требует смелого, дальновидного лидерства, опирающегося на сотрудничество. Такое же лидерство необходимо и для противодействия надвигающейся смертельной угрозе изменения климата. В этом контексте Антониу Гутерриш напомнил, что прошлый год стал вторым самым жарким за всю историю, а прошлое десятилетие – самым жарким в истории человечества.

Генеральный секретарь ООН предложил шесть связанных с борьбой с изменением климата инициатив, которые будут способствовать послекризисному восстановлению.

1. Предусмотреть создание новых зеленых рабочих мест и предприятий в переходный период и инвестировать в декарбонизацию всех сфер экономики.

Таким образом, используемая модель международно-правового режима противодействия изменению климата вряд ли является оптимальной и требует продолжения на перманентной основе работы по совершенствованию и прогрессивному развитию международно-правовых норм, создающих основу такого режима. В этом контексте

2. Использовать деньги налогоплательщиков для помощи предприятиям, которые ориентированы на создание новых рабочих мест и устойчивое развитие.

3. Добиваться перехода от серой экономики к зеленой.

4. Направлять государственные инвестиции в секторы и проекты, обеспечивающие устойчивое развитие, способствующие защите окружающей среды и борьбе с изменением климата. Прекратить субсидирование отраслей, сосредоточенных на добыче ископаемого топлива.

5. Учитывать риски и возможности, связанные с изменением климата в рамках глобальной финансовой системы.

6. Объединить усилия международного сообщества для разрешения обеих чрезвычайных ситуаций (пандемии и изменения климата)²².

Отметив, что парниковые газы, как и коронавирус, не признают границ, Антониу Гутерриш подчеркнул, что изоляция стран – это ловушка и добавил, что ни одно государство не может добиться успеха в одиночку.

Глава ООН призвал все страны подготовить детальные национальные планы действий в области климата и стратегии достижения нулевых выбросов к 2050 г. и предложил воспользоваться окончанием пандемии для построения здорового, инклюзивного и более безопасного для всех мира.

Заключение

важное значение имеют обеспечение системного подхода, нахождение баланса между интересами разных государств с использованием эффективных форм и методов сотрудничества, а также стимулирование инновационных решений, которые в случае необходимости могли бы использоваться как альтернатива.

Библиографические ссылки

1. Huggins A. Shifting traction: differential treatment and substantive and procedural regard in the international climate change regime. *Transnational Environmental Law*. 2016;5(2):427–448.
2. Клишас АА. Кодификация и прогрессивное развитие международного права в сфере охраны атмосферы. *Вестник РУДН. Серия: Юридические науки*. 2012;5(2):161–167.

References

1. Huggins A. Shifting traction: differential treatment and substantive and procedural regard in the international climate change regime. *Transnational Environmental Law*. 2016;5(2):427–448.
2. Klishas AA. Codification and progressive development of international law in the field of atmospheric protection. *RUDN Journal of Law*. 2012;5(2):161–167. Russian.

Статья поступила в редакцию 25.06.2020.
Received by editorial board 25.06.2020.

²⁰Главы 155 крупных компаний призывают восстанавливать экономику после кризиса с учетом борьбы с изменением климата [Электронный ресурс]. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/05/1378482>.

²¹Восстановление после пандемии должно быть ориентировано на развитие зеленой экономики [Электронный ресурс]. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/04/1376942> (дата обращения: 22.06.2020).

²²Там же.

УДК 349.6

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ БАЛАНСА ПУБЛИЧНЫХ И ЧАСТНЫХ ИНТЕРЕСОВ В СФЕРЕ ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЯ

И. С. ШАХРАЙ¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Анализируются особенности соотношения публичных и частных интересов в сфере природопользования и общие подходы к обеспечению их баланса. Обосновывается важность согласования всего спектра интересов (экономических, экологических, социальных и иных), определения их приоритетности и выражения указанных приоритетов в экологическом (природоресурсном) праве и законодательстве. Делается вывод о целесообразности развития правовых механизмов, в рамках которых поиск баланса интересов обеспечивается не только государством императивно, но и при непосредственном участии иных субъектов природоресурсных отношений.

Ключевые слова: право природопользования; публичные и частные интересы; баланс интересов; природоресурсное законодательство.

LEGAL PROBLEMS OF BALANCING PUBLIC AND PRIVATE INTERESTS IN THE FIELD OF NATURAL RESOURCES USAGE

I. S. SHAKHRAI^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The article analyses the features of the correlation of public and private interests in the field of natural resources usage and general approaches to ensuring their balance. The importance of harmonizing the entire spectrum of interests (economic, environmental, social and others), determining their priority and expressing these priorities in environmental (natural resource) law and legislation is substantiated. The conclusion is drawn on the advisability of developing legal mechanisms within which the search for a balance of interests is ensured not only by the state authorities imperatively, but also with the direct participation of other subjects of natural resource relations.

Keywords: nature management; public and private interests; balance of interests; natural resources legislation.

Введение

Использование природных ресурсов исторически являлось первой формой взаимодействия общества с окружающей средой. Первоначально правовому регулированию подвергались вопросы пользова-

ния земель и иными природными ресурсами. Уже на ранних этапах развития государственности устанавливались платежи за пользование лесными и земельными угодьями, предпринимались меры по

Образец цитирования:

Шахрай ИС. Правовые проблемы обеспечения баланса публичных и частных интересов в сфере природопользования. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2020;3:127–134.

For citation:

Shakhray IS. Legal problems of balancing public and private interests in the field of natural resources usage. *Journal of the Belarusian State University. Law.* 2020;3:127–134. Russian.

Автор:

Ирина Сергеевна Шахрай – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры экологического и аграрного права юридического факультета.

Author:

Irina S. Shakhray, PhD (law), docent; associate professor at the department of environmental and agricultural law, faculty of law.
shakhray@bsu.by
<https://orcid.org/0000-0001-9909-7532>

охране отдельных объектов природы [1, с. 462–463]. К XVI в. на территории современной Беларуси государство устанавливало нормативные требования по охране диких животных, лесов и т. п., в том числе ограничивающие возможность осуществления тех или иных видов пользования природными ресурсами. В дальнейшем обеспечивались не только владельческие права на природные объекты, но и экономические, финансовые, военные интересы государства [1, с. 464–465]. Возникала также необходимость правового обеспечения доступа к земельным, лесным, охотничьим, водным ресурсам местного населения. Например, в исследованиях Г. Ф. Шершеневича имущество природного происхождения, которое хотя и принадлежало государству (дороги, судоходные реки и озера и др.) либо городу (земли, предназначенные по городскому плану под площади, улицы и другие объекты), предоставлялось в общее пользование граждан ввиду «значительного культурного... интереса» [2, с. 155–156]. Таким образом, проблема правового обеспечения баланса интересов государства, собственника природных объектов и иных лиц имеет исторические корни.

