



СИБИРСКОЕ ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБОЗРЕНИЕ

Том 20 · № 2

• 2023 •

Vol. 20 · No. 2

SIBERIAN LAW REVIEW

DOI: 10.19073/2658-7602

Учредитель и издатель:

частное образовательное учреждение высшего образования
«Сибирский юридический университет»

Адрес издателя и редакции:

ул. Короленко, 12, Омск, 644010, Россия
Телефон: (3812) 37-68-55. E-mail: nauka@siblu.ru

© Редакция научного журнала
«Сибирское юридическое обозрение», 2023

Founder and publisher:

private educational institution of higher education
“Siberian Law University”

Address of the publisher and the editorial office:

12 Korolenko st., Omsk, 644010, Russia
Phone: (3812) 37-68-55. E-mail: nauka@siblu.ru

© The editorial board of the scientific journal
“Siberian Law Review”, 2023

Журнал включен в:

- Перечень рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук;
- Категорию 1 (К 1) журналов, входящих в перечень рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук;
- базу данных «Российский индекс научного цитирования»;
- каталог Ulrich's Periodicals Directory – авторитетную базу данных, которая содержит библиографическую информацию о научных периодических изданиях мира;
- Directory of Open Access Journals (DOAJ) – ведущую международную базу журналов открытого доступа;
- электронный периодический справочник «Система ГАРАНТ»;
- научную электронную библиотеку «КиберЛенинка» и др.

В соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 1 Федерального закона от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» настоящий журнал знаком информационной продукции не маркируется.

The journal is included in:

- the List of peer-reviewed scientific journals, in which the main scientific results of dissertations for the degrees of candidate of sciences and doctor of sciences must be published;
- Category 1 (K 1) of the list of peer-reviewed scientific journals, in which the main scientific results of dissertations for the degrees of candidate of sciences and doctor of science must be published;
- the database “Russian science citation index”;
- Ulrich's Periodicals Directory is an authoritative database that contains bibliographic information about scientific periodicals of the world;
- Directory of Open Access Journals (DOAJ) – a community-curated online directory that indexes and provides access to high quality, open access, peer-reviewed journals;
- legal information database “GARANT System”;
- scientific electronic library “CyberLeninka” and others.



Контент доступен под лицензией Creative Commons Attribution 4.0 License.
This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 License.

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

**Председатель редакционной коллегии –
главный редактор**

Соловей Юрий Петрович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации (Сибирский юридический университет, Омск, Российская Федерация);

Заместитель главного редактора

Караманукян Давид Тониевич – кандидат юридических наук, доцент (Сибирский юридический университет, Омск, Российская Федерация);

Ответственный секретарь

Агеева Алена Викторовна – кандидат юридических наук (Сибирский юридический университет, Омск, Российская Федерация);

Бабурин Василий Васильевич – доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации (Омская академия МВД России, Омск, Российская Федерация);

Бавсун Максим Викторович – доктор юридических наук, профессор (Санкт-Петербургский университет МВД России, Санкт-Петербург, Российская Федерация);

Бекетов Олег Иванович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации (Омская академия МВД России, Омск, Российская Федерация);

Гатт Лузилла – профессор частного права (Университет Неаполя им. Сестры Орсола Бенинкасой, Неаполь, Италия; Республика Италия);

Герасименко Юрий Васильевич – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации (Уполномоченный по защите прав предпринимателей в Омской области, Сибирский юридический университет, Омск, Российская Федерация);

Гундур Раджив – доктор философии в области криминологии (PhD in Criminology) (Университет Флиндерс, Аделаида, Содружество Австралии);

Деришев Юрий Владимирович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации (Сибирский юридический университет, Омск, Российская Федерация);

Кархалев Денис Николаевич – доктор юридических наук (Сибирский юридический университет, Омск, Российская Федерация);

Кодан Сергей Владимирович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации (Уральский государственный юридический университет имени В. Ф. Яковлева, Екатеринбург, Российская Федерация);

Кожевина Марина Анатольевна – доктор юридических наук, кандидат исторических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации (Омская академия МВД России, Омск, Российская Федерация);

Кононов Павел Иванович – доктор юридических наук, профессор (Второй арбитражный апелляционный суд г. Кирова, Киров, Российская Федерация);

Коэн-Альмагор Рафаэль – профессор, доктор философии в области политики (Университет Халла, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии);

Кузьмина Ирина Дмитриевна – доктор юридических наук, доцент (Сибирский федеральный университет, Красноярск, Российская Федерация);

Луговик Виктор Федорович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации (Омская академия МВД России, Омск, Российская Федерация);

Мэгс Питер Б. – профессор-исследователь (Юридический колледж Университета Иллинойса, Шампейн, Иллинойс, Соединенные Штаты Америки);

Мюллер Амрей – доктор юридических наук, доцент (Юридическая школа Сазерленда UCD, Дублин, Республика Ирландия);

Озунгур Фахри – доктор философии в области права, семьи, бизнеса (Университет Мерсин, Мерсин, Турецкая Республика);

Паризи Франческо – профессор права (Университет Миннесоты, Миннеаполис, Миннесота, Соединенные Штаты Америки), профессор экономики (Болонский университет, Болонья, Италия; Республика Италия);

Пфандер Джеймс Э. – профессор права (Юридическая школа Северо-Западного Притцкера, Чикаго, Иллинойс, Соединенные Штаты Америки);

Пьеткевич Михал – доктор философии в области права (Варминьско-Мазурский университет, Ольштын, Республика Польша);

Руда-Гонсалес Альберт – доцент в области частного права (Университет Жироны, Жирона, Королевство Испания);

Торнхилл Кристофер – профессор права (Манчестерский университет, Англия, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии);

Хамедов Иса Ахлиманович – доктор юридических наук, профессор, имеет дипломатический ранг (Университет мировой экономики и дипломатии МИД Республики Узбекистан, Ташкент, Республика Узбекистан);

Хоссейн Мд Саззад – доктор философии в области защиты прав человека (Азиатско-Тихоокеанский университет, Дакка, Народная Республика Бангладеш);

Цуканов Николай Николаевич – доктор юридических наук, доцент (Сибирский юридический институт МВД России, Красноярск, Российская Федерация);

Чен Джеймс Мин – профессор права (Юридический колледж Университета штата Мичиган, Ист-Лансинг, Мичиган, Соединенные Штаты Америки);

Черников Валерий Васильевич – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации (Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет им. Н. И. Лобачевского, Нижний Новгород, Российская Федерация);

Шарапов Роман Дмитриевич – доктор юридических наук, профессор (Университет прокуратуры Российской Федерации, Санкт-Петербург, Российская Федерация).

SIBERIAN LAW REVIEW

Scientific journal

Volume 20, no. 2

2023

Published since 2004

Published four times a year

Previous titles of the journal:

“Vestnik of the Omsk Law Institute” ISSN 2222-856X (2004 – first half of 2012);

“Vestnik of the Omsk Law Academy” ISSN 2306-1340 (print), 2410-8812 (online)
(second half of 2012 – first half of 2019)

EDITORIAL BOARD

The Chairman of the Editorial Board – Editor-in-Chief

Yury P. Solovey – Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Siberian Law University, Omsk, Russian Federation;

Deputy Editor-in-chief

David T. Karamanukyan – Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Siberian Law University, Omsk, Russian Federation;

Executive Secretary

Alena V. Ageeva – Candidate of Legal Sciences, Siberian Law University, Omsk, Russian Federation;

Vasilii V. Baburin – Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Worker of Higher School of the Russian Federation, Omsk Academy of the Ministry of the Interior of Russia, Omsk, Russian Federation;

Maxim V. Bavsun – Doctor of Legal Sciences, Professor, Saint Petersburg University of the Ministry of the Interior of Russia, Saint Petersburg, Russian Federation;

Oleg I. Beketov – Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Omsk Academy of the Ministry of the Interior of Russia, Omsk, Russian Federation;

James Ming Chen – Professor of Law, Michigan State University College of Law, East Lansing, Michigan, United States of America;

Valerii V. Chernikov – Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, National Research Lobachevsky State University of Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod, Russian Federation;

Raphael Cohen-Almagor – D. Phil. in political theory, University of Hull, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland;

Yury V. Derishev – Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Siberian Law University, Omsk, Russian Federation;

Lucilla Gatt – Professor of Private Law, Suor Orsola Benincasa University of Naples, Naples, Italian Republic;

Yury V. Gerasimenko – Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Ombudsman for the Protection of the Rights of Entrepreneurs in the Omsk Region, Siberian Law University, Omsk, Russian Federation;

Rajeev Gundur – PhD in Criminology, Flinders University, Adelaide, Commonwealth of Australia;

Md Sazzad Hossain – PhD in Law, University of Asia Pacific, Dhaka, People's Republic of Bangladesh;

Denis N. Karkhalev – Doctor of Legal Sciences, Siberian Law University, Omsk, Russian Federation;

Isa A. Khamedov – Doctor of Legal Sciences, Professor, has a diplomatic rank, University of World Economy and

Diplomacy of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Uzbekistan, Tashkent, Republic of Uzbekistan;

Sergei V. Kodan – Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Ural State Law University named after V. F. Yakovlev, Yekaterinburg, Russian Federation;

Pavel I. Kononov – Doctor of Legal Sciences, Professor, Second Arbitration Court of Appeal of Kirov, Kirov, Russian Federation;

Marina A. Kozhevina – Doctor of Legal Sciences, Candidate of Historical Sciences, Professor, Honored Worker of Higher School of the Russian Federation, Omsk Academy of the Ministry of the Interior of Russia, Omsk, Russian Federation;

Irina D. Kuzmina – Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Siberian Federal University, Krasnoyarsk, Russian Federation;

Viktor F. Lugovik – Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Omsk Academy of the Ministry of the Interior of Russia, Omsk, Russian Federation;

Peter B. Maggs – Research Professor, University of Illinois College of Law, Champaign, Illinois, United States of America;

Amrei Muller – PhD in Law, UCD Sutherland School of Law, Dublin, Republic of Ireland;

Fahri Ozsunger – PhD in Law, Family and Consumer Sciences, PhD in Business, Mersin University, Mersin, Republic of Turkey;

Francesco Parisi – Professor of Law, University of Minnesota, Minneapolis, Minnesota, United States of America; Professor of Economics, University of Bologna, Bologna, Italian Republic;

James E. Pfander – Professor of Law, Northwestern Pritzker School of Law, Chicago, Illinois, United States of America;

Michal Pietkiewicz – PhD in Law, University of Warmia and Mazury, Olsztyn, Republic of Poland;

Albert Ruda-Gonzalez – PhD in Law, University of Girona, Girona, The Kingdom of Spain;

Roman D. Sharapov – Doctor of Legal Sciences, Professor, University of Prosecutor's Office of the Russian Federation, St. Petersburg, Russian Federation;

Christopher Thornhill – Professor of Law, University of Manchester, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland;

Nikolai N. Tsukanov – Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Siberian Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia, Krasnoyarsk, Russian Federation.

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРЕТИКО-ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРАВОВЫЕ НАУКИ

Ю. В. Оносов

Понятие и признаки дефекта усмотрения в праве	110
---	-----

ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫЕ (ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВЫЕ) НАУКИ

Г. А. Борисов

О некоторых факторах единообразия судебной практики	120
---	-----

А. В. Попов, И. А. Фомина

Понятие и критерии малозначительности совершенного административного правонарушения	132
---	-----

С. А. Старостин

В продолжение дискуссии об административном усмотрении	145
--	-----

О. Н. Шерстобоев

Теория административного усмотрения: этапы формирования	158
---	-----

ЧАСТНО-ПРАВОВЫЕ (ЦИВИЛИСТИЧЕСКИЕ) НАУКИ

К. С. Головин

Исчерпание исключительных прав на программы для ЭВМ по законодательству России, США, ЕС, Китая и Индии	174
--	-----

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ НАУКИ

Т. Т. Баязитов

Социально-правовые предпосылки защиты имущественных интересов подозреваемого и обвиняемого при применении мер принуждения	189
---	-----

Е. Ю. Родина

Особенности тактики допроса малолетних свидетелей и потерпевших	203
---	-----

Информация для авторов	214
------------------------------	-----

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF LAW SCIENCES

Yu. V. Onosov

The Concept and Characteristics of a Defect of Discretion in Law	110
---	-----

PUBLIC LAW (STATE LAW) SCIENCES

G. A. Borisov

On Certain Factors of Uniformity of Judicial Practice	120
--	-----

A. V. Popov, I. A. Fomina

The Concept and Criteria of Insignificance of the Committed Administrative Offense	132
---	-----

S. A. Starostin

Continuing the Discussion on Administrative Discretion	145
---	-----

O. N. Sherstoboev

Theory of Administrative Discretion: the Stages of Formation	158
---	-----

PRIVATE LAW (CIVIL LAW) SCIENCES

K. S. Golovin

Exhaustion of Exclusive Rights to Computer Programs Under the Laws of Russia, the USA, the EU, China and India	174
---	-----

CRIMINAL LAW SCIENCES

T. T. Bayazitov

Social and Legal Prerequisites for Protecting the Property Interests of the Suspect and the Accused in the Application of Coercive Measures	189
--	-----

E. Yu. Rodina

Features of Tactics of Interrogation of Juvenile Witnesses and Victims	203
---	-----

Information for Authors	216
--	-----

ТЕОРЕТИКО-ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРАВОВЫЕ НАУКИ

Theory and History of Law Sciences

УДК 340.1

DOI: 10.19073/2658-7602-2023-20-2-110-119

EDN: RMOPHC



Оригинальная научная статья

Понятие и признаки дефекта усмотрения в праве

Ю. В. Оносов

*Уральский государственный юридический университет имени В. Ф. Яковлева,
Екатеринбург, Российская Федерация*

✉ onosov_nn@mail.ru

Аннотация. В статье затрагиваются проблемы, связанные с дефектами в праве и усмотрением. Предпринята попытка анализа подходов ученых-правоведов к понятиям «дефект права», а также смежным понятиям «дефект нормативного правового акта», «дефект законодательства», «ошибка в праве». Акцентируется внимание на взаимосвязи понятия «дефект в праве» и «качество права». Применительно к отдельным отраслевым юридическим наукам проведены исследования некоторых дефектов, вместе с тем единый подход к пониманию сущности соответствующего правового феномена не сформирован. Отмечается, что авторы указывают на нарушение требований к качеству нормативного правового акта. Проводится научный анализ того, каким образом правоприменительное решение, основанное на различных правовых дефектах, связано с усмотрением. Рассматриваются истоки появления понятия «дефект в праве», поскольку впервые оно стало употребляться в отраслевых юридических науках. Интересной представляется точка зрения на выделение в научном обороте расширительного и ограничительного понимания данного понятия. В первом случае речь идет о состоянии правовых норм, когда регламентация общественных отношений ведет к нарушению оптимальной сбалансированности имеющихся у государства, общества и личности интересов. Во втором случае имеется в виду правовое регулирование, качественный уровень которого низок, и в связи с этим происходит ущемление интересов. В статье приводится авторская дефиниция понятия «дефект усмотрения в праве», а также называются его признаки. К критериям несовершенства, по мнению автора, следует относить пробелы в праве, коллизии правовых норм, неопределенность правового регулирования, нарушения требований юридической техники при построении текстов нормативных актов, нерациональное размещение норм в системе права, чрезмерное дублирование правил поведения в актах разной юридической силы, избыточное правовое регулирование. К числу признаков искомого понятия относятся: нахождение дефекта усмотрения в праве в конкретном содержательном элементе правового акта, а также социальная вредность дефекта, влияющая на усмотрение при применении права.

Ключевые слова: дефект усмотрения в праве, дефект права, дефект законодательства, признаки дефекта усмотрения в праве, усмотрение в праве, ошибка в праве, правоприменение, юридическая практика

Для цитирования: Оносов Ю. В. Понятие и признаки дефекта усмотрения в праве // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 2. С. 110–119. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-110-119>. EDN: <https://elibrary.ru/rmophc>

Original scientific article

The Concept and Characteristics of a Defect of Discretion in Law

Yu. V. Onosov 

Ural State Law University, Yekaterinburg, Russian Federation

✉ onosov_nn@mail.ru

Abstract. The article touches upon the problems associated with defects in law related to discretion. An attempt is made to analyze the approaches of legal scholars to the concepts of “defect of law”, as well as related concepts of “defect of a normative legal act”, “defect of legislation”, “error in law”. Attention is focused on the relationship between the concept of “defect in law” and “quality of law”. In relation to individual branch legal sciences, studies of individual defects have been conducted, however, a unified approach to understanding the essence of the relevant legal phenomenon has not been formed. When analyzing the approaches of various researchers to the essence of the defect in law, it should be noted that the authors point to a violation of the requirements related to the quality of the regulatory legal act. A scientific analysis is carried out of the fact that a law enforcement decision based on various legal defects is associated with discretion. The origins of the concept of “defect in law” are considered, since for the first time it began to be used in industry legal sciences. The point of view on the allocation of an expansive and restrictive understanding of the “defect in law” in scientific circulation is interesting. In the first case, we are talking about the state of legal norms, when the regulation of public relations leads to a violation of the optimal balance of the interests of the state, society and the individual. In the second case, we mean legal regulation, the quality level of which is low, and in this regard, infringement of interests occurs. The article presents the Author's definition of “the defect of discretion in law”, as well as the signs of this concept. The criteria of imperfection, according to the Author, should include gaps in law, conflicts of legal norms, uncertainty of legal regulation, violations of the requirements of legal technology in the construction of texts of normative acts, irrational placement of norms in the legal system, excessive duplication of rules of conduct in acts of different legal force, excessive legal regulation. The signs of the sought concept also include: finding a defect of discretion in the law in a specific substantive element of a legal act, as well as the social harmfulness of the defect affecting discretion in the application of law.

Keywords: defect of discretion in law, defect of law, defect of legislation, signs of defect of discretion in law, discretion in law, error in law, law enforcement, legal practice

For citation: Onosov Yu. V. The Concept and Characteristics of a Defect of Discretion in Law. *Siberian Law Review*. 2023;20(2):110-119. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-110-119>. EDN: <https://elibrary.ru/rmophc> (In Russ.).