Советские ученые связывали возможность использования земли и иных природных ресурсов в интересах всего общества с их национализацией, установлением права исключительной государственной собственности. Например, В. К. Григорьев указывал, что «национализация земли и ее природных богатств... означает не только отмену частной собственности на них... но и превращение этих важнейших объектов во всенародное достояние» [3, с. 34]. Г. А. Аксененок отмечал, что право государственной собственности на земли, недра, воды, леса обеспечивает их использование «исключи-

тельно в интересах социалистического хозяйства» [4, с. 15–16, 61]. В то же время законодательство предусматривало различные варианты предоставления права пользования природными ресурсами гражданам и организациям. В результате так или иначе возникал вопрос об объеме предоставляемых пользователям правомочий, степени самостоятельности природопользователей и пределах государственного вмешательства в их деятельность, соотношении права на извлечение полезных благ из природной среды и обязанностей природоохранного содержания. «Будучи исключительным собственником земли, ее недр, вод, лесов и животного мира, Советское государство обеспечивает правильное сочетание общественных и личных интересов в области использования природных богатств и охраны природной среды, защищая во всех необходимых случаях приоритет общественных интересов», – писал О. С. Колбасов [5, с. 57].

В современный период с проникновением частноправовых начал в регулирование природоресурсных отношений (в связи с развитием договорных форм природопользования, торгов как конкурентного способа предоставления природных ресурсов, права частной собственности на земельные участки и их оборот), возрастанием значения охраны окружающей среды (как на уровне правового регулирования, так и в общественном сознании), формированием и реализацией в национальном законодательстве концептуальных основ устойчивого развития, предполагающих поиск баланса экономических, экологических и социальных интересов, проблема соотношения публичных и частных интересов в сфере природопользования во многом приобретает новое звучание.

Основная часть

В научной литературе традиционно подчеркивается публичный характер природоресурсных отношений, что связывается со значением природных ресурсов как составной части окружающей среды, их нахождением в государственной собственности (так, конституционное положение об исключительной государственной собственности на природные ресурсы рассматривается Н. А. Карпович как концентрированное отражение публичных интересов и базис для эффективного природопользования в интересах народа Республики Беларусь [6, с. 37]), обязательным участием государства в таких отношениях (в зависимости от ситуации в качестве непосредственного участника или третьей стороны [7, с. 19]).

В то же время с позиций экономической науки, окружающая среда, как среда обитания человека, является общественным потребительским (публичным) благом, а входящие в ее состав природные ре-

сурсы рассматриваются как частное благо, потребляемое индивидуально [8, с. 7]. Являясь составной частью окружающей среды, природные ресурсы обладают выраженной экономической ценностью. Предоставляя их в пользование, государство удовлетворяет частные потребности и интересы, устанавливая при этом ряд ограничений, обусловленных публичным значением окружающей среды и ее компонентов. Природные ресурсы выступают в качестве материальной основы хозяйственной и иной деятельности (в природоресурсных отношениях «проявляется экономическая мощь любого государства» [9, с. 65]), но при этом их количество ограничено, а использование оказывает непосредственное влияние на качество окружающей среды.

Двойственный экологический и экономический характер отношений в сфере взаимодействия общества с окружающей средой, по мнению Т. И. Макаровой, предопределяет роль права, которая «дол-

жна заключаться в обеспечении правовыми средствами баланса между этими противоречивыми сторонами отношений в сфере окружающей среды» [10, с. 139]. Специфика эколого-правовой сферы отмечается и теоретиками права: так, Ю. А. Тихомиров указывает, что экологическое право насыщено «элементами публичного и частного права в весьма своеобразной пропорции» [11, с. 36]. При этом из всех общественных отношений в сфере взаимодействия общества с окружающей средой именно в сфере природопользования наиболее ярко проявляются сложности поддержания справедливого баланса публичных и частных интересов. «Ресурсовый интерес, – отмечает М. И. Васильева, – представляется явлением внутренне противоречивым, поскольку в нем сосредоточены прямо противоположные интересы» [12, с. 81].

Ответ на вопрос о том, в чем же проявляется публичный интерес в природоресурсных отношениях, весьма непрост. Во-первых, в целом достаточно трудно определить содержание и пределы действия публичного интереса, поскольку осознать и структурировать его гораздо сложнее, чем частный интерес [11, с. 55]. Во-вторых, имеет место «известная подвижность границ между публичным и частным интересами» [11, с. 59]. В-третьих, экологический интерес «в силу единства и общности окружающей среды практически всегда... имеет групповой уровень принадлежности» [12, с. 421], что обуславливает «вариабельность консолидированного интереса множества субъектов» [12, с. 421]. В-четвертых, природные ресурсы, как составная часть окружающей среды, характеризуются многогранным значением (не только экологическим, но и экономическим, социальным, научным, эстетическим и др.) для государства и общества в целом, а также для отдельных субъектов и их групп, а с учетом концептуальных основ устойчивого развития такие ресурсы должны сохранять возможность удовлетворять потребности будущих поколений. Основываясь на общетеоретическом понимании публичного интереса [11, с. 54–55], полагаем, что в сфере природопользования это обеспеченный правом интерес общества и государства в использовании всего многообразия свойств природных ресурсов, обеспечении доступа к таким ресурсам широкого круга субъектов, в сохранении природных ресурсов и окружающей среды в целом для настоящего и будущих поколений.

Учитывая публичное значение природных ресурсов, законодательство Республики Беларусь закрепляет императивный порядок решения ряда вопросов в сфере природоресурсных отношений. Так, уполномоченными государственными органами осуществляется определение структуры фондов природных ресурсов (например, отнесение земель и лесов к категориям, изменение их целевого назначения и характера использования), круга природ-

ных ресурсов, которые планируется предоставить в пользование (в том числе путем формирования перечней свободных (незанятых) земельных участков и перечней участков для реализации инвестиционных проектов, перечня месторождений полезных ископаемых, предлагаемых для передачи в концессию), установление ограничений и запретов (например, на осуществление лесопользования в границах особо охраняемых природных территорий; на сбор объектов растительного мира и охоту на представителей животного мира, относящихся к видам, включенным в Красную книгу Республики Беларусь), приостановление либо прекращение права пользования природными ресурсами в связи с нарушением пользователем установленных требований и т. д.