ВВЕДЕНИЕ

В российской юридической науке проблема дефектов усмотрения в праве является относительно новой. Полагаем, что в таких условиях процесс исследования «от частного к общему», через научное обоснование причин и условий дефектов усмотрения в праве, формулирование понятия, видов, причин и условий,

которые порождают дефекты, может стать основой для выработки общих правовых закономерностей и теоретических обоснований применительно к содержанию понятия «дефект усмотрения в праве» и его признаков. В толковом словаре русского языка С. И. Ожегова дается следующее определение: «Дефект – изъян, недостаток, недочет»¹. Известно точно,

¹ Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка. М. : Мир и образование, 1999. С. 163.

что первоисточником является латинское слово “defectus”. Слово закрепилось в лексике русского языка в начале XVIII в. и означает «недостаток», «изъян»².

При определении сущности дефектов усмотрения в праве следует соотносить данное понятие с содержанием и объемом понятия «право». В связи с этим существует необходимость принимать во внимание тип правопонимания. Без учета данного обстоятельства анализ права, его дефектов будет недостаточно точным. Потребность усмотрения в праве может быть вызвана необходимостью обеспечивать упорядочение правоотношений. Усмотрение в праве может представлять собой и отрицательное явление, обуславливаясь умышленным использованием правовых средств для достижения не совместимых с принципами права целей.

Дефект рассматривается в виде отклонения от некоего образца, отклонения от нормы. Выявление наличия дефектности того или иного процесса, явления возможно путем соотнесения объекта с нормой, образцом. Ряд исследователей придерживается подхода к пониманию дефекта, согласно которому необходимо наличие отклонения, определяющего объективную сущность дефекта. Отклонение в данном случае рассматривается как тождественное изменению. Изменение существует объективно, независимо от воли, сознания субъекта, который его фиксирует. Использование при определении дефекта понятий нормы, недопустимого свидетельствует о его субъективном аспекте [1, с. 826].

Исходно анализируемое понятие было введено в отраслевые исследования, где использовалось для характеристики

присущих отраслевому законодательству недостатков и изъянов. В соответствующих исследованиях были определены меры, позволяющие предупреждать подобные дефекты, их выявлять, устранять. Так, авторы анализировали сущность дефектов, обуславливающие их появление причины, способы их выявления и устранения. Анализ проводился применительно к конституционному, экологическому, трудовому праву³ [2; 3]. Категория дефекта права является многофакторной, многоаспектной и многоуровневой. Она включает понятие, являющееся предельно широким – понятие дефектов в праве, а также менее широкие понятия – понятия дефектов законодательства, юридических дефектов. Вопрос дефектов в праве является элементом более масштабного вопроса, связанного с качеством всего содержания права⁴ [4–7].

РАЗЛИЧНЫЕ АСПЕКТЫ ДЕФЕКТНОСТИ ПРАВА

Исследование в юридической науке различных аспектов дефектности права проводится в отношении правовых категорий в виде правотворческой ошибки, правового пробела, правовой коллизии, правовой неопределенности [8–12]. Исходя из многочисленных научных публикаций, посвященных проблеме дефектов в праве, и различных подходов к пониманию данного феномена, можно резюмировать, что в юридической науке не сложилось однозначного понимания категории «дефект в праве».

Например, А. В. Погодиным правовой дефект трактуется в виде регулятивных недостатков, просчетов – отдельных частей норм и норм в целом, являющихся некачественными, не соответствующими

² Семенов А. В. Этимологический словарь русского языка. М. : Юнвек, 2003. URL: <http://evartist.narod.ru/text15/008.htm> (дата обращения: 15.05.2023).

³ Жильцов М. А. Дефекты трудового права и способы их преодоления : дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2011. 459 с.

⁴ Козлов В. А. Вопросы теории эффективности правовой нормы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1972. 26 с.

социальной нормативности, ведущих к снижению социальной ценности объективного права, снижению, устранению его регулятивных возможностей [13]. Как полагает С. И. Цыбуляк, следует выделять расширительное и ограничительное понимание дефекта в праве. В первом случае речь идет о состоянии правовых норм, когда регламентация общественных отношений ведет к нарушению оптимальной сбалансированности имеющихся у государства, общества и личности интересов. Во втором случае имеется в виду правовое регулирование, качественный уровень которого является низким, в связи с чем происходит ущемление интересов – общественных, личных, возникают отрицательные последствия социально-экономического и политического характера, затруднения с применением нормативных положений⁵.

Дефект в праве, как полагает М. С. Матейкович, представлен в виде ущербности юридических норм, сопровождающейся затруднениями при применении правила, которое они предусматривают, или утратой возможности их применения в связи с различными причинами [14, с. 15].

Несмотря на то что применительно к отдельным отраслевым юридическим наукам проведены исследования отдельных дефектов, единый подход к пониманию сущности соответствующего правового феномена не сформирован. Так, по мнению Н. В. Суловой, дефект в праве в общетеоретическом отношении следует трактовать в виде недостатков, присущих содержанию и юридической форме правоотношений, действующего права, юридических фактов, нормативных правовых актов, вследствие существования которых возникают затруднения с реализа-

цией норм права, достижением стоящих перед правовым регулированием целей [15, с. 36].

Вопросы, связанные с дефектностью юридических фактов, изучены В. В. Муругиной. Автором формулируется определение сущности дефектного юридического факта. Подобные факты рассматриваются в качестве особой разновидности юридических фактов, юридический состав которых включает дефект, или отсутствует соответствие действий реальному событию и в результате появляются правовые последствия, связанные с недействительностью и восстановлением права, подвергнувшегося нарушению⁶. Дефект, по мнению М. С. Матейкович, представлен в виде присущего правовым нормам состояния, при котором при регулировании общественных отношений происходит сбалансированность имеющихся у государства и общества интересов [14, с. 15–22]. С. А. Авакьян указывает на обширность содержания категории дефектов в конституционном праве. Соответствующие дефекты относятся к качеству норм, выбору регулирования, особенностями реализации нормативных положений [16, с. 12]. С. И. Цыбуляк исходит из необходимости использования ограничительной трактовки дефекта как низкого качества нормативной регламентации, обуславливающего безосновательное ущемление общественных, личных интересов, возникновение сложностей с применением правовых норм, отрицательных последствий социально-экономического, политического характера⁷. Значительное число исследователей анализируют дефекты права в отраслевом аспекте. Так, С. А. Авакьян полагает, что все дефекты права объясняются недостатками идей,

⁵ Цыбуляк С. И. Дефекты конституционно-правового регулирования избирательных отношений в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2010. С. 7.

⁶ Муругина В. В. Дефектность юридических фактов как негативная черта правовой системы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010. 208 с.

⁷ Цыбуляк С. И. Указ. соч. С. 10.

которые отражаются в содержании конституционного законодательства [2, с. 8].

При анализе подходов различных исследователей к сущности дефекта в праве следует отметить, что авторы указывают на нарушение связанных с качеством нормативного правового акта требований. Дефект в праве определяется М. А. Соколовым в виде несовершенства, которое состоит в том, что нормативный правовой акт не соответствует определенному требованию юридической техники или ряду подобных требований, и в результате данный акт становится непригодным или его пригодность снижается⁸. Применительно к подобному подходу следует отметить, что понятие дефекта в праве, правового дефекта в данном случае использовать не следует. Данное понятие не может использоваться для того, чтобы характеризовать качество законодательства, поскольку закон, право не являются в данном случае тождественными и дефект в праве во всех случаях представляет дефект социального взаимодействия.

По обоснованному замечанию Н. И. Матузова, в мире отсутствует законодательство, которое можно было бы расценивать как идеальное, абсолютно совершенное. В праве каждого государства можно выявить наличие противоречий, пробелов, коллизий [16, с. 208].

В. Н. Власенко отмечает существование дефектов системы права в целом, рассматриваемых автором в виде деформаций, нарушений развития структурно-логического построения отдельных составляющих системы прав (в том числе таких, как нормативные акты) и системы права в целом [4, с. 22]. Кроме того, среди дефектов также выделяют технико-юридические недостатки формы и содержания нормативного правового акта,

влияющие на оценку юридических фактов правоприменителем в рамках правовой неопределенности.

Необходимо критически оценивать попытки сформулировать дефиницию дефекта в правовой сфере посредством указания на низкий качественный уровень правового регулирования. Использование указания на тот или иной уровень (низкий и т. д.) не обеспечивает возможности четкого выделения присущих правовым феноменам отрицательных свойств, которые могут рассматриваться как дефектные. Степень качества не определяет наличия или отсутствия дефектности правового феномена.

ИССЛЕДОВАНИЯ О ДЕФЕКТНОСТИ ОТДЕЛЬНЫХ ОТРАСЛЕЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Основные направления научных исследований дефектов в праве связаны с анализом дефектов отдельных отраслей законодательства, институтов права, юридических средств. Комплексный подход к изучению дефектов в трудовом законодательстве прослеживается в трудах М. А. Жильцова. С широких позиций ученый трактует дефекты трудового права в виде совокупности изъянов, противоречий и несовершенства норм, а также юридических конструкций в трудовом праве, которые в свою очередь детерминируют трудности в правоприменительном процессе, вызывают различные нарушения прав и законных интересов участников трудовых правоотношений⁹. В гражданском праве предпринимаются попытки разграничения понятий «дефект» и правонарушение применительно к фактической основе гражданско-правового регулирования. Под дефектностью права понимается «незапрещенное несоответствие

⁸ Соколова М. А. Выявление и устранение дефектов в механизме правотворчества : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018. С. 57.

⁹ Жильцов М. А. Дефекты трудового права и способы их преодоления : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011. С. 12.

какого-либо признака, свойства, характеристики, юридического факта требованиям нормы права» [17, с. 32].

Юридически дефектный нормативный правовой акт – это «письменный официальный документ, принятый субъектом правотворчества в нарушение его компетенции либо с нарушением содержательных и (или) процедурно-процессуальных требований, и (или) не соответствующий закону или нормативному правовому акту более высокой юридической силы»¹⁰. Представляется, что данное определение не учитывает всех признаков дефектов усмотрения в праве.

ПОНЯТИЕ «ДЕФЕКТ УСМОТРЕНИЯ В ПРАВЕ» И ЕГО ПРИЗНАКИ

По нашему мнению, «*дефект усмотрения в праве*» – это недостаток в процессуальной деятельности субъектов права, наделенных государственно-властными полномочиями, по выбору субъективно-оптимального решения в правотворческой, правоприменительной, правоинтерпретационной практике, а также изъяны в отдельных содержательных элементах правового акта, характеризующие низкую степень социальной и (или) юридической эффективности правового регулирования.

1. Критериями наличия недостатков усмотрения в праве является выработанные юридической наукой признаки несовершенства права. К ним можно отнести пробелы в праве, коллизии правовых норм, неопределенность правового регулирования, нарушения требований юридической техники при построении текстов нормативных актов, нерациональное размещение норм в системе права, чрезмерное дублирование правил поведения в актах разной юридической силы, избыточное правовое регулирование [18, с. 1237].

2. Дефекты усмотрения в праве снижают социальную и юридическую эффективность правового регулирования либо влекут полное их отсутствие. В теории права высказывались мнения относительно понятия и форм соотношения социальной и юридической эффективности правового регулирования. Так, выделяются четыре основные формы соотношения социальной и юридической эффективности правового регулирования: 1) социальная эффективность правового регулирования достигается посредством достижения юридической эффективности; 2) юридическая эффективность правового регулирования достигается полностью, а социальная эффективность не достигается; 3) социальная эффективность правового регулирования достигается посредством нарушения нормы права (совершение правонарушения, злоупотребление правом и др.); 4) не достигается юридическая, а вместе с ней и социальная эффективность правового регулирования¹¹.

3. Оценочность дефектов усмотрения в праве среди правоприменителей и законодателей, обладающих государственно-властными полномочиями. Представления в общественном и индивидуальном сознании о действующем праве изначально формируются в виде мнений, суждений, выражающих сомнение или подтверждение об отсутствии ценности и полезности процесса и результата юридической деятельности. На распространенность усмотрения в праве влияет сама «конструкция усмотрения»: нормативно не определено, что конкретно должен делать властвующий субъект, или четко не установлено, в каких случаях он вправе реализовывать предоставленные полномочия. Это порождает для уполномоченного лица соблазн действия в целях извлечения личной

¹⁰ Зуев О. М. Юридически дефектные нормативные правовые акты в системе источников права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 7.

¹¹ Оносов Ю. В. Диалектика соотношения социальной и юридической эффективности правового регулирования : дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2011. С. 154.

и (или) групповой, в том числе и в пользу третьих лиц, политической, материальной или иной выгоды, а также исходя из неверно понятых социальных интересов.

4. Обусловленность выявления дефектов усмотрения в ходе применения различных способов толкования права. В ходе применения грамматического, логического, специально-юридического, историко-политического и иных способов толкования выявляются дефекты усмотрения в праве. Так как в правовом акте государственная воля выражена на языке права, для обеспечения реального действия юридических норм необходимо уяснение и разъяснение смысла правовых предписаний, выявление дефектов в правовой материи. Выявление дефектов усмотрения в любом правовом акте требует определенной мыслительной деятельности, связанной с пониманием данной знаковой системы – слов, предложений, их логической связи.

Неправильное или неполное использование средств и приемов юридической техники, недостатки стиля правовых актов могут быть устранены путем толкования права. Указанная юридическая деятельность полезна с точки зрения обеспечения полноты и точности выражения воли законодателя, ее полного раскрытия и последующей эффективной реализации. Важно не только точно интерпретировать конкретную норму права, но и истолковать все право в целом, его принципы, идеи, дух, социальное предназначение, что помогает выявить дефекты.

5. Нахождение дефекта усмотрения в конкретном содержательном элементе правового акта. Речь идет о том, что дефект усмотрения может находиться во вводной, описательной, мотивировочной, резолютивной части правоприменительного акта. Для актов толкования права, в том числе для актов официального толкования органов судебной власти, не разработана единая структура, поэтому дефект усмотрения может содержаться

в любой структурной части соответствующего акта. Для нормативных правовых актов такими структурными элементами выступают наименование, преамбула, содержательная часть (главы, статьи, части, пункты и другие), заключительные положения. Справедливо отмечает С. Б. Поляков: «Анализ ошибочных правоприменительных актов приводит к выводу о том, что первопричиной ошибок являются пробелы в знаниях о межотраслевых понятиях: системе права, предмете и методах правового регулирования, видах норм права, связи их с принципами права, элементах правоотношений, юридических фактах, стадиях правоприменительной деятельности, обоснованности и законности правоприменительного акта и т. д. Проблема не в кризисе юридических понятий, а в ненаучности, обывательском уровне правоприменительной деятельности» [19, с. 75]. Следует сделать оговорку о том, что под правовым актом мы понимаем надлежащим образом (словесно-документально) оформленное внешнее выражение воли государства, его органов, отдельных лиц, выступающего в качестве носителя содержательных элементов правовой системы – юридических норм, правоположений практики, индивидуальных предписаний, автономных решений лиц.

В судебной практике по гражданским делам можно привести следующий пример дефектов усмотрения при корпоративных спорах. Иногда это приводит к тому, что фактическое поведение сторон путем усмотрения со стороны суда трактуется как обстоятельство, само по себе порождающее права и обязанности сторон в корпоративных отношениях. Возникает вопрос о правовых последствиях такого усмотрения судов с позиции принципа законности.

Например, в деле № А41-83370/2014 усмотрением суда был преодолен юридический дефект формы сделки по уступке

доли в ООО (отсутствие письменной и обязательной нотариальной формы) путем толкования фактических действий сторон по совместному ведению бизнеса как сделки уступки доли¹². В результате суды в противоречие с требованиями ст.ст. 165 и 218 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) и ст. 21 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»¹³ (далее – Закон об ООО) создали, по сути, новую норму права, которая выглядит следующим образом: «Право на долю в ООО может быть приобретено другим лицом на основании фактического поведения сторон при отсутствии надлежаще оформленной сделки уступки доли». Представляется, что подобное усмотрение судов нарушает сложившееся правопонимание и сомнительно в континентальной системе права, поскольку размывает нормативные правовые принципы, устанавливающие единые правила оформления сделок, предусмотренные ГК РФ. Тем самым мы можем констатировать нарушение правового принципа социальной справедливости.

6. В числе присущих дефекту ключевых особенностей, которые обуславливают их общественное значение и потребность реакции государства, общества на их наличие, выступает социальная вредность. Дефекты усмотрения в праве не соотносятся с характерными для общественного развития закономерностями, с моральными нормами. В результате происходит причинение существенного вреда, связанного с политическими, личными, моральными или имущественными последствиями. При этом, как обоснованно указывал И. Кант, право может не только ограничивать произвол. Оно может выступать в виде инструмента, посредством которого попираются имеющиеся у че-

ловека свободы. Часто реализация норм права, например, в таких сферах, как социальная, политическая, экономическая, полностью соотносится с содержащимися в законодательстве нормами. Соответственно, обеспечивается требуемая законность. В то же время социальной эффективности или не имеется, или она находится на низком уровне. Возможны и ситуации, при которых вследствие реализации норм права происходит причинение вреда имеющимся у государства, общества, личности интересам. Социальные цели правового регулирования могут быть установлены в ходе телеологического толкования правовых норм.

7. Юридически легализованный характер дефектов усмотрения в правотворчестве и в правоприменении. Дефекты усмотрения содержатся в правовом акте, и в ряде случаев негативное влияние дефектов трудно минимизировать, поскольку они должны быть исправлены субъектом, наделенным государственно-властными полномочиями при соблюдении юридической процедуры и режима законности, что связано с временными, материальными издержками, а также соответствием политической целесообразности. Дефекты усмотрения подрывают эффективность долгосрочного социального регулирования, препятствуют достижению стратегических целей общественного развития.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Обобщая все вышесказанное, следует сделать вывод, что содержательные компоненты дефектности права вызывают интерес среди исследователей. Кроме того, понятие «дефект усмотрения в праве» и его признаки, предложенные автором, безусловно, не являются бесспорными. Отдельные характеристики данного понятия, такие как критерии несовершенства

¹² Решение Арбитражного суда Московской области от 11 нояб. 2016 г. по делу № А41-83370/2014 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/l2e3s3L1fUk/> (дата обращения: 15.05.2023).

¹³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. № 7, ст. 785.

права, снижение социальной и юридической эффективности правового регулирования, социальный вред, оценочный характер дефектов усмотрения в праве,

юридически легализованный характер дефектов усмотрения в праве и другие требуют отдельного научного исследования и внимания ученых-правоведов.

Список литературы

1. Воронин В. В. Формализация понятий дефекта и его диагностических показателей // Ученые заметки ТОГУ. 2013. Т. 4, № 4. С. 825–833.
2. Авакян С. А. Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 8. С. 3–12.
3. Хлуденева Н. И. Дефекты правового регулирования охраны окружающей среды : моногр. М. : Инфра-М, 2014. 170 с.
4. Власенко Н. А. Логико-структурные дефекты системы советского права // Правоведение. 1991. № 3. С. 21–28.
5. Эффективность правовых норм / В. Н. Кудрявцев, В. И. Никитинский, И. С. Самощенко, В. В. Глазырин. М. : Юрид. лит., 1980. 280 с.
6. Тихомиров Ю. А. Теория закона / отв. ред. В. П. Казимирчук. М. : Наука, 1982. 257 с.
7. Кудрявцев В. Н., Нерсисянц В. С., Кудрявцев Ю. В. Социальные отклонения. Введение в общую теорию. М. : Юрид. лит., 1984. 320 с.
8. Баранов В. М., Пшеничных М. А. Правотворческие ошибки как фактор дисгармонии правового развития (по материалам Международного научно-практического круглого стола «Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах» (Нижний Новгород, 29–30 мая 2008 года)) // Юридическая техника. 2008. № 2. С. 170–182.
9. Власенко Н. А. Неопределенность в праве : природа и формы выражения // Журнал российского права. 2013. № 2 (194). С. 32–44.
10. Мушинский М. А. Проблемы диагностики правотворческих дефектов : науч.-практ. пособие. Иркутск : Ин-т законодательства и правовой информации им. М. М. Сперанского, 2009. 114 с.
11. Сибгатуллина Г. Р. Понятия «дефект права» и «юридическая ошибка» в современной юридической науке // Вестник экономики, права и социологии. 2012. № 1. С. 221–224.
12. Тихомиров Ю. А. Юридическая коллизия : моногр. М. : Манускрипт, 1994. 140 с.
13. Погодин А. В. Дефекты объективного права // Российское право в Интернете. 2010. № 4. URL: http://www.rpi.msal.ru/prints/201004_14pogodin.html (дата обращения: 15.05.2023).
14. Матейкович М. С. Дефекты конституционно-правового регулирования в Российской Федерации // Государство и право. 2007. № 12. С. 15–21.
15. Сулова Н. В. Дефекты в российском праве: постановка проблемы, научные подходы, понятие // Пробелы в российском законодательстве. 2012. № 2. С. 36–39.
16. Матузов Н. И. Актуальные проблемы теории права : моногр. Саратов : Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2003. 512 с.
17. Рожкова М. А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите процессуальных прав и процессуальные соглашения. М. : Статут, 2009. 332 с.
18. Цыбуляк С. И. Понятие и виды дефектов правового регулирования // Право и политика. 2012. № 7. С. 1237–1246.
19. Поляков С. Б. Дефекты законодательства и правоприменительной практики как предмет юридической науки // Российский юридический журнал. 2017. № 1. С. 16–22.

References

1. Voronin V. V. Formalization of the Concepts of Defect and Its Diagnostic Indicators. *Scientists notes PNU*. 2013;4(4):825-833. (In Russ.).
2. Avak'yan S. A. Samples and Defects in Constitutional Law and Ways of Their Absorption. *Constitutional and Municipal Law*. 2007;8:3-12. (In Russ.).
3. Khludeneva N. I. *Defects in the Regulation of Environmental Protection*. Moscow: Infra-M Publ.; 2014. 170 p. (In Russ.).
4. Vlasenko N. A. Logical Structural Defects in the System of Soviet Law. *Pravovedenie*. 1991;3:21-28. (In Russ.).
5. Kudryavtsev V. N., Nikitinskii V. I., Samoshchenko I. S., Glazyrin V. V. *The Effectiveness of Legal Norms*. Moscow: Yuridicheskaya literatura Publ.; 1980. 280 p. (In Russ.).
6. Tikhomirov Yu. A. *Theory of Law*. Moscow: Nauka Publ.; 1982. 257 p. (In Russ.).
7. Kudryavtsev V. N., Nersesyants V. S., Kudryavtsev Yu. V. *Social Deviations. Introduction to Common Theory*. Moscow: Yuridicheskaya literatura Publ.; 1984. 320 p. (In Russ.).

8. Baranov V. M., Pshenichnov M. A. Law-Making Mistakes as a Factor of Disharmony of Legal Development (Based On the Materials of the International Scientific and Practical Round Table "Law-Making Mistakes: Concept, Types, Practice and Elimination Technique in the Post-Soviet State" (Nizhny Novgorod, May 29–30, 2008)). *Juridical Techniques*. 2008;2:170-182. (In Russ.).
9. Vlasenko N. A. Uncertainty in Law: Nature and Forms of Expression. *Journal of Russian Law*. 2013;2:32-44. (In Russ.).
10. Mushinskii M. A. *Problems of Diagnosing Law-Making Defects*. Irkutsk: Institute of Legislation and Legal Information named after M. M. Speransky Publ.; 2009. 114 p. (In Russ.).
11. Sibgatullina G. R. The Notions of Defect of Law and Legal Error in Contemporary Juridical Science. *The Review of Economy, the Law and Sociology*. 2012;1:221-224. (In Russ.).
12. Tikhomirov Yu. A. *Legal Conflict*. Moscow: Manuscript Publ.; 1994. 140 p. (In Russ.).
13. Pogodin A. V. Defects of Objective Law. *Russian Law on the Internet*. 2010;4. Available at: http://www.rpi.msal.ru/prints/201004_14pogodin.html (accessed: 15.05.2023). (In Russ.).
14. Mateikovich M. S. Defects of Constitutional Law Regulation in the Russian Federation. *State and Law*. 2007;12:15-21. (In Russ.).
15. Suslova N. V. Defects in the Russian Law: Formulation Problems, Scientific Approach, Concept. *Gaps in Russian Legislation*. 2012;2:36-39. (In Russ.).
16. Matuzov N. I. *Actual Problems of the Theory of Law*. Saratov: Saratov State Academy of Law Publ.; 2003. 512 z. (In Russ.).
17. Rozhkova M. A. *Legal Facts of Civil and Procedural Law: Agreements on the Protection of Procedural Rights and Procedural Agreements*. Moscow: Statut Publ.; 2009. 332 p. (In Russ.).
18. Tsiubulyak S. I. Definition and Types of Defects of Legal Regulation. *Law and Politics*. 2012;7:1237-1246. (In Russ.).
19. Polyakov S. B. The Faults of Legislation and Law-Enforcement Practice as the Subject of Legal Science. *Russian Juridical Journal*. 2017;1:16-22. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Юрий Викторович Оносов, доцент кафедры теории государства и права Уральского государственного юридического университета имени В. Ф. Яковлева (ул. Комсомольская, 21, Екатеринбург, 620066, Российская Федерация), кандидат юридических наук, доцент; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0245-9600>; e-mail: onosov_nn@mail.ru

ABOUT THE AUTHOR

Yurii V. Onosov, Associate Professor of the Department of Theory of State and Law at the Ural State Law University (21 Kom-somolskaya st., Yekaterinburg, 620066, Russian Federation), Candidate of Legal Sciences, Associate Professor; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0245-9600>; e-mail: onosov_nn@mail.ru

Поступила | Received
10.03.2023

Поступила после рецензирования
и доработки | Revised
19.04.2023

Принята к публикации | Accepted
05.06.2023

ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫЕ (ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВЫЕ) НАУКИ Public Law (State Law) Sciences

УДК 347.97/.99

DOI: 10.19073/2658-7602-2023-20-2-120-131

EDN: SCAHCN



Оригинальная научная статья

О некоторых факторах единообразия судебной практики

Г. А. Борисов 

Университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Москва, Российская Федерация

✉ gborisov.law@yandex.ru

Аннотация. В статье рассмотрены современные факторы, оказывающие влияние на формирование единообразной судебной практики в различных странах мира. Отмечается преимущество системы обеспечения правовой определенности, сложившейся в Российской Федерации, перед системой прецедентного права, представители которой часто стремятся к стабильности ради самой стабильности. Сделан вывод о том, что не привязанное к конкретным обстоятельствам индивидуального спора абстрактное толкование, предоставляемое коллегиальным органом высшей инстанции и не носящее жестко обязательного характера, оставляет больше пространства для судебного усмотрения и ориентации на принципы права. Выявлены тенденции в судоустройстве и судопроизводстве зарубежных стран, свидетельствующие как о продолжающейся конкуренции названных систем, так и о поиске путей их синтеза. Высказано мнение, что одним из способов повышения качества правосудия является снижение судебной нагрузки посредством внедрения передовых технологий, в том числе искусственного интеллекта. В связи с этим рассматриваются потенциальные риски и выгоды от внедрения таких технологий в судебную деятельность. На примере судов Китайской Народной Республики продемонстрирована опасность придания чрезмерной важности рекомендациям ИИ-алгоритмов, сформулировано предложение по включению дополнительной функции в будущий суперсервис «Правосудие онлайн». Отдельное внимание уделяется таким субъективным факторам, как судебная нагрузка и благополучие судей, их роли в работе судов. На основе анализа зарубежных исследований и опроса, проведенного среди судей Управлением ООН по наркотикам и преступности, сделан вывод о важности поддержания физического и психологического благополучия для обеспечения надлежащего качества судебных решений. Отмечена важность развития диалога и обмена наилучшими практиками в сфере судебного благополучия, рассмотрены различные проблемы, возникающие при игнорировании данной сферы. В заключительной части подчеркнута важность изучения результатов работы высшей судебной инстанции по формированию единообразной судебной практики, распространения информации о сформулированных правовых позициях среди широких слоев общества.

Ключевые слова: единообразие судебной практики, прецедентное право, постановления Пленума, судебское благополучие, судебная нагрузка, искусственный интеллект

Для цитирования: Борисов Г. А. О некоторых факторах единообразия судебной практики // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 2. С. 120–131. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-120-131>. EDN: <https://elibrary.ru/scahcn>

Original scientific article

On Certain Factors of Uniformity of Judicial Practice

G. A. Borisov 

Kutafin Moscow State Law University, Moscow, Russian Federation

 gborisov.law@yandex.ru

Abstract. The article presents a study of modern factors that influence the shaping of uniform judicial practice in various countries of the world. The system of ensuring legal certainty established in the Russian Federation is regarded as superior to the system of *stare decisis*, whose proponents not infrequently seek stability for the sake of stability. A conclusion is drawn that abstract interpretation, not tied to the particular circumstances of an individual dispute, not having a strictly obligatory nature, and issued by a collective body of the apex court leaves more room for judicial discretion and orientation on legal principles. Trends are discovered in the court structure and rules of court procedure in foreign countries, indicating the continuing competition between the two systems, as well as a search for their synthesis. An opinion is put forward that lowering judicial workload through cutting-edge technologies, including artificial intelligence, is one of the keys to increasing the quality of justice. In this regard, potential risks and benefits of introducing those technologies into court activities are considered. The example of Chinese courts is used to illustrate the danger of lending too much importance to the recommendations of AI algorithms; a suggestion is formulated to introduce a new function into the prospective “Justice Online” superservice. Particular attention is paid to such subjective factors as judicial workload and judicial well-being, their role for the work of the courts. Based on foreign research and a report presented by the UN Office on Drugs and Crime, a conclusion is made about the importance of maintaining the physical and psychological well-being of judges for ensuring the proper quality of court decisions. The importance of dialog and exchange of best practices in the sphere of judicial well-being is stressed, various problems arising as a result of turning a blind eye to this sphere are considered. In conclusion, the importance of studying the results of work of the top judicial body in ensuring uniform judicial practice is emphasized, as well as that of dissemination of information about the adopted legal standings among the general public.

Keywords: uniformity of judicial practice, *stare decisis*, rulings of the Plenary Session, judicial well-being, judicial workload, artificial intelligence

For citation: Borisov G. A. On Certain Factors of Uniformity of Judicial Practice. *Siberian Law Review*. 2023;20(2):120-131. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-120-131>. EDN: <https://elibrary.ru/scachen> (In Russ.).

ВВЕДЕНИЕ

Обеспечение правовой определенности – важная задача любого государства. Это утверждение кажется широко распространенным, его повторяют как отечественные [1; 2], так и зарубежные авторы [3]. Еще в 1774 г. британский лорд-судья Мэнсфилд при рассмотрении дела *Vallejo v Wheeler* сформулировал

принцип, который по сей день включают в учебники по английскому договорному и коммерческому праву: «Во всех торговых сделках определенность должна быть важной целью. Соответственно, определенный характер правила имеет большее значение, чем его содержание, потому что так дельцы знают, на чем основываться в торговле»¹.

¹ *Vallejo v Wheeler* (1774). 1 Cowp. 143, 153. URL: <https://vlex.co.uk/vid/vallejo-and-another-v-802221161> (дата обращения: 15.05.2023).

Представители бизнеса всегда заинтересованы в понятных, стабильных правилах торгового оборота; постоянство правил является одной из основ благоприятного инвестиционного климата. Как указано в Руководящих принципах предпринимательской деятельности в аспекте прав человека, разработанных Управлением Верховного комиссара ООН по правам человека, на государствах лежит обязанность защищать и поощрять принцип верховенства права, в том числе путем принятия мер для обеспечения равенства перед законом, справедливости в его применении, а также путем надлежащей подотчетности, юридической определенности и процессуальной и правовой транспарентности².

Судья Конституционного Суда Российской Федерации Г. А. Гаджиев называет принцип правовой определенности одним из основных элементов верховенства права [4, с. 223].

Представляется, что применительно к работе судов принцип правовой определенности находит выражение в первую очередь в единообразии судебной практики. В статье мы рассмотрим отдельные факторы, влияющие на ее обеспечение в странах различных правовых семей, перспективы использования цифровых технологий в этом аспекте работы судов, а также их взаимосвязь с нагрузкой на суд и судебским благополучием.

Различия в подходах к обеспечению единообразия судебной практики

Как известно, способом обеспечения правовой определенности в странах англосаксонской правовой семьи является исполь-

зование прецедентных судебных решений, закрепившееся в конце XIX в. в форме принципа *stare decisis*³. В американской юридической литературе широко цитируется высказывание судьи Верховного Суда США Луи Брэндайса, содержащееся в его особом мнении по делу *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* (1932 г.) и, по сути, сходное с процитированной во введении идеей Мэнсфилда: «В большинстве случаев установить применимое правило намного важнее, чем установить его верно»⁴. В этой максиме выражены взгляды некоторых сторонников прецедентного права: стабильность ради стабильности и предсказуемость ради предсказуемости.

Известным противоречивым местом в доктрине *stare decisis* является обязанность нижестоящих судов следовать даже тем прецедентным решениям, с которыми может быть не согласен судья или которые являются откровенно ошибочными. Как пишет английский профессор Нил Даксбери, «[суды] могут продолжать следовать даже тем решениям, о которых сложилось широкое мнение как о неверных, если люди разумно основывались на них, устраивая собственные дела» [5, с. 128].

Подобная ссылка на «устроение дел» не должна вызывать удивление. По мнению некоторых зарубежных ученых, английская судебная система исторически во многом обязана своим развитием экономическим интересам, а возникновение прецедентного права в его современном виде было обусловлено в первую очередь стремлением к эффективности [6]. Различные суды, не объединенные тогда в общую систему и конкурировавшие друг с другом, стремились привлечь как можно больше «клиентов» и дел⁵.

² Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека : утв. резолюцией Совета ООН по правам человека 17/4 от 16 июня 2011 г. URL: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_ru.pdf (дата обращения: 15.05.2023).

³ *Precedent* // Encyclopædia Britannica. URL: <https://www.britannica.com/topic/precedent> (дата обращения: 15.05.2023).

⁴ *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U. S. 393 (1932) // FindLaw. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/285/393.html> (дата обращения: 15.05.2023).

⁵ Историю этой конкуренции описывал еще Адам Смит [7, с. 518–519].

Сегодня же судьи в странах англосаксонской правовой семьи страдают от чрезмерной нагрузки не меньше своих коллег из стран континентального права. Современные критики считают, что по мере роста количественного объема судебной практики эффективность системы общего права снижается ввиду того, что судьям приходится ориентироваться на все большее количество прецедентов [8, с. 24–26]. Англичанин Сэмюэл Джонсон уже в конце XVIII в. выражал опасения, которые к настоящему времени становятся реальностью: «Чем больше прецедентов, тем меньше возможностей для права, т. е. для исследования принципов»⁶.

В этом же ключе высказывался уже в современности судья Верховного Суда Великобритании лорд Мэнс, в оксфордской лекции 2011 г. сообщивший, что «прецедент нельзя рассматривать как гарантию правильности» и что «чем больше прецедентов существует по определенной норме, тем сомнительнее ее сила, иначе не существовало бы столько попыток изменить ее или провести различия»⁷.

Представляется, что в отличие от прецедентных решений, часто слишком конкретных или многочисленных, практика руководящих разъяснений высшей инстанции, распространенная в странах постсоветского пространства, является более рациональным инструментом обеспечения единообразия судебной практики. Абстрактное толкование, не привязанное к обстоятельствам конкретного спора, но основанное на анализе различных во-

просов, возникающих у судов при решении разнообразных дел одной категории, как раз позволяет уделить достаточное внимание принципам права, разрешить наиболее часто возникающие затруднения, не впадая в партикуляризм.

В связи с этим в современности можно выделить две интересные тенденции:

1. В странах, получивших независимость после развала Советского Союза, активно изменялось законодательство о судостроительстве и судопроизводстве. В тех из них, что выбрали полный отказ от руководящих разъяснений высшей инстанции, наблюдается внедрение элементов прецедентного права или, как минимум, рост значимости решений высшей инстанции по конкретным делам [9].

2. В судебных системах ряда других стран внедряются новые способы обеспечения единообразия судебной практики, в которых проявляется тенденция к сближению двух рассматриваемых систем. В качестве примеров можно назвать «руководящие» дела, определяемые Верховным Народным Судом Китая [10], появление у Верховного Народного Суда Вьетнама функций по созданию прецедентов⁸, а также наделение Курии Венгрии полномочиями по анализу текущей судебной практики и обеспечению ее единообразия⁹.

ЕДИНООБРАЗИЕ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ И ИНФОРМАЦИОННЫЕ ТЕХНОЛОГИИ

В контексте исследуемого вопроса представляется важным сказать несколько слов о применении современных технологий в судебной деятельности.

⁶ Boswell J. The Life of Samuel Johnson / ed. by M. J. Adler. Chicago : Encyclopedia Britannica, 1952. P. 191.