Однако, несмотря на общественную значимость природных ресурсов, публичный интерес нельзя считать доминирующим по умолчанию. Тем не менее природоресурсное законодательство Республики Беларусь нередко создает предпосылки для недостаточного учета интересов природопользователей, а также лиц, претендующих на предоставление им в пользование природных ресурсов. Наиболее ярко иллюстрирует эту проблему регулирование оснований и порядка изъятия природных ресурсов (земельных участков, участков недр, водных объектов) для государственных нужд. Закрепленное законодательством (ст. 1 Кодекса Республики Беларусь о земле от 23 июля 2008 г., ст. 34 Водного кодекса Республики Беларусь от 30 апреля 2014 г., ст. 36 Кодекса Республики Беларусь о недрах от 14 июля 2008 г.) понятие «государственные нужды» зачастую допускает возможность его произвольной расширительной трактовки. В частности, неопределенным является содержание таких нужд, как обеспечение национальной безопасности, охраны окружающей среды и историко-культурного наследия [13, с. 38]. В некоторых случаях публичная значимость потребностей, отнесенных к государственным нуждам, не является однозначной (например, связанных с реализацией градостроительных проектов, которые, помимо прочего, могут предусматривать использование земельных участков в целях, близких к первоначальному назначению изымаемых участков – многоквартирное жилищное строительство на месте малоэтажной жилой застройки и т. п.; инвестиционных договоров, которые, исходя из положений Закона Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 53-З «Об инвестициях», связаны с привлечением инвестиций, а значит в равной мере могут быть направлены и на получение прибыли (доходов), и на достижение иного значимого результата) [14, с. 244]. Эти примеры показывают, что в отношениях, связанных с принудительным изъятием природных ресурсов, законодатель фактически абсолютизирует интересы,

отнесенные к государственным нуждам по формальным, не всегда четким признакам, что нельзя считать обоснованным.

Вместе с тем гипертрофия частных интересов также является опасной. Так, в современный период тревогу вызывает тенденция расширения гражданско-правового влияния на природоресурсные, особенно земельные, отношения, что создает опасность недостаточного учета публичного значения природных ресурсов. В Российской Федерации указанная тенденция нашла отражение в концепции развития гражданского законодательства [15, с. 32; 16; 17]. В Республике Беларусь подобные предложения также звучали на уровне законотворческих инициатив [18]. В целом идея о необходимости расширения частноправового регулирования отношений собственности на природные ресурсы, права природопользования, его договорных форм высказываются (и, в свою очередь, подвергаются критике со стороны юристов-экологов) достаточно часто [19, с. 6–7]. Однако предоставление природных ресурсов в пользование и вовлечение их в оборот хотя и создает предпосылки для различной степени диспозитивности в регулировании природоресурсных отношений, но не отменяет их публичное значение и осуществление государством властных полномочий в данной сфере. Например, М. М. Бринчук подчеркивает, что земля, находящаяся в частной собственности, сохраняет органические экосистемные связи с природой, частью которой она является, и не теряет своей главной особенности быть публичным благом [20, с. 25]. С учетом сказанного полагаем, что важным является полное и последовательное регулирование природоресурсным законодательством отношений природопользования, поскольку в условиях недостаточности специальных (природоресурсных) норм субсидиарное применение положений гражданского законодательства может привести к неудовлетворительному учету публичных интересов в данной области (в первую очередь этот вывод относится к отношениям, связанным с реализацией субъектами прав на землю и иные природные ресурсы своих правомочий, предоставлением права природопользования на основании договоров, отчуждением земельных участков, применением способов защиты прав природопользователей, схожих с гражданско-правовыми).

Ключевой особенностью природоресурсных отношений является тесное переплетение интересов широкого круга субъектов, причем в зависимости от вида этих отношений в согласовании могут нуждаться не только публичные и частные, но и однопорядковые (публичные) интересы. Например, в большинстве случаев природопользователь реализует свой частный экономический интерес в потреблении природных благ. Но одновременно должна при-

ниматься во внимание вся совокупность интересов, которые, на наш взгляд, правомерно рассматривать как публичные: экономические интересы иных лиц, общества и государства (в сохранении запасов природных ресурсов, пригодных для использования в перспективе, в потенциальной возможности доступа широкого круга лиц к использованию природных ресурсов), экологические интересы, состоящие в обеспечении благоприятной окружающей среды, интересы граждан в осуществлении общего природопользования, удовлетворении культурных, рекреационных, эстетических потребностей. При этом публичные интересы могут объединять в себе частные: например, гарантированная неопределенному кругу граждан возможность осуществления общего природопользования входит одновременно в сферу и публичных, и частных интересов конкретных лиц в удовлетворении своих потребностей (экономических и, по выражению М. М. Бринчука, «наиболее жизненно важных интересов каждого человека, удовлетворяемых за счет дарованных Богом и потому бесценных и вечных ресурсов природы, о чем человек даже не задумывается в обыденной жизни» [19, с. 6]). Таким образом, в природоресурсной сфере нередко конкурируют экономические, экологические, социальные, иные интересы, которые не всегда возможно четко отнести к публичным либо частным.

С учетом сказанного актуальной является не столько градация интересов в рассматриваемой сфере на публичные и частные, сколько развитие механизмов согласования всего спектра интересов, определения степени их важности и выражения приоритетов в экологическом (природоресурсном) праве и законодательстве. Эта задача должна решаться как на этапе нормотворческой деятельности, так и правоприменительной практикой.

Следует отметить, что в каждой из отраслей природоресурсного законодательства Республики Беларусь сформировались схожие институты, в которых отражены подходы законодателя к обеспечению баланса публичных и частных интересов в сфере природопользования. Данные подходы определяют следующие позиции:

- формы собственности и систему правовых форм использования природных ресурсов;
- целевой характер права природопользования;
- содержание прав и обязанностей природопользователей по рациональному (устойчивому) использованию природных ресурсов и охране окружающей среды;
- пределы и условия оборота природных ресурсов;
- порядок и основания изъятия и предоставления природных ресурсов, в том числе изъятия для государственных нужд либо ограничения, приостановления, прекращения права природопользования

в связи с невыполнением пользователями своих обязанностей;

- установление ограничений прав природопользователей в публичных интересах, включая интересы охраны окружающей среды и градостроительного развития;

- порядок информационного обеспечения природоресурсных отношений, доступа к информации и участия в принятии значимых решений в сфере природопользования;

- условия и порядок реализации гражданами права общего природопользования;

- способы защиты прав субъектов природоресурсных отношений, в том числе порядок разрешения споров в сфере природопользования.