⁷ Lord Mance. Should the Law Be Certain? URL: https://www.supremecourt.uk/docs/speech_111011.pdf (дата обращения: 15.05.2023).

⁸ Принятый в 2014 г. Закон об организации народных судов Вьетнама (№ 62/2014/QH13) наделяет Совет судей ВНС полномочиями по выбору кассационных решений высшей инстанции и вступивших в силу решений других судов для разработки прецедентов, подлежащих опубликованию, изучению и применению всеми судами.

⁹ Установлены поправками 2020–2021 гг. в Закон об организации и управлении судами (№ CLXI от 2011 г.). Доклады рабочих групп, которые вполне можно назвать знакомым термином «обзоры судебной практики», публикуются на сайте Курии Венгрии в том числе на английском языке. URL: <https://kuria-birosag.hu/en/jurisprudence-analysing-working-groups> (дата обращения: 15.05.2023).

В настоящее время появились практические свидетельства того, что информатизация судов может способствовать повышению степени единообразия судебной практики. В качестве примера можно привести работу судебной системы Китая, которой удалось добиться известных успехов в деле информатизации.

Уже в течение нескольких лет появляются публикации о том, что при подготовке проектов решений судьи в этой стране прибегают к использованию программы-помощника, основанной на технологиях искусственного интеллекта и обученной на сотнях тысяч вступивших в силу судебных актов. В связи с этим в китайской юридической науке имела место дискуссия о том, приведет ли повсеместное использование этой технологии к желаемым стандартизации и единообразию или создаст угрозу ограничения судейского усмотрения, т. е. самой «сути правосудия»¹⁰.

Однако в 2022 г. появились сообщения о том, что Верховный Народный Суд Китая дал указание судьям нижестоящих судов в случае несогласия с рекомендациями программы обосновывать изменения в предложенном проекте документа¹¹. Подобный шаг наверняка был продиктован стремлением усовершенствовать работу ИИ-помощника, однако нельзя исключить опасность того, что в условиях высокой нагрузки судьи просто предпочтут идти путем наименьшего сопротивления и во всем соглашаться с искусственным интеллектом, что приведет к автоматическому закреплению его решений подписью судьи.

Безусловно, подобные риски должны быть учтены в нормативных документах, которые в возможном будущем будут регламентировать использование технологий ИИ в судебной деятельности. Работа подобных алгоритмов должна быть прозрачной и поддающейся пониманию, а решение конечного пользователя, т. е. судьи, должно иметь безусловный приоритет¹².

В отношении же стран англо-саксонской правовой семьи можно сказать, что современный уровень технологического развития негативно сказывается на правовой определенности. Так, Верховный Судья Австралии Энтони Глисон в одном из своих выступлений говорил об информационной перегрузке, обусловленной тем, что современные юристы имеют доступ практически ко всем судебным решениям, принятым по тому или иному вопросу, что открывает окно для недобросовестного использования прецедента¹³.

Прогнозирование судебных решений представляет собой еще один высокотехнологичный инструмент снижения нагрузки и обеспечения единообразия судебной практики.

Оксфордский профессор, бывший советник по технологическим вопросам при Верховном Суде Англии и Уэльса Ричард Зюскинд в своей книге о судах будущего, в частности, предсказывает, что со временем технологии машинного обучения позволят сторонам спора получать вероятностный прогноз результата судебного рассмотрения дела [12, с. 274], основанный на учете обстоятельств и результатов предыдущих споров по похожим вопросам. Это поможет снизить нагрузку

¹⁰ Обзор различных обсуждений, связанных с работой «умных судов» в Китае, см. [11].

¹¹ Bastian M. Judges in China Must Justify Every Ruling to an AI – Report // The Decoder. URL: <https://the-decoder.com/judges-in-china-must-justify-every-ruling-to-an-ai/> (дата обращения: 15.05.2023).

¹² Попытка создать соответствующие нормы для была сделана Европейской комиссией по эффективности правосудия (CEPEJ European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence (AI) in Judicial Systems and Their Environment // Council of Europe. URL: <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment#> (дата обращения: 15.05.2023)).

¹³ Gleeson A. M. Some Legal Scenery // Handbook for Judicial Officers. URL: https://www.judcom.nsw.gov.au/publications/benchbks/judicial_officers/some_legal_scenery.html (дата обращения: 15.05.2023).

на судей, подталкивая одних лиц к отказу от очевидно бесперспективных исков, а других – к переговорам с оппонентом в ситуации неясности.

Не следует торопиться внедрять именно такую технологию, поиски наилучших алгоритмов ее работы пока что продолжаются – например, в рамках развития уже упомянутой системы китайских «умных судов» [13]. Однако на сегодняшний день в российских судах, например, в рамках анонсированного суперсервиса «Правосудие онлайн»¹⁴, представляется возможным предложить гражданам, обращающимся в суды с помощью сети Интернет, предоставлять посредством автоматизированной формы или чат-бота уточняющие сведения относительно их спора, чтобы ИИ-помощник на основе анализа естественного языка мог информировать их о правовых позициях Пленума Верховного Суда России, с вероятностью применимых к сложившейся ситуации. Такой механизм сможет помочь гражданам, участвующим в процессе без представителя, опереться на устоявшуюся судебную практику, доработать текст искового заявления перед его подачей или осознать необоснованность требований, а также будет косвенно способствовать укреплению единообразия судебной практики.

ВЗАИМОСВЯЗЬ ЕДИНООБРАЗИЯ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ И СУДЕЙСКОГО БЛАГОПОЛУЧИЯ

В обеспечении единообразия судебной практики имеется еще одно существенное обстоятельство. В отличие от описанных выше особенностей, речь здесь пойдет, скорее, о факторе субъективного характера.

В мае 2022 г. Глобальная сеть честности и неподкупности судей, действующая

при поддержке Управления ООН по наркотикам и преступности, опубликовала доклад под названием «Исследование взаимосвязей между благополучием судей и их честностью и неподкупностью»¹⁵.

Доклад был подготовлен по результатам опроса, проводившегося среди судей, знакомых с работой данной сети, в сентябре-октябре 2021 г. Всего в нем приняли участие 758 судей и сотрудников аппарата судов из 102 стран, включая Российскую Федерацию.

Основные темы опроса касались личного опыта поддержания оптимального физического и психологического здоровья и влияния на него пандемии COVID-19, возможных мер поддержки личного индивидуального благополучия судей со стороны органов судейского сообщества, а также значения этого фактора в общем контексте честности и неподкупности судей.

9 из 10 респондентов сообщили, что судебная работа иногда, часто или всегда приносит им чувства самореализации, радости и удовлетворения, но вместе с тем 92 % отметили, что эта деятельность иногда, часто или (почти для четверти ответивших) всегда связана со стрессом.

Основными факторами стресса судьи назвали высокую нагрузку, нехватку материально-технических ресурсов, организационно-структурные вопросы. Отдельно отмечались растущие требования руководства, ставящего количество разрешенных дел выше их качества, не учитываемые переработки (в том числе работа из дома в личное время), нехватка времени для тщательного изучения материалов дел и подготовки мотивированных судебных решений, дефицит обученного вспомогательного персонала, излишний

¹⁴ Момотов анонсировал запуск суперсервиса «Правосудие онлайн» в 2024 году // РАПСИ. URL: https://rapsinews.ru/judicial_news/20221129/308514407.html (дата обращения: 15.05.2023).

¹⁵ *Exploring Linkages between Judicial Well-Being and Judicial Integrity* // UNODC. URL: https://www.unodc.org/ji/resdb/data/2022/exploring_linkages_between_judicial_well-being_and_judicial_integrity.html (дата обращения: 15.05.2023).

формализм и отсутствие эффективных механизмов управления ходом рассмотрения дел.

По мнению респондентов, вызываемые этими факторами стресс, чувство грусти или беспокойство негативно сказываются на их способности находить баланс между работой и частной жизнью, надлежащим образом отправлять судебские обязанности и управлять ходом рассмотрения дел, а проблемы с благополучием в целом могут создать препятствия для эффективной работы судебной системы, качества судебных решений и, соответственно, сказаться на доверии общества к судам.

В докладе отдельно рассмотрены вопросы влияния пандемии COVID-19 на судебское благополучие: его ухудшение в связи с этим отметили 46 % респондентов.

Многие при этом положительно оценили определенные изменения, произошедшие за последние два года. Позитивный отклик в первую очередь вызвала обретенная гибкость организации судебской работы; судьи также высоко оценили развитие новых технологий, сделавших возможным электронную подачу процессуальных документов, управление ходом рассмотрения дел в виртуальном пространстве и онлайн-слушания.

Авторы доклада отмечают, что тема судебского благополучия пока не получает достаточного внимания в самой судебской среде: 69 % респондентов считают, что на разговоры о стрессе и психическом состоянии в их судебных системах наложено табу.

Практически все опрошенные ответили, что тема физического и психического здоровья, его связи с честностью и неподкупностью, имиджем судебной власти пока не заняла должного места; во многих странах эти вопросы остаются сродни экзотике.

Хотя почти половина участников опроса отметила, что в их судебной системе предлагаются те или иные формы под-

держки благополучия (62 % из них называли обучение, 41 % – психологическую поддержку и терапию, 37 % – наличие письменных материалов по теме), большинство считает существующие меры недостаточными: например, те, кто говорил об имеющемся обучении, поясняли, что в реальности вопросы благополучия могут освещаться в форме небольшой лекции о важности поддержания собственного здоровья в рамках более общего курса повышения квалификации.

Из ответов, которые респонденты давали в свободной форме, можно сформулировать следующие позиции. Существует необходимость признания проблемы судебского стресса и повышения осведомленности о его негативных последствиях для отправления правосудия. В этих целях судебское сообщество могло бы начать открытое обсуждение, чтобы снять стигму с данного вопроса и создать безопасное пространство для высказываний. Важным элементом такого диалога может стать взаимная поддержка и выстраивание обычных человеческих взаимоотношений через совместную деятельность, неформальные дискуссии. Большую роль может сыграть привлечение к такой деятельности психологов, понимающих особенности судебской работы и требования конфиденциальности. Существует также запрос на создание более продолжительных курсов обучения, которые бы помогали оставаться в форме, а также на изменение подходов к выстраиванию рабочего графика, распределению нагрузки.

Ввиду того, что 97 % респондентов отметили, что необходимо уделять больше внимания вопросам обеспечения и поддержания благополучия, в заключение авторы доклада сформулировали следующие рекомендации:

1. Повышать осведомленность о вопросах судебского благополучия, способствовать развитию дискуссии и обмену опытом.

2. Собирать и распространять наилучшие практики и информацию о существующих подходах и источниках информации о судебском благополучии.

3. Поддерживать судебское сообщество в разработке соответствующих инструментов, материалов и инициатив с тем, чтобы справиться с существующими вызовами и развить экспертные познания в данной области.

4. Организовать распространение уже имеющихся полезных сведений по вопросам судебного благополучия.

Тема благополучия (well-being), понимаемого в рассматриваемом материале как оптимальное физическое и психологическое состояние, может показаться не имеющей прямого отношения к судебской работе, однако многие из участников опроса отмечали необходимость уделять ей большее внимание, особенно в контексте долгосрочных последствий пандемии¹⁶.

Актуальность темы отражена и в таком значимом документе, как Комментарий к Бангалорским принципам поведения судей. Так, § 194 Комментария гласит: «Судья должен иметь достаточно времени для поддержания своего физического и психического здоровья... В настоящее время все больше признается, что исполнение обязанностей судьи требует большого напряжения сил. При необходимости судья, оказавшийся в состоянии стресса, должен иметь возможность получить консультацию и пройти соответствующий курс терапии. В прошлом судьи и работники органов правосудия относились к этим вопросам с пренебрежением

и не придавали им должного значения. Однако в последние годы эмпирические исследования, а также печально известные случаи нервных срывов у судей привлекли к этим вопросам всеобщее внимание»¹⁷.

К названным выше эмпирическим исследованиям можно отнести недавнюю работу австралийских исследователей Карли Шревер, Кэрл Халберт и Тани Сурдин. По результатам подробного исследования стресса среди судей своей страны они выделили пять категорий распространенных проблем [14]:

1) неконкретизированный психологический стресс – общее состояние неблагополучия или субъективно ощущаемого стресса;

2) ухудшение психического здоровья – обусловленные стрессом клинические заболевания или состояния (например, депрессия или тревожность);

3) выгорание – вызванное высокой продолжительной нагрузкой состояние эмоционального истощения, потеря ощущения смысла выполняемой работы, снижение профессиональной успеваемости;

4) вторичный посттравматический стресс – стрессовые переживания, вызванные частым столкновением с информацией о травмах, пережитых другими людьми в ситуациях насилия, крайней нужды и пр. (профессиональная этика при этом требует не высказывать собственных эмоций);

5) употребление алкоголя и алкогольная зависимость – прибегая к алкоголю, чтобы справиться со стрессом и негативными эмоциями, отдельные судьи могут создавать для себя риски возникновения соответствующей зависимости; при этом

¹⁶ Канадский профессор Джозеф Садек предлагает еще более широкое понимание рассматриваемого термина. По его мнению, благополучие включает в себя хорошее самочувствие как личного плана, так и в рабочей обстановке, т. е. удовлетворение выполняемой работой, интерес к ней, сниженные темпы выгорания (подробнее см.: *Sadek J. Well-being of Judges Should Be a Priority for Every Judiciary* // UNODC. URL: <https://www.unodc.org/dohadecclaration/en/news/2021/11/well-being-of-judges-should-be-a-priority-for-every-judiciary.html> (дата обращения: 15.05.2023)).

¹⁷ Комментарий к Бангалорским принципам поведения судей // UNODC. URL: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2017/Bangalore_principles_commentary_Russian.pdf (дата обращения: 15.05.2023).

проведенные ранее исследования показывают, что представители юридических профессий в целом чаще злоупотребляют алкоголем.

Автор подчеркивает, что ввиду важности общественной и демократической роли судей и работников аппарата судов, их личный стресс представляет собой нечто большее, чем проблему персонального плана¹⁸.

Появление упомянутого доклада Глобальной сети подтверждает актуальность таких тем, как высокая нагрузка и благополучие судей, на международном уровне и вместе с тем является редким напоминанием об их взаимосвязанности¹⁹.

Вопрос оптимизации судебной нагрузки назван приоритетным и в постановлении X Всероссийского съезда судей, наряду с такими вопросами, безусловно, влияющими на состояние благополучия судей, как укрепление их статуса и гарантий независимости, обеспечение жилыми помещениями²⁰.

Как указывает председатель Совета судей Российской Федерации В. В. Момотов, высокая нагрузка создает новый и крайне неблагоприятный для правосудия феномен социальной изоляции судьи: судья «выпадает» из необходимой каждому человеку системы социальных связей с семьей и близкими людьми, теряет возможность повышать профессиональную квалификацию (изучать законодательные изменения, новые разъяснения высшей судебной инстанции, последние юридические научные работы и т. д.), лишается времени на отдых, восстановление сил и эмоционального равновесия. Все

это не только самым негативным образом сказывается на качестве правосудия, но и формирует негативный психологический климат в судебных коллективах [15, с. 4].

Исследователи Кристоф Энгель и Керен Вайншель, проанализировав современные публикации о вопросах оптимизации нагрузки, приходят к выводу, что кризисные явления в этой области принято описывать множеством способов, в спектре от «судейского» до «менеджерского» подхода. Сторонники судейского подхода считают, что рост нагрузки объясняется общественно-правовыми изменениями, в результате которых количество и сложность дел возрастают быстрее, чем растет судейский корпус. Прибегая к экономической терминологии, они предлагают государству увеличить сторону «предложения», назначая больше судей и вспомогательного персонала. Представители «менеджерского» подхода видят корень проблемы в неэффективности и неграмотном управлении работой судов, устаревании процессуальных норм и пассивности самих судей. С их точки зрения, увеличение бюджета или штата судебной системы не является наиболее целесообразным решением [16].

Если мыслить в предложенных Энгелем и Вайншель терминах, представляется, что руководство судебной системы Российской Федерации склоняется к менеджерскому подходу. За последние годы приняты масштабные изменения законодательства: создание кассационных и апелляционных судов общей юрисдикции позволило унифицировать построение

¹⁸ Stanton K. Wellbeing Survey of Australia's Judiciary Reveals Risk of Distress and Burnout // Pursuit. URL: <https://pursuit.unimelb.edu.au/articles/wellbeing-survey-of-australia-s-judiciary-reveals-risk-of-distress-and-burnout> (дата обращения: 15.05.2023).

¹⁹ Так, в 2022 г. тема благополучия судей впервые обсуждалась на очередной Конференции председателей верховных судов стран Азиатско-Тихоокеанского региона, организованной при содействии ассоциации юристов LAWASIA, а вопросы управления судебной нагрузкой неоднократно рассматривались на конференциях председателей верховных судов стран Центральной и Восточной Европы.

²⁰ О развитии судебной системы Российской Федерации : постановление X всерос. съезда судей от 1 дек. 2022 г. № 1. Доступ из СПС «Гарант».

судебной системы, внедряются принципы процессуальной экономии, расширяется применение упрощенной и ускоренной форм судопроизводства, развивается институт досудебного (внесудебного) порядка урегулирования споров. При этом Председатель Верховного Суда Российской Федерации В. М. Лебедев периодически напоминает об отсутствии возможности раздувать штат судов²¹.

Следует отметить, что упомянутый выше процесс информатизации также может содействовать улучшению судебной деятельности. Например, одним из наиболее популярных в последнее время способов управления судебной нагрузкой стало распределение дел между судьями с учетом сложности спора. Различные методики «взвешивания» дел освещались, в частности, в недавней статье Е. В. Бурдиной [17]. Названные методики могут быть интегрированы в автоматизированные системы распределения дел, что будет способствовать выравниванию нагрузки.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Тема единообразия судебной практики, безусловно, имеет огромное значение для человека, общества и государства, в частности, для инвестиционного климата в стране. Однако эта тема напрямую

связана и с вопросами нагрузки на судей, их благополучия. Перегруженный рутинной работой судья в целях экономии времени и сил вынужден приспосабливаться к различным алгоритмам, в результате чего появляются предположения о «конвейерном» или «флеш-» правосудии [18], что неизбежно оказывает негативное влияние на авторитет судебной власти.