Здесь необходимо обратить внимание на ряд проблем. В частности, полнота регулирования идентичных отношений отраслевым природоресурсным законодательством существенно отличается, что зачастую обусловлено особенностями природных ресурсов (так, наиболее развиты нормы об обороте земельных участков, поскольку закрепляется возможность нахождения их в частной собственности), но также может быть связано с необоснованно неравномерным вниманием законодателя к тем или иным вопросам (например, порядок прекращения права природопользования в связи с нарушением пользователем установленных требований не получил последовательного закрепления во всех природоресурсных отраслях [21; 22], аналогичная ситуация складывается при регулировании несудебных способов разрешения природоресурсных споров [23, с. 237–239; 24; 25], установления ограничений права природопользования [26] и в ряде иных случаев).

Кроме того, в целом неразвитыми остаются многие правовые механизмы, призванные обеспечить надлежащий учет всего спектра интересов (в частности, механизмы общественного участия в принятии значимых решений, доступа к информации в сфере природопользования [27, с. 144; 28, с. 58–60; 25, с. 69–70; 29]), а ряд важных гарантий прав природопользователей и иных субъектов природоресурсных отношений недостаточно обеспечен. Например, надлежащей защите прав природопользователей при изъятии земельных участков, участков недр, водных объектов для государственных нужд препятствует отсутствие процедурных гарантий исключительности изъятия (невозможности удовлетворения государственных нужд без такого изъятия); неразработанность механизмов изучения альтернативных вариантов размещения объектов, предназначенных для реализации государственных нужд, учета мнения общественности и пользователей изымаемых природных ресурсов; закрытость принятия решений. Даже земельное законодательство, которое наиболее детально регулирует вопросы

изъятия земельных участков для государственных нужд и закрепляет обширный перечень предоставляемых при этом гарантий, не предполагает согласование с землепользователем изымаемого земельного участка во внесудебном порядке (на стадии подготовки решений) условий предоставления указанных гарантий, не обязывает государственные органы учитывать важные для землепользователя факторы (например, иные, помимо кадастровой стоимости, характеристики земельного участка, предоставляемого взамен изымаемого) либо мнение граждан, проживающих на соответствующей территории [30, с. 48; 25, с. 71].

Между тем в процессе изъятия и предоставления природных ресурсов задействовано значительное число субъектов, интересы которых нередко имеют конкурирующее значение (государственные органы и организации, пользователь изымаемого природного ресурса, будущий природопользователь, реализующий государственные нужды), что неизбежно порождает конфликт, обусловленный необходимостью реализовать публичные потребности и защитить права природопользователей, а также граждан, экологические права которых могут быть затронуты. В такой ситуации применение различных вариантов выработки согласованных решений, касающихся изъятия и предоставления природных ресурсов, обеспечение открытости процедур принятия таких решений могло бы стать эффективным способом защиты прав природопользователей, согласования всего спектра публичных и частных интересов. С учетом сказанного полагаем, что создание целостного механизма общественного участия в принятии значимых решений (связанных с изъятием и предоставлением как природных ресурсов, так и иных), устранение декларативных норм о таком участии и создание механизмов их реализации должно стать одним из векторов развития природоресурсного законодательства Республики Беларусь.

Следует также отметить, что закрепление императивного порядка решения многих вопросов в сфере природопользования вполне объяснимо и обосновано с учетом публичного значения природных ресурсов, однако в ряде случаев это делает природопользователя «бесправным» субъектом, который никак не может повлиять на принятие решений, затрагивающих его интересы. В качестве примеров можно привести уже упомянутое изъятие природных ресурсов для государственных нужд [14]; предоставление земельных участков в административном порядке, в рамках которого затруднено информационное обеспечение выбора испрашиваемого земельного участка [31]; реализацию гражданином, которому земельный участок предоставлен как нуждающемуся в улучшении жилищных условий, права на отчуждение земельного участка до истечения установленного срока; определение условий пе-

рехода права на земельный участок государству по волеизъявлению собственника [32, с. 58–59] и иные. С учетом сказанного, необходимо сформировать механизмы участия природопользователей в принятии решений, затрагивающих их интересы, а также систему эффективных способов защиты прав приро-

допользователей. С этих позиций в каждой из природоресурсных отраслей законодательства важно развитие административного и иных альтернативных способов разрешения споров, которые призваны способствовать урегулированию конфликтов на самом раннем этапе их возникновения.

Заключение

Многочисленные и разнообразные интересы в сфере природопользования находятся в сложном соотношении, при этом законодательство и правоприменительная практика, как правило, отдают приоритет публичным интересам. Это оправдано с учетом значения природных ресурсов, однако интересы природопользователей либо лиц, претендующих на предоставление им природных ресурсов в пользование, также нуждаются в должной защите.

Полагаем возможным сформулировать следующие условия достижения цели по поддержанию справедливого баланса публичных и частных интересов в сфере природопользования:

1) обеспечение правовой определенности, недопущение неоднозначного толкования норм законодательства, закрепляющих права и обязанности субъектов природоресурсных отношений, гарантии и способы защиты таких прав;

2) последовательное и согласованное развитие отраслевого природоресурсного законодательства (земельного, водного, лесного, о недрах, растительном и животном мире) на основе общих подходов,

но с учетом специфики отдельных природных ресурсов, что позволит, помимо прочего, сблизить правовой статус пользователей различных природных ресурсов и выработать систему согласованных эффективных способов поддержания баланса интересов в природоресурсной сфере (это важно и по причине того, что одному и тому же субъекту может предоставляться одновременно право пользования несколькими природными ресурсами, например, участком недр и земельным участком, необходимым для целей недропользования, водным объектом и прилегающим к нему земельным участком);

3) развитие правовых механизмов, в рамках которых поиск баланса интересов обеспечивается не только государством императивно, но и при непосредственном участии иных субъектов природоресурсных отношений (государственно-частного партнерства, участия общественности в принятии экологически значимых решений, согласительных процедур при принудительном изъятии природных ресурсов и решении иных вопросов, затрагивающих права природопользователей, и др.).