Автоматизация простых, но ресурсоемких задач, устранение элементарных споров, в том числе с применением передовых технологий, позволит судьям высвободить время для вдумчивого рассмотрения сложных дел, приведет к повышению качества работы судебной системы, даст возможность грамотнее развивать судебную практику.

При этом важно отметить, что укреплению единообразия служит не только активная работа высшей инстанции, но и изучение результатов этой работы судьями нижестоящих судов. В этом смысле ориентация на постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, последовательное применение его правовых позиций и более широкое информирование общества о соответствующих изменениях также будут способствовать снижению количества споров по отдельным категориям дел.

Список литературы

1. Усачев А. А. Правовая определенность как основа уголовного судопроизводства: от теории к совершенствованию законодательства // Актуальные проблемы российского права. 2021. Т. 16, № 8 (129). С. 129–140. DOI: <https://doi.org/10.17803/1994-1471.2021.129.8.129-140>
2. Морозова Л. А. Правовая определенность как общеправовой универсальный принцип реализации права // Социально-экономические явления и процессы. 2017. Т. 12, № 3. С. 250–256.
3. The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law / ed. by M. Fenwick, M. Siems, S. Wróblek. Oxford : Hart Publ., 2017. 328 p. DOI: <http://dx.doi.org/10.5040/9781509911288>
4. Гаджиев Г. А. Российская судебная доктрина верховенства права: двадцать лет спустя // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В. Д. Зорькин, П. Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. 560 с.
5. Duxbury N. The Nature and Authority of Precedent. Cambridge : Cambridge University Press, 2008. 189 p. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511818684>
6. Rubin P. H. Why Is the Common Law Efficient? // The Journal of Legal Studies. 1977. Vol. 6, № 1. P. 51–63. DOI: <https://doi.org/10.1086/467562>

²¹ Лебедев: «Постоянно увеличивать штат судов – это путь в никуда» // Право.ru. URL: <https://pravo.ru/news/214597/> (дата обращения: 15.05.2023).

7. Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов. М. : Изд-во социал.-эконом. лит-ры, 1962. 684 с.
8. Zywicki T. J. The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis // SSRN Electronic Journal. 2003. Vol. 97. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.326740>
9. Борисов Г. А. Роль верховных судов в формировании единообразной судебной практики: тенденции на постсоветском пространстве // Российское правосудие. 2023. № 4. С. 74–81. DOI: <https://doi.org/10.37399/issn2072-909X.2023.4.74-81>
10. Лю Ц. Статус и роль руководящих судебных дел в Китайской Народной Республике как прецедентное право // Юридический вестник Кубанского государственного университета. 2020. № 1. С. 2–7.
11. Papagiannas S. Towards Smarter and Fairer Justice? A Review of the Chinese Scholarship on Building Smart Courts and Automating Justice // Journal of Current Chinese Affairs. 2022. Vol. 51, Iss. 2. P. 327–347. DOI: <https://doi.org/10.1177/18681026211021412>
12. Susskind R. Online Courts and the Future of Justice. New York : Oxford University Press, 2019. 347 p. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198838364.001.0001>
13. A Survey on Legal Judgment Prediction: Datasets, Metrics, Models and Challenges / J. Cui, X. Shen, F. Nie, Z. Wang, J. Wang, Y. Chen // arXiv preprint. 2022. arXiv:2204.04859. DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2204.04859>
14. Schrever C., Hulbert C., Sourdin T. Where Stress Presides: Predictors and Correlates of Stress Among Australian Judges and Magistrates // Psychiatry, Psychology and Law. 2022. Vol. 29, № 2. P. 290–322. DOI: [10.1080/13218719.2021.1904456](https://doi.org/10.1080/13218719.2021.1904456)
15. Бурдина Е. В., Петухов Н. А. Служебная нагрузка на судей: проблемы определения, оценки, управления : моногр. / под ред. В. В. Ершова. М. : ПГУП, 2017. 236 с.
16. Engel C., Margel K. W. Manna from Heaven for Judges – Judges’ Reaction to a Quasi-Random Reduction in Caseload // SSRN Electronic Journal. 2020. DOI: [10.2139/ssrn.3521220](https://doi.org/10.2139/ssrn.3521220)
17. Бурдина Е. В. Судебная нагрузка как показатель эффективности судебной деятельности: теоретические, методологические и практические аспекты // Правосудие. 2021. Т. 3, № 4. С. 177–196. DOI: <https://doi.org/10.37399/2686-9241.2021.4.177-196>
18. Багаудинов Ф. Н. Флеш-правосудие: допустимость и пределы // Российский судья. 2021. № 4. С. 62–64. DOI: <https://doi.org/10.18572/1812-3791-2021-4-62-64>

References

1. Usachev A. A. Legal Certainty as the Basis of Criminal Proceedings: from Theory to Legislation Improvement. *Actual Problems of Russian Law*. 2021;16(8):129-140. DOI: <https://doi.org/10.17803/1994-1471.2021.129.8.129-140> (In Russ.).
2. Morozova L. A. Legal Definiteness as All-Legal Universal Principle of Realization of the Right. *Social-Economic Phenomena and Processes*. 2017;12(3):250-256. (In Russ.).
3. Fenwick M., Siems M., Wrba S. (Eds.). *The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law*. Oxford: Hart Publ.; 2017. 328 p. DOI: <http://dx.doi.org/10.5040/9781509911288>
4. Gadzhiev G. A. Russian Judicial Doctrine of the Rule of Law: Twenty Years Later. In: Zor’kin V. D., Barenboim P. D. (Eds.). *The Legal State and the Rule of Law Doctrines in Modern World*. Moscow: LUM Publ., Yustitsinform Publ.; 2013. 560 p. (In Russ.).
5. Duxbury N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press; 2008. 189 p. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511818684>
6. Rubin P. H. Why Is the Common Law Efficient? *The Journal of Legal Studies*. 1977;6(1):51-63. DOI: <https://doi.org/10.1086/467562>
7. Smith A. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Moscow: Social and Economics Literature Publ.; 1962. 684 p. (In Russ.).
8. Zywicki T. J. The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis. *SSRN Electronic Journal*. 2003;97. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.326740>
9. Borisov G. A. Role of Supreme Courts in Ensuring Uniform Judicial Practice: Trends in the Post-Soviet Space. *Russian Justice*. 2023;4:74-81. DOI: <https://doi.org/10.37399/issn2072-909X.2023.4.74-81> (In Russ.).
10. Liu Qiucen. Status and the Role of Judicial Guidelines in People’s Republic of China as Precedent Law. *Legal Bulletin of the Kuban State University*. 2020;1:2-7. (In Russ.).
11. Papagiannas S. Towards Smarter and Fairer Justice? A Review of the Chinese Scholarship on Building Smart Courts and Automating Justice. *Journal of Current Chinese Affairs*. 2022;51(2):327-347. DOI: <https://doi.org/10.1177/18681026211021412>
12. Susskind R. *Online Courts and the Future of Justice*. New York: Oxford University Press; 2019. 347 p. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198838364.001.0001>
13. Cui J., Shen X., Nie F., Wang Z., Wang J., Chen Y. A Survey on Legal Judgment Prediction: Datasets, Metrics, Models and Challenges. *arXiv preprint*. 2022. arXiv:2204.04859. DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2204.04859>

14. Schrever C., Hulbert C., Sourdin T. Where Stress Presides: Predictors and Correlates of Stress Among Australian Judges and Magistrates. *Psychiatry, Psychology and Law*. 2022;29(2):290-322. DOI: 10.1080/13218719.2021.1904456
15. Burdina E. V., Petukhov N. A. *Service Load on Judges: Problems of Definition, Evaluation, Management*. Moscow: Russian State University of Justice Publ.; 2017. 236 p. (In Russ.).
16. Engel C., Weinshall K. Manna from Heaven for Judges – Judges’ Reaction to a Quasi-Random Reduction in Caseload. *SSRN Electronic Journal*. 2020. DOI: 10.2139/ssrn.3521220
17. Burdina E. V. Judicial Load as an Indicator of the Effectiveness of Judicial Activity: Theoretical, Methodological and Practical Aspects. *Justice*. 2021;3(4):177-196. DOI: <https://doi.org/10.37399/2686-9241.2021.4.177-196> (In Russ.).
18. Bagautdinov F. N. Flash Justice: Admissibility and Limits. *Russian Judge*. 2021;4:62-64. DOI: <https://doi.org/10.18572/1812-3791-2021-4-62-64> (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Георгий Александрович Борисов, соискатель кафедры теории государства и права Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) (ул. Садовая-Кудринская, 9, Москва, 125993, Российская Федерация); ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3117-1358>; e-mail: gborisov.law@yandex.ru

ABOUT THE AUTHOR

Georgii A. Borisov, Applicant for a Candidate of Science Degree at the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (9 Sadovaya-Kudrinskaya st., Moscow, 125993, Russian Federation); ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3117-1358>; e-mail: gborisov.law@yandex.ru

Поступила | Received
20.04.2023

Поступила после рецензирования
и доработки | Revised
25.04.2023

Принята к публикации | Accepted
05.06.2023

УДК 342.92

DOI: 10.19073/2658-7602-2023-20-2-132-144

EDN: SUAATC



Оригинальная научная статья

Понятие и критерии малозначительности совершенного административного правонарушения

А. В. Попов

Федеральная налоговая служба, Москва, Российская Федерация

✉ a_porov55@bk.ru

И. А. Фомина

Управление Федеральной налоговой службы по Рязанской области, Рязань, Российская Федерация

✉ venera-1210@mail.ru

Аннотация. Проблема применения малозначительности административных правонарушений является актуальной в научной среде. Многие авторы, такие как Ю. П. Соловей, Э. В. Сергеева, О. В. Дербина, Л. Ч. Купеева и другие, в разные годы обращались в своей научной деятельности к вопросам, связанным с малозначительностью правонарушений. Авторы исследовали объективность применения малозначительности к формальным составам правонарушений, эффективность устного замечания, возможные критерии для признания правонарушения малозначительным. Оценочность понятий, закрепленных в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), позволяет обеспечивать гибкость законодательства при назначении наказания. Однако в конкретно рассматриваемом случае оценочность и отсутствие четких критериев применения малозначительности способствуют размытости границ ответственности. Результаты статистического исследования, приведенные авторами, показывают, что за 2019–2021 гг. значительное количество производств дел об административных правонарушениях было прекращено именно на основании ст. 2.9 КоАП РФ, что свидетельствует о важности критериев, по которым оценивается возможность применения малозначительности и условий, подлежащих анализу со стороны должностного лица соответствующего административного органа или судьи. В качестве критерия малозначительности административных правонарушений, объективная сторона которых характеризуется получением дохода или причинением ущерба, авторами предлагается использовать сумму такого дохода или ущерба. По мнению авторов, отнесение административного деликта к разряду малозначительных возможно при получении дохода или причинении ущерба, не превышающих 1/30 величины прожиточного минимума в целом по Российской Федерации на душу населения, предусмотренной на календарный год, в котором совершено административное правонарушение (для 2023 г. – 480 рублей). Учитывая изложенное, авторы обозначают необходимость законодательного закрепления категорий административных правонарушений и обстоятельств, при совершении или наступлении которых применение правового института малозначительности недопустимо. Одним из таких обстоятельств, по предложению авторов, выступает отсутствие лица, привлекаемого к ответственности, при рассмотрении дела об административном правонарушении.

Ключевые слова: малозначительность, административное правонарушение, критерии малозначительности, устное замечание, ущерб

Для цитирования: Попов А. В., Фомина И. А. Понятие и критерии малозначительности совершенного административного правонарушения // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 2. С. 132–144. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-132-144>. EDN: <https://elibrary.ru/suaatc>

Original scientific article

The Concept and Criteria of Insignificance of the Committed Administrative Offense

A. V. Popov 

Federal Tax Service, Moscow, Russian Federation

✉ a_popov55@bk.ru

I. A. Fomina 

Department of Federal Tax Service in the Ryazan region, Ryazan, Russian Federation

✉ venera-1210@mail.ru

Abstract. The problem of applying the insignificance of administrative offenses is relevant in the scientific community. Many authors, such as Yu. P. Solovey, E. V. Sergeeva, O. V. Derbina, L. Ch. Kupeevea and others, in different years raised issues related to the insignificance of offenses in their scientific activities. The Authors studied the objectivity of the application of insignificance to the formal elements of offenses, the effectiveness of oral remarks, and possible criteria for recognizing an offense as insignificant. The appraisal of the concepts enshrined in the Code of Administrative Offenses of the Russian Federation (hereinafter referred to as the Code of Administrative Offenses of the Russian Federation) makes it possible to ensure the flexibility of legislation in sentencing. However, in the particular case under consideration, evaluativeness and the lack of clear criteria for the use of insignificance contribute to the blurring of the boundaries of responsibility. The results of the statistical study cited by the Authors show that for 2019–2021, a significant number of proceedings on administrative offenses were terminated precisely on the basis of Art. 2.9 of the Code of the Russian Federation on Administrative Offenses, which indicates the importance of the criteria by which the possibility of applying insignificance and the conditions to be analyzed by an official of the relevant administrative body or a judge is assessed. As a criterion of insignificance of administrative offenses, the objective side of which is characterized by the receipt of income or damage, the Authors propose to use the amount of such income or damage. According to the Authors, the classification of an administrative tort as insignificant is possible when receiving income or causing damage that does not exceed 1/30 of the subsistence minimum in the whole of the Russian Federation per capita, provided for the calendar year in which the administrative offense was committed (for 2023 – 480 rubles). Given the above, the Authors indicate the need for legislative consolidation of the categories of administrative offenses and circumstances in the commission or occurrence of which the application of the legal institution of insignificance is unacceptable. One of these circumstances, at the suggestion of the Authors, is the absence of a person held liable when considering a case of an administrative offense.

Keywords: insignificance of an administrative offense, criteria for the low significance, verbal remark

For citation: Popov A. V., Fomina I. A. The Concept and Criteria of Insignificance of the Committed Administrative Offense. *Siberian Law Review*. 2023;20(2):132-144. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-132-144>. EDN: <https://elibrary.ru/suaatc> (In Russ.).

ВВЕДЕНИЕ

Правовой институт малозначительности административного правонарушения представляет одно из воплощений принципов индивидуализации административного наказания и его соразмерности негативным последствиям противоправного деяния, не допуская применения избыточной меры

наказания, границы которой определяются в каждом конкретном случае. Именно малозначительность, как отмечает Ю. П. Соловей, выступает одной из качественно-количественных характеристик степени общественной опасности деяния [1, с. 31–39].

Несмотря на столь значимую роль данного института для правоприменительной

практики, законодатель не дал легально-го определения понятию малозначительности, ограничившись весьма лаконичной формулировкой, отраженной в ст. 2.9 КоАП РФ, согласно которой при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Отметим, что подобный подход при определении малозначительности как основания для освобождения от административной ответственности далеко не нов. Аналогичная формулировка была закреплена в ст. 22 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях, действовавшего с 1984 г. Таким образом, понятие малозначительности административного правонарушения остается неизменным около 37 лет, накапливая все больше теоретических и практических вопросов, которые остаются без ответа.

«Перекочевав» из Кодекса РСФСР об административных правонарушениях в КоАП РФ без каких-либо серьезных изменений, правовой институт малозначительности сохранил свое несовершенство, которое обусловлено отсутствием законодательного определения понятия и критериев малозначительности, а также необходимостью использования совокупности правовых и неправовых факторов (количественные и качественные признаки правонарушения, ситуационные факторы, личностные характеристики, нравственные стандарты поведения, сложившиеся в обществе, и др.) при установлении содержания малозначительности административного правонарушения.

Между тем рядом авторов предпринята попытка выработать критерии малозначительности для конкретных категорий административных правонарушений. Так,

С. Н. Зайковой при рассмотрении вопроса малозначительности административных правонарушений, связанных с нарушением порядка ценообразования, предлагается в качестве малозначительных рассматривать нарушения, которые совершены без прямого умысла и размер ущерба, причиненного нарушением порядка ценообразования, не превышает одну тысячу рублей [2, с. 30–33].

Э. В. Сергеева, рассматривая проблему квалификации административного правонарушения как малозначительного при осуществлении закупок для государственных и муниципальных нужд, считает, что «возможные критерии малозначительности правонарушения могут быть связаны:

- с отсутствием факта умышленности деяния (при неосторожности);
- отсутствием существенной угрозы отношениям, поскольку определение существенности угрозы для закупок при всей социальной и экономической значимости осуществления закупок – вопрос весьма неоднозначный;
- выполнением виновным лицом всех возможных последствий;
- отсутствием в действиях виновного составов других правонарушений» [3, с. 68–70].

Проблема применения малозначительности также затронута Р. А. Абдураимовой. Автор отмечает, что «когда административно-юрисдикционные органы имеют дело с формальными составами административных правонарушений, им необходимо оценить не размер реального ущерба в качестве результата деяния, а именно вредоносность противоправного деяния, составляющего объективную сторону правонарушения» [4, с. 159]. В связи с этим предлагается учитывать отрасль осуществления деятельности при допустимости либо недопустимости квалификации правонарушения в качестве малозначительного.

По мнению О. В. Дербиной и Л. Ч. Купеевой, одним из способов разрешения вопроса о применении малозначительности может быть учет повторности совершения административного правонарушения. Авторы считают, что «институт малозначительности может быть применен лишь за впервые совершенное административное правонарушение» [5, с. 33].

Так, определением Верховного Суда Российской Федерации было отменено постановление нижестоящей инстанции из-за отсутствия оснований для признания административного правонарушения малозначительным, поскольку лицом, в отношении которого рассматривалось дело, было совершено более 100 аналогичных административных правонарушений. Таким образом, суд счел повторность обстоятельством, препятствующим применению ст. 2.9 КоАП РФ¹.

Однако в судебной практике встречается иная позиция. Так, довод апелляционной жалобы о невозможности признания совершенного правонарушения малозначительным в связи с повторностью привлечения Общества к административной ответственности за совершение однородного правонарушения, был отклонен судом апелляционной инстанции, поскольку указанное обстоятельство не является препятствием для квалификации правонарушения в качестве малозначительного².

Спорные вопросы применения малозначительности были отражены в Обзоре судебной практики Арбитражного суда Кемеровской области. Суды апелляционной и кассационной инстанций, отменяя решения нижестоящих судов, сочли,

что отсутствие существенного ущерба значения не имеет, поскольку при формальном составе правонарушения ответственность наступает при отсутствии каких-либо вредных последствий для государства, общества или отдельных лиц.