Библиографические ссылки

1. Карпович НА. Деятельность в сфере «природа – общество» государственных образований на территории Беларуси в дореволюционный период. В: Балашенка СА, редактор. *Гісторыя і сучаснасць: беларуская дзяржаўнасць ва ўсходнеўрапейскім цывілізацыйным кантэксце*. Мінск: Бизнесофсет; 2012. с. 459–468.
2. Шершеневич ГФ. *Учебник русского гражданского права*. Москва: И. Н. Кушнерев и К^о; 1911. 851 с.
3. Григорьев ВК. *Вопросы теории земельного права*. Москва: Госюриздат; 1963. 210 с.
4. Аксененок ГА. *Право государственной собственности на землю в СССР*. Москва: Госюриздат; 1950. 307 с.
5. Колбасов ОС. *Экология: политика – право: Монография*. В: Колбасов ОС. *Избранное*. Москва: РГУП; 2017. с. 27–172.
6. Карпович НА. Конституция Республики Беларусь как правовая основа экологической политики государства. В: Балашенко СА, редактор. *Информационно-правовая поддержка охраны окружающей среды и устойчивого развития: по материалам круглых столов*. Минск: Топпринт; 2014. с. 35–37.
7. Васильева МИ. Субъекты экологических правоотношений. *Вестник Московского университета. Серия 11. Право*. 2009;5:3–27.
8. Балашенко СА, Лизгаро ВЕ, Макарова ТИ. *Экологическое право*. Минск: Вышэйшая школа; 2016. 383 с.
9. Макарова ТИ. Инструментальный метод в исследовании эффективности экологического права. В: Карпович НА, редактор. *Право в современном белорусском обществе. Выпуск 12*. Минск: Бизнесофсет; 2017. с. 61–68.
10. Макарова ТИ. Принципы экологического права: к вопросу о разработке современных теоретико-правовых подходов. *Веснік Беларускага дзяржаўнага ўніверсітэта. Серыя 3: Гісторыя. Філасофія. Псіхалогія. Паліталогія. Сацыялогія. Эканоміка. Права*. 2011;3:137–141.
11. Тихомиров ЮА. *Публичное право*. Москва: БЕК; 1995. 496 с.
12. Васильева МИ. *Публичные интересы в экологическом праве*. Москва: Издательство МГУ; 2003. 424 с.
13. Солтанович А, Русецкий О. Совершенствование законодательства в сфере изъятия и предоставления земельных участков (антикоррупционный аспект). *Законность и правопорядок*. 2009;1:35–40.
14. Шахрай ИС. Некоторые проблемы правового регулирования изъятия земельных участков для государственных нужд. В: Балашенко СА, Макарова ТИ, редакторы. *Приоритетные направления развития экологического, земельного и аграрного права: материалы Республиканского круглого стола, приуроченного к юбилею доктора юридических наук профессора Т. И. Макаровой; 30 марта 2017 г.; Минск, Беларусь*. Минск: Издательский центр БГУ; 2017. с. 244–248.
15. Толстой ЮК. О Концепции развития гражданского законодательства. *Журнал российского права*. 2010;1:31–38.
16. Боголюбов СА. Земельное законодательство и Концепция развития гражданского законодательства. *Журнал российского права*. 2010;1:38–47.
17. Бринчук ММ. Концепция развития гражданского законодательства: взгляд эколога. *Правовое государство: теория и практика*. 2012;3:41–54.

18. Хмара ИВ. Беларуси снова появится частная собственность? Кодекс о земле хотят изменить [Интернет; процитировано 5 июня 2020 г.]. Доступно по: <https://realt.by/news/article/22919>.
19. Бринчук ММ. Экологическое право в правовой системе. *Астраханский вестник экологического образования*. 2013;1(23):4–20.
20. Бринчук ММ. Природа – публичное благо. *Государство и право*. 2013;8:15–26.
21. Шахрай ИС. Приостановление, ограничение, прекращение права природопользования как меры государственного принуждения. В: Семашко ЕВ, редактор. *Перспективные решения актуальных проблем государственного строительства и международного права*. Минск: Четыре четверти; 2017. с. 162–174.
22. Шингель НА. Прекращение права природопользования: материально-правовые и процессуально-правовые аспекты. В: Колядко ИН, редактор. *Проблемы гармонизации материально-правовых и процессуальных средств защиты права: материалы Международного круглого стола; 26 октября 2018 г.; Минск, Беларусь*. Минск: БГУ; 2019. с. 99–102.
23. Скобелев ВП, Шахрай ИС. Актуальные вопросы подведомственности и подсудности административных споров в сфере природоресурсных отношений. В: Гиззатулин РХ, редактор. *Актуальные проблемы государственной экологической политики: сборник материалов Международной научно-практической конференции; 18 октября 2017 г.; Уфа, Россия*. Уфа: БашГУ; 2017. с. 236–245.
24. Шингель НА. Правовые проблемы разрешения споров в сфере распределения природных ресурсов В: Карпович НА, редактор. *Право в современном белорусском обществе. Выпуск 13*. Минск: Колорград; 2018. с. 618–624.
25. Шахрай ИС. Альтернативные механизмы урегулирования административных споров в сфере земельных и иных природоресурсных отношений: проблемы и перспективы. *Право.by*. 2018;3:68–74.
26. Шингель НА. Об ограничениях права природопользования. В: Сивец СМ, редактор. *Научные чтения памяти профессора В.И. Семенкова: Республиканская научно-практическая конференция с международным участием; 7 декабря 2017 г.; Минск, Беларусь*. Минск: Четыре четверти; 2017. с. 364–367.
27. Лизгаро ВЕ. Некоторые тенденции развития законодательства, обеспечивающего участие общественности в решении вопросов, связанных с окружающей средой. В: Верера ИВ, редактор. *Конституционные права и свободы: проблемы интерпретации и реализация в национальных правовых системах: сборник статей Международной научно-практической конференции; 28–29 октября 2016 г.; Новополоцк, Беларусь. Том 3*. Новополоцк: ПГУ; 2016. с. 142–148.
28. Хотько ОА. Законодательные способы разрешения конфликта интересов в землепользовании: поиски решения проблемы. *Юстиция Беларуси*. 2016;12:57–61.
29. Шахрай ИС. Некоторые проблемы обеспечения права на информацию в сфере природопользования В: Василевич ГА, редактор. *Конституционно-правовые основы развития Республики Беларусь как социального государства в современных условиях: материалы Международной научно-практической конференции; 3–4 октября 2019 г.; Минск, Беларусь*. Минск: БГУ; 2019. с. 453–458.
30. Шахрай И. Правовое регулирование распределения и перераспределения земельных участков в контексте устойчивого развития. *Юстиция Беларуси*. 2015;4:45–49.
31. Шахрай ИС. Некоторые проблемы информационного обеспечения прав лиц, заинтересованных в предоставлении земельных участков В: Здрок ОН, редактор. *Теоретико-прикладные проблемы реализации и защиты субъективных прав в контексте инновационного социально-экономического развития общества: тезисы докладов Международной научно-практической конференции, посвященной памяти Н. Г. Юркевича; 20–21 апреля 2018 г.; Минск, Беларусь*. Минск: БГУ; 2018. с. 305–308.
32. Шахрай ИС. Публичный оборот земель: содержание и некоторые проблемы правового регулирования. *Юстиция Беларуси*. 2020;6:56–61.