В результате анализа судебной практики сформулирован вывод о том, что отягчающее административную ответственность обстоятельство – повторное привлечение лица к административной ответственности за аналогичное правонарушение, препятствует применению ст. 2.9. КоАП РФ.

Дополнительно в обзоре отмечено, что так как КоАП РФ не предусмотрена возможность назначения наказания ниже низшего предела, установленного конкретной статьей, судья лишен возможности с учетом конкретных обстоятельств дела применить наказание ниже низшего предела, в разумном объеме, не освобождая нарушителя от ответственности. Таким образом, объявляя устное замечание, суд освобождает лицо, совершившее административное правонарушение, от наказания, порождая тем самым безнаказанность³.

Оценивая возможность применения положений о малозначительности при привлечении таможенного представителя к административной ответственности, И. Костева отмечает, что «малозначительность может быть применена только в случае, если сумма неуплаты либо недостаточной уплаты таможенных платежей была настолько незначительной, что не влекла существенной угрозы охраняемым отношениям» [6, с. 101]. Однако автор, предлагая критерий малозначительности,

¹ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2022) : утв. Президиумом Верхов. Суда Рос. Федерации 12 окт. 2022 г. URL: <https://vsrf.ru/documents/practice/31604/> (дата обращения: 18.05.2023).

² Постановление Шестнадцатого арбитражного суда от 13 сент. 2021 г. по делу № А61-1119/2021. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³ Обзор судебной практики Арбитражного суда Кемеровской области по применению положений статьи 2.9. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (освобождение от административной ответственности при малозначительности административного правонарушения). URL: <https://kemerovo.arbitr.ru/files/pdf> (дата обращения: 18.05.2023).

использует оценочную категорию «существенная угроза», что, на наш взгляд, не может способствовать улучшению практики применения ст. 2.9 КоАП РФ.

Отметим, что встречаются и более глубокие подходы к выработке критериев малозначительности, которые, по мнению обосновывающих допустимость их использования авторов, возможно применить ко всем административным правонарушениям. Например, И. А. Ключников относит к подобным критериям следующие:

«– совершение административного правонарушения, не предусматривающего в качестве мер ответственности какого-либо из установленных пп. 4–10 ч. 1 ст. 3.2 КоАП РФ видов административных наказаний;

– совершение административного правонарушения, размер верхнего предела санкции за совершение которого не превышает двух третей или 60 % от максимально установленного ч. 1 ст. 3.5 КоАП РФ размера административного штрафа;

– совершение административного правонарушения, при котором размер какой-либо из указанных в пп. 1–6 ч. 1 ст. 3.5 КоАП РФ величин не превышает двух третей или 60 % максимально установленного ч. 1 ст. 3.5 настоящего Кодекса размера административного штрафа;

– совершение административного правонарушения, при котором степень пренебрежения требованиями формальных правил для правонарушений с формальными составами не превышает двух третей или 60 % от нормативно допустимого при данных обстоятельствах значения;

– характер общественной вредности, определяемый местом соответствующей статьи в структуре норм КоАП РФ;

– признание вины лицом, совершившим административное правонарушение;

– отсутствие обстоятельств, отягчающих административную ответственность;

– совершение лицом одного деяния, содержащего не более двух составов административных правонарушений;

– отсутствие в деянии лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, признаков состава преступления»⁴.

Е. А. Лебедева в своем диссертационном исследовании малозначительным предлагает признавать «деяние, формально содержащее все признаки административного правонарушения, однако при этом не нарушающее права и законные интересы физических и юридических лиц и не создающее угрозы безопасности личности, общества или государства»⁵.

Несмотря на разнообразие представленных выше подходов, предлагаемые их авторами критерии малозначительности не унифицированы и в ряде случаев содержат оценочные составляющие, что ведет к субъективному усмотрению при вынесении решения по конкретному делу об административном правонарушении.

Попытка установить единообразие правоприменительной практики института малозначительности в отдельно взятой сфере общественных отношений была предпринята Федеральной антимонопольной службой (далее – ФАС России), утвердившей Методические рекомендации по применению антимонопольными органами статьи 2.9 КоАП (в части прекращения дел об административных правонарушениях, связанных с нарушением антимонопольного законодательства,

⁴ Ключников И. А. Совершенствование законодательства и правоприменительной практики об освобождении от административной ответственности по малозначительности правонарушений (по материалам таможенных органов) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Люберцы, 2013. С. 12.

⁵ Лебедева Е. А. Административная ответственность за нарушения законодательства о банкротстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 14.

по малозначительности)⁶. В дальнейшем некоторые положения данных методических рекомендаций были конкретизированы отдельным информационным письмом⁷. Однако, на наш взгляд, в данном случае ФАС России, определив конкретные составы административных правонарушений, при совершении которых не может применяться ст. 2.9. КоАП РФ, перешагнула за границу своей компетенции.

Представляется, что орган исполнительной власти не может устанавливать какие-либо ограничения в применении норм КоАП РФ даже на ведомственном уровне. В противном случае нарушается положение ст. 126 Конституции Российской Федерации, закрепляющее возможность дачи разъяснений по вопросам судебной практики исключительно за Верховным Судом Российской Федерации.

Примечательно, что норма о малозначительности деяния имеется не только в КоАП РФ. Так, согласно ч. 2 ст. 14 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ) не является преступлением действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного этим кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности.

Как отмечено В. Н. Винокуровым, «установление малозначительности деяния на практике вызывает сложности в связи с ее субъективным пониманием правоприменителем. Критерии малозначительности носят оценочный характер, и вопрос о малозначительности суд решает в каждом конкретном случае. Четко очертить круг деяний, которые могут быть признаны малозначительными, невозможно. Однако это не исключает необходимости выработки критериев, наличие кото-

рых позволит сузить круг таких деяний» [7, с. 36]. Автор считает, что «о малозначительности следует говорить, когда состав преступления сформулирован по типу формального, причиняется неосозаемый вред и в КоАП нет нормы, предусматривающей наказание за совершение соответствующего деяния» [7, с. 39].

Приводя общую характеристику деяний, которые могут быть признаны малозначительными в уголовном праве, Д. Ю. Корсун приходит к выводу, что о малозначительности можно говорить при любой конструкции состава, а если состав формальный, то вероятность расхождения между формой (уголовной противоправностью) и содержанием (индивидуальной общественной опасностью) повышается, поскольку этот тип состава обладает более высоким уровнем абстракции (в сравнении с материальным составом). А чем более абстрактным образом сформулирован уголовно-правовой запрет, чем шире круг предусмотренных им деяний, тем выше вероятность того, что в сферу его охвата могут попасть действия (акты бездействия), общественная опасность которых явно не соответствует [8, с. 143].

Таким образом, в настоящее время отсутствует единство мнений по вопросу установления общих критериев малозначительности деяния как в научной среде, так и на практике. Такое положение дел нас не удивляет, возвращаясь к рассмотрению административных правонарушений, отметим, что каждое из них имеет собственную природу, возникает в определенной области общественных отношений, характеризуется собственным уровнем общественной опасности, что обуславливает установление «индивидуальных

⁶ Методические рекомендации по применению антимонопольными органами статьи 2.9 КоАП (в части прекращения дел об административных правонарушениях, связанных с нарушением антимонопольного законодательства, по малозначительности) : утв. ФАС России. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁷ О практике применения статьи 2.9 КоАП : письмо ФАС России от 21 марта 2012 г. № ИА/8457. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

границ» административного наказания, отраженных в диспозициях конкретных норм Особенной части КоАП РФ. Определение единых конкретизированных (т. е. не содержащих оценочную составляющую) критериев малозначительности равносильно установлению единой меры ответственности для всех административных правонарушений, чего, конечно, не может и не должно быть.

В то же время в соответствии с официальными данными судов общей юрисдикции в 2019 г. на основании ст. 2.9 КоАП РФ прекращено производство 77 940 дел об административных правонарушениях, что составляет 55,6 % от общего количества прекращенных производств. В 2021 г. по этому же основанию были освобождены от административной ответственности 81 644 лиц (46,3 %), в 2022 г. — 109 645 лиц (52,4 %)⁸. Данные сведения подтверждают, что малозначительность административного правонарушения является достаточно распространенным обстоятельством среди иных оснований прекращения производства по делам об административных правонарушениях.

Вопросы применения малозначительности затронуты также в Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2022) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 21 декабря 2022 г.). Судом указано на необходимость всестороннего, полного, объективного и своевременного установления обстоятельств, послуживших основанием для прекращения производства по делу об административном правонарушении в связи с его малозначительностью. Поскольку при рассмотрении дела судьями суда субъекта Российской Федерации и кассационного суда общей юрисдикции была применена малозначительность без установления обстоятельств, суд направил

дело на новое рассмотрение в кассационный суд общей юрисдикции⁹.

Учитывая вышеизложенное, считаем необходимым обратить внимание на ряд актуальных вопросов применения правового института малозначительности административных правонарушений.

О ВОЗМОЖНЫХ КРИТЕРИЯХ МАЛОЗНАЧИТЕЛЬНОСТИ

Одной из количественных характеристик общественной опасности ряда административных правонарушений выступает полученный вследствие совершения неправомерного деяния доход либо причиненный таким деянием ущерб гражданам, организациям или государству. При этом ситуация, когда в отношении лица, привлекаемого к административной ответственности и получившего доход в размере 1 000 руб., дело об административном правонарушении прекращается в виду малозначительности, а лицу, получившему доход в размере 100 руб., назначается административное наказание, при совершении данными лицами одного и того же деликта, представляется весьма противоречивой, что ранее нами отмечалось в диссертационном исследовании.

На наш взгляд, при разрешении вопроса малозначительности административных деликтов, состав которых характеризуется получением дохода или причинением ущерба, в первую очередь должна приниматься во внимание именно величина полученного дохода или причиненного ущерба.

Отчасти данный подход при определении степени общественной опасности деяния уже реализован законодателем: КоАП РФ и УК РФ содержат ряд смежных деликтов, отнесение которых к административному правонарушению или преступлению зависит именно от величины полученного дохода или причиненного ущерба.

⁸ Судебная статистика // Судеб. департамент при Верхов. Суде Рос. Федерации. URL: <http://www.cdep.ru/?id=79> (дата обращения: 18.05.2023).

⁹ Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Такие составы, например, установлены ч. 1 ст. 14.1 КоАП РФ и ст. 171 УК РФ, ст. 7.17 КоАП РФ и ст. 167 УК РФ, ст. 8.28 КоАП РФ и ст. 260 УК РФ и т. д. В указанных случаях уголовная ответственность за деяние наступает при получении *крупного* дохода (ст. 171 УК РФ), причинении *крупного* или *значительного* ущерба (ст.ст. 171, 167 УК РФ соответственно), совершении деяния в *значительном* размере (ст. 260 УК РФ). При этом для каждого случая сумма, которая позволяет отнести доход или ущерб к крупному или значительному, законодательно определена. Так, для ст. 171 УК РФ – это не менее 2,25 млн руб., для ст.ст. 167, 260 УК РФ – не менее 5 тыс. руб.

Возникает справедливый вопрос о том, какая именно сумма дохода или ущерба должна быть взята за «точку отсчета» в целях определения возможности квалификации административного правонарушения в качестве малозначительного.

Нам представляется целесообразным исходить из суммы, определенной как 1/30 величины прожиточного минимума в целом по Российской Федерации на душу населения, предусмотренной на календарный год, в котором совершено административное правонарушение. С учетом ее размера, установленного Федеральным законом от 5 декабря 2022 г. № 466-ФЗ «О федеральном бюджете на 2023 год и на плановый период 2024 и 2025 годов»¹⁰ в целом по Российской Федерации на душу населения (14 375 руб.), и незначительного математического округления в сторону увеличения в 2023 г., данная сумма составила бы 480 руб.

Такой подход, на наш взгляд, в отличие от предложений других авторов, приведенных нами выше, позволит учитывать социально-экономические изменения, включая инфляционные процессы, поскольку величина прожиточного минимума на душу населения в целом по Российской Федерации устанавливается ежегодно¹¹ (при условии отмены ограничения действия п. 1 ст. 4 Федерального закона от 24 октября 1997 г. № 134-ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации»). При этом наличие объективной количественной характеристики снижает уровень субъективного восприятия обстоятельств конкретного дела об административном правонарушении, что является, на наш взгляд, положительным моментом.

Вместе с тем считаем ошибочным рассматривать сумму полученного дохода или причиненного ущерба в качестве единственного критерия малозначительности административного правонарушения. Несомненно, вопрос о возможности применения ст. 2.9 КоАП РФ должен решаться с учетом правовых позиций, отраженных в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 июня 2004 г. № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях»¹² и постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»¹³. При квалификации

¹⁰ Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Пункт 1 ст. 4 Федерального закона от 24 октября 1997 г. № 134-ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации», п. 2 ст. 1 Федерального закона от 5 декабря 2022 г. № 470-ФЗ «О приостановлении действия отдельных положений статьи 4 Федерального закона “О прожиточном минимуме в Российской Федерации”» (Доступ из СПС «КонсультантПлюс»).

¹² О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях : постановление Пленума Высш. Арбитр. Суда Рос. Федерации от 2 июня 2004 г. № 10. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹³ О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях : постановление Пленума Верхов. Суда Рос. Федерации от 24 марта 2005 г. № 5. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

правонарушения в качестве малозначительного судом необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения; малозначительным административный деликт может считаться, если деяние содержит признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляет существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений.

К сожалению, понятие существенного нарушения и критерии существенности также не сформулированы законодателем, однако их весьма полную, как нам представляется, характеристику можно обнаружить, обратившись к судебной практике.

Так, суд указал: «Существенная угроза представляет собой опасность, предполагающую возможность изменений в виде нанесения потерь (ущерба) главной, основополагающей части каких-либо экономических или общественных отношений. Для определения наличия существенной угрозы необходимо выявление меры социальной значимости фактора угрозы, а также нарушенных отношений. Угроза может быть признана существенной в том случае, если она подрывает стабильность установленного правопорядка с точки зрения его конституционных критериев, является реальной, непосредственной, значительной, подтвержденной доказательствами»¹⁴.

О НЕОБХОДИМЫХ ОГРАНИЧЕНИЯХ ПРИМЕНЕНИЯ СТ. 2.9 КОАП РФ

Законодатель не устанавливает каких-либо ограничений в отношении применения ст. 2.9 КоАП РФ. Допустимость этого положения подтверждается правовыми позициями Конституционного Суда Российской Федерации¹⁵ и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации¹⁶.

В то же время Верховный Суд Российской Федерации предписывает судам общей юрисдикции исходить из того, что с учетом признаков объективной стороны некоторых административных правонарушений они ни при каких обстоятельствах не могут быть признаны малозначительными, поскольку существенно нарушают охраняемые общественные отношения (ст.ст. 12.8, 12.26, 14.28 КоАП РФ)¹⁷. Полагаем, что наиболее объективно возможность применения ст. 2.9 КоАП РФ рассмотрена именно Верховным Судом Российской Федерации.

Действительно, при разрешении вопроса малозначительности административного правонарушения в первую очередь необходимо анализировать именно признаки объективной стороны. Например, с трудом представляется ситуация, при которой нарушение Правил дорожного движения или правил эксплуатации транспортного средства, повлекшее причинение легкого вреда здоровью потерпевшего (ч. 1 ст. 12.24 КоАП РФ),

¹⁴ Постановление мирового судьи судеб. участка №76 Ворошилов. р-на г. Волгограда от 7 июня 2016 г. № 5-673/2016 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: <https://clck.ru/F8wZv> (дата обращения: 18.05.2023); Постановление Тринадцатого арбитра. апелляц. суда от 15 авг. 2017 г. № 13АП-11423/2017. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 25 февр. 2014 г. № 4-П. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях : постановление Пленума Высш. Арбитр. Суда Рос. Федерации от 2 июня 2004 г. № 10.

¹⁷ О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях : постановление Пленума Верхов. Суда Рос. Федерации от 24 марта 2005 г. № 5 ; Обзор судебной практики разрешения дел по спорам, возникающим в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости // Бюл. Верхов. Суда Рос. Федерации. 2018. № 9. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

не представляет существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений.

Более того, считаем, что перед законодателем целесообразно поставить вопрос не только о допустимости применения ст. 2.9 КоАП РФ в отношении конкретных составов административных правонарушений, но и в отношении ее использования в случаях, когда установлены обстоятельства, отягчающие административную ответственность или совершенное противоправное деяние содержит квалифицирующие признаки административного правонарушения.

Нами отмечалось, что отсутствие четких критериев существенного нарушения охраняемых общественных отношений, равно как и отсутствие законодательных ограничений применения ст. 2.9 КоАП РФ, способствуют признанию судами административного правонарушения малозначительным с учетом характеристики и жизненных обстоятельств лица, привлекаемого к ответственности, что является недопустимым. Как справедливо указано А. П. Шергиным, «если в законе предусматриваются исключения из общих правил, их необходимо нормативно определить... Судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дело об административном правонарушении, должны иметь четко нормативно определенные критерии осуществления этого вида правоприменительной деятельности» [9, с. 76].

С этой точки зрения положительно отмечаем проект нового КоАП РФ, ст. 2.4 которого устанавливает запрет на признание малозначительным административного правонарушения, считающегося грубым, а ст. 2.3 закрепляет перечень грубых административных правонарушений¹⁸.

О возможности применения ст. 2.9 КоАП РФ при отсутствии лица, привлекаемого к административной ответственности

Интересным и дискуссионным, на наш взгляд, вопросом выступает оценка возможности применения ст. 2.9 КоАП РФ в случае отсутствия лица, привлекаемого к административной ответственности, при рассмотрении дела. Анализ судебной практики показывает, что суды считают возможным прекращение производства по делу об административном правонарушении ввиду его малозначительности не зависимо от факта присутствия лица, в отношении которого ведется такое производство¹⁹.

Действительно, как уже отмечалось, законодатель не установил каких-либо условий, ограничивающих правоприменителя в возможности квалификации административного деликта как малозначительного.

В то же время применение ст. 2.9 КоАП РФ характеризуется двумя важнейшими моментами: 1) освобождение лица, совершившего административное правонарушение, от административной ответственности сопровождается устным замечанием в его адрес; 2) устное замечание должно исходить от судьи, органа, должностного лица, уполномоченных решить дело об административном правонарушении.