References

1. Karpovich NA. [Activities in the sphere of «nature – society» of state formations on the territory of Belarus in the pre-revolutionary period]. In: Balashenko SA, editor. *Gistoryja i suchasnac': belaruskaja dzjarzhawnasc' va wshodneewrapajskim cyvilizacyjnym kantjeksce* [History and modernity: Belarusian statehood in the Eastern European civilizational context]. Minsk: Biznestofset; 2012. p. 459–468. Russian.
2. Shershenevich GF. *Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava* [Textbook of Russian civil law]. Moscow: I. N. Kushnerev i K°; 1911. 851 p. Russian.
3. Grigor'ev VK. *Voprosy teorii zemel'nogo prava* [Questions of the theory of land law]. Moscow: Gosyurizdat; 1963. 210 p. Russian.
4. Aksenonok GA. *Pravo gosudarstvennoi sobstvennosti na zemlyu v SSSR* [State ownership of land in the USSR]. Moscow: Gosyurizdat; 1950. 307 p. Russian.
5. Kolbasov OS. [Ecology: politics – law]. In: Kolbasov OS. *Izbrannoe* [Selected works]. Moscow: Rossiiskii gosudarstvennyi universitet pravosudiya; 2017. p. 27–172. Russian.
6. Karpovich NA. [The Constitution of the Republic of Belarus as the legal basis of environmental policy of the state]. In: Balashenko SA, editor. *Informatsionno-pravovaya podderzhka okhrany okruzhayushchei sredy i ustoichivogo razvitiya: po materialam kruglykh stolov* [Legal support for environmental protection and sustainable development: based on the materials of round tables]. Minsk: Topprint; 2014. p. 35–37. Russian.
7. Vasil'eva MI. [The subjects of environmental relations]. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 11. Pravo*. 2009;5:3–27.
8. Balashenko SA, Lizgaro VE, Makarova TI. *Ekologicheskoe pravo* [Environmental law]. Minsk: Vyshhejskaja shkola; 2016. 383 p. Russian.
9. Makarova TI. [The instrumental method in the study of the effectiveness of environmental law]. In: Karpovich NA, editor. *Pravo v sovremennom belorusskom obshchestve* [Law in modern Belarusian society]. Minsk: Biznesofset; 2017. p. 61–68. Russian.
10. Makarova TI. [Principles of environmental law: on the development of modern theoretical and legal approaches]. *Vesnik Belaruskaga dzjarzhavnaga wniversitjeta. Seryja 3: Gistoryja. Filasofija. Psihologija. Palitalogija. Sacyjalogija. Jekanomika. Prava*. 2011;3:137–141. Russian.
11. Tikhomirov YuA. *Publichnoe pravo* [Public law]. Moscow: BEK; 1995. 496 p. Russian.