Очевидно, что устное замечание не является административным наказанием и не выступает предметом правового регулирования раздела V «Исполнение постановлений по делам об административных правонарушениях» КоАП РФ. С уверенностью можно говорить о том,

¹⁸ Федеральный портал проектов нормативных правовых актов. URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=102447> (дата обращения: 18.05.2023).

¹⁹ Постановление мирового судьи судеб. участка № 132 по г. Санкт-Петербургу от 13 июня 2017 г. по делу 5-417/2017-132 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: <https://clck.ru/F8xGB> (дата обращения: 18.05.2023).

что устное замечание — это мера морального воздействия, которая применяется к лицу, совершившему малозначительное административное правонарушение, непосредственно по окончании рассмотрения дела. «Устное замечание не влечет для нарушителя неблагоприятных юридических последствий, но оно свидетельствует о неотвратимости реагирования государства на каждое противоправное поведение лица, допустившего административное правонарушение, в том числе и малозначительное; оно является мерой воспитательного воздействия, направленной на осознание лицом противоправности своего поведения» [10, с. 55].

Представляется, что отсутствие лица, правонарушение которого признается малозначительным, при рассмотрении дела сводит эффективность такого воздействия к нулю, а применение в подобных случаях ст. 2.9 КоАП РФ весьма спорно.

Считаем целесообразным дополнить ст. 2.9 КоАП РФ (а также проект нового КоАП РФ) положением, предусматривающим необходимость присутствия лица, совершившего административное правонарушение, при рассмотрении дела в качестве обязательного условия для квалификации правонарушения в качестве малозначительного.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Правовой институт малозначительности административных правонарушений выступает гарантом соблюдения принципа соразмерности государственного принуждения негативным последствиям противоправного деяния, выводя на первый план превентивную, а не репрессивную функцию законодательства об административных правонарушениях. В то же время правовая неопределенность ряда вопросов, связанных с применением данного института, обуславливает значительную степень субъективизма при применении ст. 2.9 КоАП РФ, а это негативно

сказывается на единообразии правоприменительной практики.

Очевидно, что необходима упорядоченная система законодательно установленных и четко определенных критериев, с помощью которых можно было бы применять норму о малозначительности административного правонарушения, имея в виду укрепление законности и справедливости вынесенных решений [11, с. 114; 12, с. 118].

Предлагаем исходить из того, что малозначительное административное правонарушение — это деяние, хоть и содержащее признаки административного проступка, предусмотренного КоАП РФ или законодательством субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях, но не влекущее наступления вредных последствий в установленных законом пределах.

Представляется, что в настоящее время законодателю целесообразно рассмотреть следующие решения:

1. Установление в качестве критерия малозначительности по административным правонарушениям, связанным с получением дохода или причинением ущерба, порядка расчета и суммы такого дохода или ущерба.

2. Установление ограничения применения ст. 2.9 КоАП РФ в отношении административных правонарушений, объективная сторона которых характеризуется существенным нарушением охраняемых общественных правоотношений, вне зависимости от обстоятельств, включая административные правонарушения, совершенные при обстоятельствах, отягчающих ответственность, и квалифицированные составы административных правонарушений.

С удовлетворением отмечаем, что законодатель шагнет вперед, установив запрет на отнесение ряда административных правонарушений к разряду малозначительных, в случае принятия нового

КоАП РФ в существующей в проекте этого документа статьей 2.4.

3. Установление ограничения применения ст. 2.9 КоАП РФ при отсутствии

лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, при рассмотрении этого дела.

Список литературы

1. Соловей Ю. П. О законодательном определении понятия административного правонарушения // Актуальные вопросы публичного права. 2013. № 10 (22). С. 31–39.
2. Зайкова С. Н. Проблемы признания малозначительности административных правонарушений на примере нарушений порядка ценообразования // Административное право и процесс. 2016. № 2. С. 30–33.
3. Сергеева Э. В. Квалификация административного правонарушения как малозначительного при осуществлении закупок для государственных и муниципальных нужд // Административное право и процесс. 2019. № 12. С. 68–70.
4. Абдураимова Р. А. Проблемные вопросы определения малозначительности административных правонарушений при привлечении к административной ответственности юридических лиц // Молодой ученый. 2021. № 48 (390). С. 158–161.
5. Дербина О. В., Купеева Л. Ч. Проблемные вопросы определения признаков малозначительности административного правонарушения // Вестник института: преступление, наказание, исправление. 2017. № 1 (37). С. 31–33.
6. Костева И. Применение положений о малозначительности при привлечении таможенного представителя к административной ответственности // Административное право. 2018. № 4. С. 97–102.
7. Винокуров В. Н. Определение малозначительности деяния в аспекте системного применения норм уголовного и административного права // Законность. 2022. № 9 (1055). С. 35–39.
8. Корсун Д. Ю. Общая характеристика деяний, которые могут быть признаны малозначительными (ч. 2 ст. 14 Уголовного кодекса Российской Федерации) // Вестник Московского университета МВД России. 2019. № 2. С. 140–146. DOI: <https://doi.org/10.24411/2073-0454-2019-10090>
9. Шергин А. П. Назначение административных наказаний: парадоксы правового регулирования // Актуальные проблемы административного права и процесса. 2018. № 3. С. 72–76.
10. Ломакина Л. А. Понятие малозначительности административного правонарушения в КоАП РФ // Журнал российского права. 2012. № 9 (189). С. 55–59.
11. Барахоева А. Р. Институт малозначительности деяния в административном законодательстве: теория и практика // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества. 2020. № 19. С. 106–115.
12. Зыкина Е. В., Дорохова А. В. Понятие малозначительности административного правонарушения в Кодексе об административных правонарушениях Российской Федерации // Миссия права. Юридическая наука: традиции и инновации : сборник материалов международной научно-практической конференции студентов, магистрантов, аспирантов и преподавателей. Великий Новгород : Новгородский государственный университет имени Ярослава Мудрого, 2021. С. 111–119.

References

1. Solovey Yu. P. About the Legislative Definition of the Concept of Administrative Offence. *The Topical Issues of Public Law*. 2013;10:31-39. (In Russ.).
2. Zaykova S. N. Problems of Recognizing the Insignificance of Administrative Offenses as Exemplified By Violations of Price Setting Procedures. *Administrative Law and Procedure*. 2016;2:30-33. (In Russ.).
3. Sergeeva E. V. Qualification of an Administrative Offense as of Little Significance When Carrying Out Procurements for Public and Municipal Needs. *Administrative Law and Procedure*. 2019;12:68-70. (In Russ.).
4. Abduraimova R. A. Problematic Issues of Determining the Insignificance of Administrative Offenses When Bringing Legal Entities to Administrative Responsibility. *Young Scientist*. 2021;48:158-161. (In Russ.).
5. Derbina O. V., Kupeeva L. C. Problematical Issues of Determining the Signs of the Insignificance of Administrative Offense. *Institute Bulletin: Crime, Punishment, Correction*. 2017;1:31-33. (In Russ.).
6. Kosteva I. Application of the Provisions on Insignificance When Bringing a Customs Representative to Administrative Responsibility. *Administrative Law*. 2018;4:97-102. (In Russ.).
7. Vinokurov V. N. Determination of Insignificance of an Act in the Aspect of Systemic Application of the Provisions of Criminal and Administrative Law. *Zakonnost Journal*. 2022;9:35-39. (In Russ.).
8. Korsun D. Yu. General Characteristics of the Actions Which Can Be Considered Insignificant (Part 2 of Art. 14 of the Criminal Code of the Russian Federation). *Vestnik of Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia*. 2019;2:140-146. DOI: <https://doi.org/10.24411/2073-0454-2019-10090> (In Russ.).

9. Shergin A. P. Appointment of Administrative Penalties: Paradoxes of Legal Regulation. *Actual Problems of Administrative Law and Process*. 2018;3:72-76. (In Russ.).
10. Lomakina L. A. The Notion of Insignificance of Administrative Offence in the Code of Administrative Offences of the Russian Federation. *Journal of Russian Law*. 2012;9:55-59. (In Russ.).
11. Barakhoeva A. R. Institute of Insignificance of an Act in Administrative Legislation: Theory and Practice. *Aktual'nye Problemy Teorii i Istorii Pravovoj Sistemy Obshchestva*. 2020;19:106-115. (In Russ.).
12. Zykina E. V., Dorokhova A. V. The Concept of Insignificance of the Administrative Offense in the Code of Administrative Offenses of the Russian Federation. In: *Mission of Law. Legal Science: Traditions and Innovations*. Veliky Novgorod: Yaroslav-the-Wise Novgorod State University Publ.; 2021. P. 111–119. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРАХ

Алексей Викторович Попов, заместитель начальника отдела организации кадровых проектов Федеральной налоговой службы (Неглинная ул., 23, Москва, 127381, Российская Федерация), кандидат юридических наук; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2374-5382>; e-mail: a_popov55@bk.ru;

Ирина Анатольевна Фомина, заместитель начальника отдела досудебного урегулирования налоговых споров Управления Федеральной налоговой службы по Рязанской области (проезд Завражнова, 5, Рязань, 390013, Российская Федерация); ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-6657-2975>; e-mail: venera-1210@mail.ru

ABOUT THE AUTHORS

Aleksei V. Popov, Deputy Head of the HR-Department of the Federal Tax Service (23 Neglinnaya st., Moscow, 127381, Russian Federation), Candidate of Legal Sciences; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2374-5382>; e-mail: a_popov55@bk.ru

Irina A. Fomina, Deputy Head of the Pre-Trial Settlement of Tax Disputes Department of the Federal Tax Service in the Ryazan region (5 Zavrazhnova passage, Ryazan, 390013, Russian Federation); ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-6657-2975>; e-mail: venera-1210@mail.ru

Поступила | Received
25.03.2023

Поступила после рецензирования
и доработки | Revised
25.04.2023

Принята к публикации | Accepted
05.06.2023

УДК 342.92

DOI: 10.19073/2658-7602-2023-20-2-145-157

EDN: TQIGZQ

*Оригинальная научная статья***В продолжение дискуссии об административном усмотрении****С. А. Старостин** *Университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Москва, Российская Федерация* *prof.starostin@gmail.com*

Аннотация. Статья продолжает дискуссию по актуальной для российской административно-правовой теории и юридической практики проблеме административного усмотрения, организованную редакцией журнала «Сибирское юридическое обозрение» на страницах двух предшествующих номеров журнала с участием П. П. Серкова и Ю. П. Соловья. Автор сосредоточивает свое внимание на состоянии современной отечественной доктрины административного усмотрения, вкладе в ее разработку российских ученых-юристов, необходимости и возможности (в том числе критериях и пределах) отграничения административного усмотрения от других видов усмотрения. Доказывается, что российская юридическая наука демонстрирует, вопреки утверждениям некоторых специалистов, не растерянность перед проблемной категорией усмотрения, а онтологическую и методологическую уверенность, правда, порой доходящую до крайностей. При этом единой российской доктрины дискреции не существует, таких доктрин много, и некоторые ученые вправе претендовать на то, чтобы конкретные доктрины связывались с их именами. Автор обращает внимание на тот факт, что усмотрение вообще и административное усмотрение в частности являются междисциплинарными (межнаучными) категориями, поэтому их прежде всего необходимо избавить от смысловых и содержательных «наслоений» других наук. Чем раньше появится чистая теория усмотрения, тем от большего числа ошибок и рисков будут застрахованы юридическая наука и правоприменительная практика. Во избежание терминологической путаницы и в целях сохранения предметности исследования совершенно важно различать между собой четыре понятия: 1) административное усмотрение; 2) судебный контроль за административным усмотрением; 3) судебное усмотрение; 4) судебное усмотрение при осуществлении судебного контроля за административным усмотрением. Эти понятия имеют определенную связь друг с другом, однако обозначают различные (отчасти даже по своей отраслевой принадлежности) категории, явления, процессы и институты. В качестве вывода указывается, что мотивы каждого дискреционного решения публичной администрации должны быть рано или поздно (лучше рано, чем поздно) преданы огласке. Чтобы это стало реальностью, правовой науке необходимо разработать и предложить действенные юридические гарантии обеспечения прав граждан и их объединений при реализации органами государственной власти своих дискреционных полномочий.

Ключевые слова: административное усмотрение, дискреция, дискреционные полномочия, российская доктрина усмотрения, судебное усмотрение, чрезвычайные административно-правовые режимы

Для цитирования: Старостин С. А. В продолжение дискуссии об административном усмотрении // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 2. С. 145–157. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-145-157>. EDN: <https://elibrary.ru/tqigzq>

Original scientific article

Continuing the Discussion on Administrative Discretion

S. A. Starostin 

Kutafin Moscow State Law University, Moscow, Russian Federation

✉ prof.starostin@gmail.com

Abstract. The article continues the discussion on the topical issue of administrative discretion for Russian administrative-legal theory and legal practice, organized by the editors of the journal “Siberian Law Review” on the pages of two previous issues of the journal with the participation of P. P. Serkov and Yu. P. Solovey. The Author focuses on the state of the modern domestic doctrine of administrative discretion, the contribution of Russian legal scholars to its development, the need and possibility (including criteria and limits) of delimiting administrative discretion from other types of discretion. It is proved that the Russian jurisprudence demonstrates, contrary to the assertions of some experts, not confusion in the face of the problematic category of discretion, but ontological and methodological certainty, although sometimes reaching extremes. At the same time, there is no single Russian doctrine of discretion, there are many such doctrines, and some scholars have the right to claim that specific doctrines are associated with their names. The Author draws attention to the fact that discretion in general and administrative discretion in particular are interdisciplinary (interscientific) categories, so they must first of all be rid of the semantic and meaningful “layers” of other sciences. The sooner a pure theory of discretion appears, the more mistakes and risks will be insured against by legal science and law enforcement practice. In order to avoid terminological confusion and preserve the subject matter of the study, it is absolutely important to distinguish four concepts: 1) administrative discretion; 2) judicial control over administrative discretion; 3) judicial discretion; 4) judicial discretion in the exercise of judicial control over administrative discretion. These concepts have a certain connection with each other, however, they designate different (partly even by their branch affiliation) categories, phenomena, processes and institutions. As a conclusion, it is indicated that the motives of each discretionary decision of the public administration must sooner or later (better sooner than later) be made public. To make this a reality, legal science needs to develop and offer effective legal guarantees for ensuring the rights of citizens and their associations when public authorities exercise their discretionary powers.

Keywords: administrative discretion, discretion, discretionary powers, Russian doctrine of discretion, judicial discretion, emergency administrative and legal regimes

For citation: Starostin S. A. Continuing the Discussion on Administrative Discretion. *Siberian Law Review*. 2023;20(2):145-157. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-145-157>. EDN: <https://elibrary.ru/tqigzq> (In Russ.).

ВВЕДЕНИЕ

Стимулом и толчком к написанию настоящей статьи послужила недавняя научная публикация, в которой по проблеме административного усмотрения высказались профессор Петр Павлович Серков — как всегда, весьма и весьма фундаментально, и профессор Юрий Петрович Соловей —

немного скромнее, но не менее убедительно¹. Казалось бы, об этой проблеме так много сказано и опубликовано, что она давно потеряла свою актуальность. Но это абсолютно не так: динамично изменяются общественные отношения, весьма активен в этом направлении законодатель, трансформируются цели, мотивы и границы

¹ Серков П. П., Соловей Ю. П. Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 1) // Сибирское юридическое обозрение. 2022. Т. 19, № 4. С. 374–383. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2022-19-4-374-383>

деятельности должностных лиц публичной администрации. Актуализировались проблемы законности и эффективности принимаемых решений, выбор которых, с одной стороны, направлен на соблюдение публичных интересов, с другой стороны, часто приводит к неверным результатам и ошибкам. Так было в условиях распространения COVID-19, и в настоящее время никто не пытается исправить допущенные тогда ошибки и совершенствовать соответствующие нормативные правовые акты.

Прежде всего следует обратиться к тезису, приведенному в начале дискуссии: громкому утверждению молодого, но раннего и уже состоявшегося административиста К. В. Давыдова, что отечественная доктрина административного усмотрения «находится в зачаточном состоянии и в основном сводится к несколько растерянной констатации» существования усмотрения, а также «лаконичным замечаниям» о необходимости его ограничения законом [1, с. 58]. Поскольку было бы, как минимум, некорректно обсуждать это утверждение вне контекста той работы, в рамках которой оно прозвучало, мы с большим любопытством ознакомились с указанной работой – статьей «Дискреция и ошибки законодателя», опубликованной в «Журнале административного судопроизводства» [1].

По итогам прочтения данной статьи у нас сложилось твердое впечатление, что мнение К. В. Давыдова нельзя признать ни верным, ни неверным, поскольку оно не подкрепляется вообще никакими аргументами, т. е. является, по сути, голословной и необоснованной констатацией позиции автора, которую крайне сложно, если вообще возможно, подтвердить или опровергнуть хотя бы потому, что не вполне ясно, что подразумевается автором под термином «российская доктрина дискреции». Поговорим обо всем по порядку.

Итак, о неразработанности «российской доктрины дискреции» К. В. Давыдов сообщает нам во втором абзаце своей статьи. При этом он делает сноску на отдельные работы восьми известных и не очень известных отечественных исследователей, написанные ими в период 1968–2014 гг. Выборка этих работ (как временная, так и личностная) отнюдь не репрезентативна, но неоправданно рандомна: ученый ссылается на И. С. Самощенко, А. П. Коренева, А. Н. Жеребцова и некоторых других юристов, но «забывает» про В. Н. Дубовицкого, Ю. А. Тихомирова, Ю. Н. Старилова, Ю. П. Соловья, О. В. Кораблину, Т. Г. Слюсареву, А. В. Гирвиц и очень многих других, не менее авторитетных правоведов.

Думается, что позиции восьми упомянутых в статье авторов, при всем персональном уважении к каждому из них, вряд ли отражают все богатство взглядов на административное усмотрение, которым уже сегодня располагает отечественная административно-правовая наука. Впрочем, в конце сноски К. В. Давыдов пишет «и др.», чем как бы намекает на то, что список названных им авторов легко мог бы быть дополнен и другими, в том числе перечисленными нами учеными. Здесь сразу же возникают два вопроса.

Первый: а допустимо ли такое обобщение? Прежде чем дать ответ, укажем, что еще в 1968 г. И. С. Самощенко с грустью подчеркивал, что советской теории административного усмотрения только предстоит родиться на свет, но тем не менее в 2014 г. после опубликования сотен российских исследований по теме реализации дискреционных полномочий Ю. Н. Мильшин вынужденно признал, что «роды затянулись».