12. Vasil'eva MI. *Publichnye interesy v ekologicheskom prave* [Public interests in environmental law]. Moscow: Publishing house A. Lomonosov Moscow State University; 2003. 424 p. Russian.
13. Soltanovich A, Rusetskiy O. [Improving legislation in the field of land acquisition and provision (anti-corruption aspect)]. *Zakonnost' i pravoporyadok*. 2009;1:35–40. Russian.
14. Shakhrai IS. [Some problems of legal regulation of land acquisition for state needs]. In: Balashenko SA, Makarova TI, editors. *Prioritetnye napravleniya razvitiya ekologicheskogo, zemel'nogo i agrarnogo prava: materialy Respublikanskogo kruglogo stola, priurochennogo k yubileyu doktora yuridicheskikh nauk professora T. I. Makarovo; 30 marta 2017 g.; Minsk, Belarus'* [Priority areas for the development of environmental, land and agricultural law: materials of the Republican round table dedicated to the anniversary of doctor of science (law), professor T. I. Makarova; 2017 March 30; Minsk, Belarus]. Minsk: Izdatel'skii tsentr BGU; 2017. p. 244–248. Russian.
15. Tolstoy YuK. On development of concept of civil legislation. *Journal of Russian Law*. 2010;1:31–38. Russian.
16. Bogolyubov SA. Land legislation and development of concept for civil legislation. *Journal of Russian Law*. 2010;1:38–47. Russian.
17. Brinchuk MM. Conception of civil legislation development from the ecologist point of view. *The Rule of Law State: Theory and Practice*. 2012;3:41–54. Russian.
18. Khmara IV. [Private property will appear again in Belarus? Earth Code wants to change] [Internet; cited 2020 June 5]. Available from: <https://realt.by/news/article/22919>.
19. Brinchuk MM. Environmental law in the legal system. *Astrakhanskii vestnik ekologicheskogo obrazovaniya*. 2013;1(23): 4–20. Russian.
20. Brinchuk MM. Nature is a public good. *State and Law*. 2013;8:15–26. Russian.
21. Shakhrai IS. [Suspension, restriction, termination of environmental rights as a measure of state coercion]. In: Semashko EV, editor. *Perspektivnye resheniya aktual'nykh problem gosudarstvennogo stroitel'stva i mezhdunarodnogo prava* [Promising solutions to pressing problems of state building and international law]. Minsk: Four quarters; 2017. p. 162–174. Russian.
22. Shingel' NA. [Termination of environmental rights: substantive and procedural aspects]. In: Kolyadko IN, editor. *Problemy garmonizatsii material'no-pravovykh i protsessual'nykh sredstv zashchity prava: materialy Mezhdunarodnogo kruglogo stola; 26 oktyabrya 2018 g.; Minsk, Belarus'* [Problems of harmonization of substantive and procedural remedies of law: materials of the International round table; 2018 October 26; Minsk, Belarus]. Minsk: Belarusian State University; 2019. p. 99–102. Russian.
23. Skobelev VP, Shakhrai IS. [Actual issues of jurisdiction of administrative disputes in the field of natural resource relations]. In: Gizzatullin RH, editor. *Aktual'nye problemy gosudarstvennoi ekologicheskoi politiki: sbornik materialov Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii; 18 oktyabrya 2017 g.; Ufa, Rossiya* [Actual problems of state environmental policy: a collection of materials of the International scientific and practical conference; 2017 October 18; Ufa, Russia]. Ufa: Bashkir State University; 2017. p. 236–245. Russian.
24. Shingel' NA. [Legal issues of dispute resolution in the field of distribution of natural resources]. In: Karpovich NA, editor. *Pravo v sovremennom belorusskom obshchestve. Vypusk 13* [Law in modern Belarusian society. Issue 13]. Minsk: Kolorgrad; 2018. p. 618–624. Russian.
25. Shakhrai IS. [Alternative mechanisms for the settlement of administrative disputes in the field of land and other natural resource relations: problems and prospects]. *Pravo.by*. 2018;3:68–74. Russian.
26. Shingel' NA. [About restrictions on the right to use nature]. In: Sivets SM, editor. *Nauchnye chteniya pamyati professora VI. Semenkov: Respublikanskaya nauchno-prakticheskaya konferentsiya s mezhdunarodnym uchastiem; 7 dekabrya 2017 g.; Minsk, Belarus'* [Scientific readings in memory of professor VI. Semenkov: Republican scientific-practical conference from international participation; 2017 December 7; Minsk, Belarus]. Minsk: Four quarters; 2017. p. 364–367.
27. Lizgaro VE. [Some trends in the development of legislation ensuring public participation in resolving environmental issues]. In: Vegera IV, editor. *Konstitucionnye prava i svobody: problemy interpretatsii i realizatsiya v nacional'nykh pravovykh sistemah: sbornik statej Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoi konferentsii; 28–29 oktjabrya 2016 g.; Novopolotsk, Belarus'. Tom 3* [Constitutional rights and freedoms: problems of interpretation and implementation in national legal systems: a collection of scientific papers. of International scientific-practical conference; 2016 October 28–29; Novopolotsk, Belarus. Volume 3]. Novopolotsk: Polotsk State University; 2016. p. 142–148.
28. Khot'ko OA. [Legislative methods for resolving conflicts of interest in land use: finding a solution to the problem]. *Yustitsiya Belarusi*. 2016;12:57–61. Russian.
29. Shakhrai IS. [Some problems of securing the right to information in the field of environmental management]. In: Vasilevich GA, editor. *Konstitutsionno-pravovye osnovy razvitiya Respubliki Belarus' kak sotsial'nogo gosudarstva v sovremennykh usloviyakh: materialy Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoi konferentsii; 3–4 oktyabrya 2019 g.; Minsk, Belarus'* [Constitutional and legal foundations of the development of the Republic of Belarus as a social state in modern conditions: materials of the international scientific-practical conferences; 2019 October 3–4; Minsk, Belarus]. Minsk: Belarusian State University; 2019. p. 453–458. Russian.
30. Shakhrai I. [Legal regulation of the distribution and redistribution of land in the context of sustainable development]. *Yustitsiya Belarusi*. 2015;4:45–49. Russian.
31. Shakhrai IS. [Some problems of information support of the rights of persons interested in providing land plot]. In: Zdrok ON, editor. *Teoretiko-prikladnye problemy realizatsii i zashchity sub'ektivnykh prav v kontekste innovatsionnogo sotsial'no-ekonomicheskogo razvitiya obshchestva: tezisy dokladov Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoi konferentsii, posvyashchennoi pamyati N. G. Yurkevicha; 20–21 aprelya 2018 g.; Minsk, Belarus'* [Theoretical and applied problems of the implementation and protection of subjective rights in the context of innovative socio-economic development of society: theses of the International scientific-practical conference in memory of N. G. Yurkevich; 2018 April 20–21; Minsk, Belarus]. Minsk: Belarusian State University; 2018. p. 305–308. Russian.
32. Shakhrai IS. [Public turnover of land: content and some problems of legal regulation]. *Yustitsiya Belarusi*. 2020;6:56–61.

АННОТАЦИИ ДЕПОНИРОВАННЫХ В БГУ РАБОТ

INDICATIVE ABSTRACTS OF THE PAPERS DEPOSITED IN BSU

УДК 342.34(476)(06)

Актуальные направления развития демократии в Республике Беларусь на современном этапе [Электронный ресурс] : сб. материалов круглого стола, посвящ. 26-летней годовщине принятия Конституции Респ. Беларусь (Минск, 27 марта 2020 г.) / БГУ ; [редкол.: Г. А. Василевич и др.]. Электрон. текстовые дан. Минск : БГУ, 2020. 225 с. Библиогр. в конце ст. Режим доступа: <https://elib.bsu.by/handle/123456789/248463>. Загл. с экрана. Деп. 15.09.2020, № 011015092020.

В сборник вошли доклады, представленные на круглом столе «Актуальные направления развития демократии в Республике Беларусь на современном этапе», посвященном 26-летней годовщине принятия Конституции Республики Беларусь, который проводился 27 марта 2020 г. в Белорусском государственном университете (Минск, Беларусь).

Адресуется ученым, преподавателям, аспирантам, магистрантам, студентам, а также всем, кто интересуется вопросами актуальных направлений развития демократии в Республике Беларусь на современном этапе. Все материалы представлены в авторской редакции.

СОДЕРЖАНИЕ

Ад рэдакцыі.....	3
ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА	
<i>Вершок И. Л.</i> Методологические проблемы определения правосознания как категории философии и юридического феномена	4
<i>Калинин С. А.</i> Мир-системный анализ в методологии теоретической юриспруденции	14
КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО	
<i>Крюссман Т.</i> Права человека в борьбе с организованной преступностью и проблема нелегальной миграции в Европе	24
<i>Алимов Э. В., Малютин Н. С.</i> Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по вопросам генетической истории семьи и суррогатного материнства.....	30
<i>Маркова Е. Н.</i> Обязательная вакцинация в эпоху пандемии COVID-19: вводить нельзя отменить.....	38
<i>Масловская Т. С.</i> Конституционная модернизация: современные векторы развития	46
<i>Пейру-Сиссоко М.-О.</i> Нематериальный общественный порядок во французском публичном праве	53
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС	
<i>Иванова Д. В.</i> Развитие системы законодательства Республики Беларусь об интеллектуальной собственности	60
<i>Мещанова М. В.</i> Место международных договоров в системе источников международного частного права	69
<i>Романова О. Н.</i> Исключительная международная подсудность в договорах о правовой помощи Республики Беларусь	78
<i>Скобелев В. П.</i> Рассмотрение судами дел, связанных с установлением происхождения детей: о нерешенных процессуальных проблемах.....	84
ФИНАНСОВОЕ ПРАВО И НАЛОГОВОЕ ПРАВО	
<i>Пилипенко А. А.</i> Научно-нормативное моделирование добросовестности участников налоговых отношений	94
УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА	
<i>Хлус А. М.</i> Стратегические аспекты противодействия коррупции в Беларуси: проблемы и пути их решения.....	101
<i>Шидловский А. В.</i> Обусловленность дифференциации уголовной наказуемости: ретроспективный опыт формирования национального уголовного кодекса и новые законодательные изменения.....	107
ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО, ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ ПРАВО И АГРАРНОЕ ПРАВО	
<i>Алиев А. И., Гусейнов Т. И.</i> Проблема изменения климата: новые вызовы международно-правового регулирования	120
<i>Шахрай И. С.</i> Правовые проблемы обеспечения баланса публичных и частных интересов в сфере природопользования	127
Аннотации депонированных в БГУ работ.....	135

CONTENTS

Editorial.....	3
THEORY AND HISTORY OF LAW AND STATE	
<i>Vershok I. L.</i> Methodological problems of determining the concept of legal consciousness as a category of philosophy and a legal phenomenon.....	4
<i>Kalinin S. A.</i> World-system analysis in the methodology of theoretical jurisprudence.....	14
CONSTITUTIONAL LAW AND ADMINISTRATIVE LAW	
<i>Kruessmann T.</i> Human rights in combating organised crime and the problem of «illegal» migration in Europe	24
<i>Alimov E. V., Malyutin N. S.</i> Legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation on genetic history of the family and surrogacy	30
<i>Markova E. N.</i> Mandatory vaccination in the era of the COVID-19 pandemic: shall we either introduce or cancel the requirement?	38
<i>Maslovskaya T. S.</i> Constitutional modernisation: modern development vecteurs	46
<i>Peyroux-Sissoko M.-O.</i> Immaterial public order in French public law	53
CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE	
<i>Ivanova D. V.</i> Development of the system of intellectual property legislation of the Republic of Belarus.....	60
<i>Miaschchanava M. V.</i> Place of international treaties in the system of sources of international private law	69
<i>Ramanava O. N.</i> Exclusive international jurisdiction in contracts on legal aid of the Republic of Belarus.....	78
<i>Skobelev V. P.</i> Court review of cases related to the determination of the origin of children: on unresolved procedural problems	84
FINANCE LAW AND TAX LAW	
<i>Pilipenka A. A.</i> Scientific and statutory modelling of the participants' good faith in tax relations.....	94
CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS	
<i>Khilus A. M.</i> Strategic aspects of countering corruption in Belarus: problems and ways of their solution.....	101
<i>Shidlovsky A. V.</i> Conditionality of differentiation of criminal punishability: retrospective experience in formation of the national criminal code and new legislative dimensions	107
ENVIRONMENTAL LAW, NATURAL RESOURCES LAW AND AGRARIAN LAW	
<i>Aliiev A. I., Huseynov T. I.</i> Climate change problem: new challenges of international legal regulation.....	120
<i>Shakhray I. S.</i> Legal problems of balancing public and private interests in the field of natural resources usage	127
Indicative abstracts of the papers deposited in BSU.....	135

Журнал включен Высшей аттестационной комиссией Республики Беларусь в Перечень научных изданий для опубликования результатов диссертационных исследований по юридическим наукам.

Журнал включен в библиографическую базу данных научных публикаций «Российский индекс научного цитирования» (РИНЦ).

**Журнал Белорусского
государственного университета. Право.
№ 3. 2020**

Учредитель:
Белорусский государственный университет

Юридический адрес: пр. Независимости, 4,
220030, г. Минск.
Почтовый адрес: пр. Независимости, 4,
220030, г. Минск.
Тел. (017) 259-70-74, (017) 259-70-75.
E-mail: jlaw@bsu.by
URL: <https://journals.bsu.by/index.php/law>

«Журнал Белорусского государственного
университета. Право» издается с января 1969 г.
До 2017 г. выходил под названием «Веснік БДУ.
Серыя 3, Гісторыя. Эканоміка. Права»
(ISSN 2308-9172).

Редакторы *А. С. Люкевич, С. Е. Богуш*
Технические редакторы *Т. А. Караневич, Д. Ф. Когут*
Корректор *К. Б. Скакун*

Подписано в печать 30.09.2020.
Тираж 135 экз. Заказ 371.

Республиканское унитарное предприятие
«Информационно-вычислительный центр
Министерства финансов Республики Беларусь».
ЛП № 02330/89 от 03.03.2014.
Ул. Кальварийская, 17, 220004, г. Минск.

© БГУ, 2020

**Journal
of the Belarusian State University. Law.
No. 3. 2020**

Founder:
Belarusian State University

Registered address: 4 Niezaliežnasci Ave.,
Minsk 220030.
Correspondence address: 4 Niezaliežnasci Ave.,
Minsk 220030.
Tel. (017) 259-70-74, (017) 259-70-75.
E-mail: jlaw@bsu.by
URL: <https://journals.bsu.by/index.php/law>

«Journal of the Belarusian State University. Law»
published since January, 1969.
Until 2017 named «Vesnik BDU.
Seryja 3, Gistoryja. Jekanomika. Prava»
(ISSN 2308-9172).

Editors *A. S. Lyukevich, S. J. Bohush*
Technical editors *T. A. Karanovich, D. F. Kogut*
Proofreader *K. B. Skakun*

Signed print 30.09.2020.
Edition 135 copies. Order number 371.

Republican Unitary Enterprise
«Informatsionno-vychislitel'nyi tsentr
Ministerstva finansov Respubliki Belarus'».
License for publishing No. 02330/89, 3 March, 2014.
17 Kalvaryjskaja Str., Minsk 220004.

© BSU, 2020