Одной из работ, на которые ссылается К. В. Давыдов, является статья С. Г. Шевцова «Усмотрение, произвол, убеждение: лингвистический, доктринальный и законодательный подходы», опубликованная

в «Евразийском юридическом журнале». В этой статье нет ни «растерянной констатации» существования усмотрения, ни «лаконичных замечаний» о необходимости его ограничения. Напротив, С. Г. Шевцов приходит к более чем конкретным выводам о том, что «вопрос о соотношении правовых категорий усмотрения и произвола до сих пор не получил однозначного разрешения» [2, с. 50], что изложенный в его статье материал свидетельствует, как минимум, о наличии двух взглядов на обсуждаемую проблему, каждый из которых имеет как противников, так и сторонников, но в силу научной обоснованности и той, и другой позиции ни один из лагерей не может взять верх.

Является ли каждая из этих позиций доктриной? Это зависит от того, что сам К. В. Давыдов понимает под этим словом, а он, как уже отмечалось выше, собственной дефиниции не приводит. Нам видится, впрочем, что каждый из представленных взглядов доктринален, поскольку отстаивается правоведами, обладает сущностной целостностью и, несомненно, может влиять на правоприменение. Но в данном случае важно не это, а то, что текст статьи С. Г. Шевцова, практически, не содержит оснований для оценки, данной ему К. В. Давыдовым.

По-своему интересно и обращение К. В. Давыдова к статье студентки Саратовской государственной юридической академии А. С. Черемисиной под названием «Принцип целесообразности в деятельности органов исполнительной власти», опубликованной в журнале «Административное право и процесс» и занимающей всего две журнальные страницы [3]. Не умаляя способностей студентки высказать свою позицию по сложному и дискуссионному вопросу, замечу лишь, что в этой статье отсутствуют какие-либо указания на несформированность доктрины административной дискреции. Но причина в другом: статья посвящена

совершенно иному вопросу. Однако мы не будем удивлены, если обнаружится, что именно в данной работе К. В. Давыдов увидел пресловутую «растерянную констатацию» существования административного усмотрения.

Для экономии времени и места мы не станем останавливаться на остальных трудах, на которые сделаны ссылки в статье «Дискреция и ошибки законодателя». Скажем только, что исследования, на которые опирался К. В. Давыдов при вынесении своего «вердикта», скорее, опровергают, нежели подтверждают его точку зрения. Впрочем, вполне возможно, что они показались ему недостаточно убедительными, и это вполне допустимо, если учесть, что автор находится только на начальном этапе приобретения опыта, искушенности и мудрости.

К сожалению, далее по тексту К. В. Давыдов повествует сначала о зарубежном опыте, а затем — о «проблеме правового регулирования дискреции в российской правовой системе», в результате чего его утверждение, вызвавшее резкое несогласие Ю. П. Соловья, «повисает в воздухе» — не раскрывается подробнее, не аргументируется более основательно, не сопоставляется с позициями других исследователей. Спорить с таким утверждением, конечно же, можно, однако спорящее лицо априори оказывается в более невыгодной, проигрышной позиции, так как его автор всегда может заявить, что на самом деле он имел в виду нечто абсолютно иное, нежели то, что только что было опровергнуто.

Теперь *второй вопрос*: выражают ли другие российские ученые ту же позицию, которая, по мнению К. В. Давыдова, присутствует в трудах упомянутых им восьми авторов? Или, иными словами, действительно ли весь вклад отечественной административно-правовой науки в доктрину административной дискреции заключается в тезисе о том, что дискреция есть

и ее необходимо ограничивать законом? Вопрос, на наш взгляд, далеко не праздный и совсем не риторический, тем более, что П. П. Серков уже дал на него, по большому счету, утвердительный ответ. Но чтобы нам самим сколько-нибудь содержательно ответить на этот вопрос, потребуется погрузиться в более абстрактные размышления, нежели те, которые мы привели выше. А именно: что, гипотетически, должно быть сделано (написано), чтобы можно было утверждать, что в российской юридической науке сложилась доктрина административного усмотрения.

Думается, что усмотрение вообще и административное усмотрение в частности являются междисциплинарными (межнаучными) категориями, поэтому их прежде всего необходимо извлечь от смысловых и содержательных «наслоений» других наук. Всегда необходимо отдавать себе отчет в том, насколько существенна ошибка в выборе того или иного варианта решения, поведения. В этом плане юрист-исследователь должен четко понимать, что один и тот же институт может одновременно быть правовым, социальным, экономическим, философским, этическим и т. д., однако в его распоряжении как специалиста юридического профиля находится только правовой инструментарий. Чтобы, например, не изучать психологическую сторону вопроса посредством формально-догматического метода, необходимо сначала «отделить зерна от плевел» – разделить психологический и юридический аспекты исследуемой проблемы. Сказанное в полной мере относится и к другим социальным и гуманитарным наукам, представители которых проявляют научный интерес к реализации дискреционных полномочий.

Следует заметить, что работа похожего свойства была осуществлена чуть менее века назад. Мы, разумеется, говорим о «чистой теории права» немецкого юриста Ганса Кельзена, который предпринял

попытку (удачную или нет, не нам судить) хирургическим путем удалить из юридической науки все то, что не имеет прямого и имманентного отношения к праву [4]. Аналогичный труд, вне всякого сомнения, однажды придется провести и применительно к усмотрению (административному, судебному и др.), и чем раньше появится чистая теория усмотрения, тем от большего числа ошибок и рисков будут застрахованы юридическая наука и правоприменительная практика.

К сожалению, в России на протяжении нескольких десятилетий этот фактор обсуждаемой проблемы игнорировался, и лишь в последние годы стали появляться отдельные статьи, посвященные межнаучному анализу административного усмотрения [5–7]. Конечно, этих работ пока немного, поскольку каждая из них представляет собой сложное аналитическое социогуманитарное исследование, требующее от авторов как временных, так и интеллектуальных затрат, но такие работы уже есть, и это не может не внушать оптимизма. Думается, что в ближайшие несколько лет процесс «юридического очищения» административного усмотрения все-таки завершится.

В то же время для уяснения природы административного усмотрения было бы очевидно недостаточным всего лишь продемонстрировать, какие его стороны являются предметом изучения права, а какие – предметом иных наук (философии, экономики, социологии, истории и многих других). Не менее важно ответить на элементарный, на первый взгляд, вопрос о том, к какой отрасли юридического знания (фундаментального, отраслевого, прикладного) относится административное усмотрение: только ли к административному праву и административному процессу, возможно, ко всему публичному праву в целом. И уже на этом этапе обсуждения затронутой темы образуется серьезный повод для научной дискуссии.

С одной стороны, представители некоторых отраслей юридической науки однозначно причисляют все, что связано с реализацией дискреционных полномочий органами исполнительной власти и их должностными лицами, к своей «вотчине». Например, Л. А. Шарнина в докторской диссертации отмечает, что «в конституционном праве наряду с особым, присущим только ему, конституционным усмотрением, существуют традиционно выделяемые виды усмотрения – судебное и административное»².

Эта позиция необычна сама по себе, но еще необычнее констатирующая интонация предложения, которая дополнительно усиливается посредством использования наречия «традиционно». При этом автор не делает ссылок на работы с соответствующей концепцией, что дает основания считать, что данная концепция уже давно стала «общим местом» конституционно-правовой науки. Между тем в действительности это либо не совсем так, либо, скорее, совсем не так, и оттого вполне справедливо недоумение, которое выразил по поводу отмеченного тезиса известный конституционалист К. В. Арановский в отзыве о диссертации Л. А. Шарниной³.

На наш взгляд, определенные конституционные начала в административном усмотрении есть уже потому, что их не может не быть. Этот довод от противного может показаться несколько легковесным, но при ближайшем рассмотрении станет ясно, что он вполне ценен.

В этом году мы будем отмечать 30-летие Конституции Российской Федерации. В отличие от советских конституций, ее нельзя назвать ни мнимой, ни декларативной: она имеет прямое действие на всей территории нашей стра-

ны, при возникновении необходимости в нее вносятся поправки, а соответствие российских законов конституционно-правовым нормам проверяется Конституционным Судом Российской Федерации. Поэтому можно твердо утверждать, что за прошедшее с 1993 г. время состоялась крупнейшая в отечественной истории конституционализация общественных отношений. А значит, мы не сильно погрешим против истины, если скажем, что все отечественные правовые и так или иначе связанные с ними институты (мы делаем эту оговорку специально для Ю. П. Соловья, который считает, что административное усмотрение не является правовым институтом [8, с. 412]) давно имеют либо непосредственное, либо опосредованное конституционное наполнение. Однако из этого не следует, что, например, фидуциарные сделки или убийства по найму входят в предметную сферу конституционного права.

В российской юридической литературе встречается и другой подход, также привлекающий внимание своей категоричностью: когда ученый-отраслевик заявляет, что в «его» отрасли права административного усмотрения не может быть (не должно быть) по определению. Так, представитель одной из школ финансового права О. Н. Горбунова пишет, что «регулировать финансовую деятельность государства невозможно с помощью норм административного права ни в коем случае», потому что «в таком регулировании немедленно появится усмотрение и волюнтаризм», а в финансовом праве «каждая норма... основана на ее экономическом содержании, которое объективно и не зависит от воли людей» [9, с. 87]. Эта точка зрения имеет весьма рациональную аргументацию,

² Шарнина Л. А. Усмотрение в конституционном праве : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019. С. 123.

³ Арановский К. В. Отзыв официального оппонента о диссертации Шарниной Любови Александровны, выполненной по теме «Усмотрение в конституционном праве», на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.02 – конституционное право; муниципальное право. С. 7–8. URL: <https://istina.msu.ru/dissertations/230929374/> (дата обращения: 18.05.2023).

но все-таки нельзя не возразить: как же в таком случае быть с финансовым планированием, неужели и в нем не найдется места для дискреции.

Несмотря на наши замечания, в каждом из приведенных примеров мы видим, что ученые не просто понимают, что такое административное усмотрение, но и имеют уже собственные, причем устоявшиеся, взгляды на эту категорию. Здесь мы не будем характеризовать позиции всего пула отечественных юристов по обсуждаемой проблеме, однако отметим, что и они, как правило, вполне убедительны, даже если полностью или в части противоречат друг другу.

Подведем промежуточные итоги.

Во-первых, в российских работах были предприняты попытки дифференцировать различные составляющие административного усмотрения – философскую, экономическую, этическую и т. д., оставив в ней только те элементы, которые прямо или опосредованно имеют отношение к праву. Да, эта работа не окончена, но и начата она не вчера, что нельзя не поддерживать с эпистемологической точки зрения.

Во-вторых, определенные взгляды на административное усмотрение имеют не только представители административно-правовой, но и конституционно-правовой, финансово-правовой и других отраслевых наук. Кроме того, дискреции посвящены фундаментальные исследования теоретиков права, на которых мы не стали заострять внимание⁴. Таким образом, пока российская юридическая наука демонстрирует не растерянность перед проблемной категорией, а онтологическую и методологическую уверенность, порой доходящую до крайности.

Следующий естественный шаг для формирования доктрины административного усмотрения – отграничение данного вида

усмотрения от других его видов. Чтобы понять, например, как осуществлять контроль за деятельностью судебных органов и органов исполнительной власти, очень важно определиться (как теоретически, так и практически), в чем выражаются сходство и отличия административной дискреции и судебной дискреции. Нетрудно догадаться, что и этот вопрос не был обделен вниманием российских правоведов [10–12], причем складывается впечатление, что судебное усмотрение было изучено даже более тщательно, нежели административное. Кроме того, здесь особенно ценно то, что практическая реализация органами судебной и исполнительной власти своих дискреционных полномочий часто анализируется именно на российской почве, что, с одной стороны, позволяет выявить национальные характеристики административного и судебного усмотрения, а с другой – сделать пусть небольшой, но отечественный вклад в общую (универсальную, всемирную) теорию дискреции.

Нельзя не сказать об изучении зарубежного опыта. Оно требуется в первую очередь для полной или частичной рецепции тех норм или практик, которые могут «прижиться» в российской правовой системе. Такого рода изучение началось еще в советскую эпоху и, становясь с каждым годом все интенсивнее и плодотворнее, продолжается в настоящие дни [8; 13; 14]. Следует признать, что российские ученые-юристы сегодня неплохо знакомы с теми подходами к административному усмотрению, которые существуют в иностранных государствах, и на основе накопленных знаний могут сопоставлять эти подходы, выделять в них положительные и отрицательные стороны, готовить на их основе рекомендации для отечественного правоприменителя. Кроме того, мы уже сейчас можем отличить российские взгляды на реализацию

⁴ См., напр.: Никитин А. А. Правовое усмотрение: теория, практика, техника : дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2021. 514 с.

дискреционных полномочий от зарубежных, что свидетельствует об их качественном обособлении.

Таким образом, напрашивается следующая вывод: единой российской доктрины дискреции действительно не существует, но только по той причине, что этих доктрин много, и некоторые авторы (например, Ю. П. Соловей) вполне могут претендовать на то, чтобы конкретные доктрины связывались с их именами. И пребывают эти доктрины не «в зачаточном состоянии», а в том прекрасном возрасте, когда они могут успешно бороться за место под солнцем.

Нужно, наконец, признать: то, о чем мы сейчас рассуждаем, — это, в общем-то, тривиальные вещи. Ведь изучение административного усмотрения началось еще в Российской Империи, продолжилось в Советском Союзе и в постсоветской России. С учетом традиционно высокого уровня отечественной юриспруденции и российских юристов было бы странно даже предполагать, что за этот гигантский промежуток времени наша юридическая мысль не представила «от себя» по дискутируемой проблеме вообще ничего. Разумеется, данный тезис не соответствует объективной реальности, и выше мы вкратце, опираясь на наши не самые достаточные знания по соответствующему вопросу, продемонстрировали, почему не соответствует.

Теперь попробуем сконцентрироваться на пространной реплике другого участника нашей дискуссии — уважаемого П. П. Серкова. Необходимо отметить, что позиция П. П. Серкова излагается, несомненно, в более сдержанных и деликатных выражениях, чем позиция К. В. Давыдова, хотя, разумеется, определенные менторские нотки проскальзывают и здесь. Впрочем, от Петра Павловича — выдающегося теоретика, но и не менее выдающегося практика — слышать их менее удивительно, нежели от К. В. Давыдова, и даже в какой-то

степени привычно, ибо *Quod licet Iovi, non licet bovi*. В то же время письменная речь П. П. Серкова крайне абстрактна и сложна для восприятия, поэтому заранее извиняемся за потенциальное недопонимание или неправильный пересказ его доктринальных выводов.

Первое и главное, на что нам хочется сразу же обратить внимание читателя: хотя в конце своего монолога П. П. Серков соглашается с К. В. Давыдовым, в действительности в ходе своих рассуждений он опровергает своего визави. Да, в завуалированной, латентной форме, но все-таки опровергает. Поясню свою мысль.

Как уже неоднократно говорилось выше, К. В. Давыдов характеризует состояние отечественной теории административного усмотрения как младенческое или эмбриональное. Однако, по крылатой фразе древнегреческого философа Платона, все познается в сравнении: если у нас что-то плохо, то только потому, что у кого-то это что-то хорошо. На такую постановку вопроса указывают сразу несколько факторов.

Во-первых, употребление выражения «российская доктрина дискреции». Во-вторых, выделение К. В. Давыдовым неких «заблуждений» в отношении тех или иных сторон реализации дискреционных полномочий, которые по мере прочтения его работы оказываются главным образом или в том числе отечественными. Например, молодой ученый отмечает, что проблема «процедурной эйфории» (то есть уверенность в том, что административные процедуры автоматически решат все вопросы, стоящие перед органами исполнительной власти после установления их в надлежащем количестве) «очень ярко себя проявляет во многих постсоветских правовых порядках, в том числе — российском» [1, с. 60], после чего непосредственно обращается к анализу нашего законодательного опыта. В-третьих, в завершении своего труда К. В. Давыдов формулирует «некоторые рекомендации для российского

правопорядка», основанные, в частности, на зарубежных «рациональных концепциях» и «европейских новациях».

Надо признать, что подобный подход с содержательной точки зрения, возможно, более чем инновационный, но с сущностной – не вполне оригинальный. Предложения позаимствовать что-то из-за границы, произвести «пересадку» зарубежных институтов на отечественную социальную почву звучали, пожалуй, с самого создания Российского государства. Иногда в этих предложениях обнаруживалось рациональное зерно, и их реализация порой приводила к положительным результатам. Вот только П. П. Серков, как следует из его комментария, подобного рода инициатив применительно к административному усмотрению не приветствует и приветствовать не может.

Дело в том, что согласно П. П. Серкову в зачаточном состоянии находится не только российская, но и зарубежная доктрина административного усмотрения. Он прямо пишет, что уяснение сущности административного усмотрения затрагивает как российскую, так и зарубежные юридические науки, которые сфокусировали «свое исключительное внимание на системе правовых норм и примате субъективных прав»⁵. По данной причине, как выясняется в следующем абзаце, остаются невыявленными «всесторонне выверенные универсальные показатели, характеризующие юридическое содержание административного усмотрения», а без этих показателей, подчеркивается далее, ни о какой доктрине нельзя и речи вести.

Пока мы не спорим и не соглашаемся с Петром Павловичем, ибо вынуждены акцентировать внимание на другом, более важном моменте: его позиция на самом-то деле является полной противоположностью позиции К. В. Давыдова. Данный тезис легко доказывается следующим образом.

По мнению К. В. Давыдова, для устранения если не всех, то очень и очень многих отечественных проблем, связанных с реализацией дискреционных полномочий, достаточно обратиться к иностранной теории и иностранному же опыту, законодательному и правоприменительному. Если же следовать за мыслью П. П. Серкова, то такое обращение ничего не даст, ибо заимствовать в зарубежных странах нечего, всю теорию и практику нужно создавать самим и практически с нуля, без оглядки на кого-либо.

Таким образом, очевидно, что по сравнению с К. В. Давыдовым П. П. Серков выдвигает абсолютно иную концепцию, и весьма странно, что сам Петр Павлович не замечает этого любопытного обстоятельства (впрочем, не исключено, что П. П. Серков попросту не читал статьи К. В. Давыдова, так как Ю. П. Соловей предложил ему оценить лишь одну фразу последнего. В таком случае хочется надеяться, что настоящая работа позволит разграничить и обособить взгляды двух уважаемых исследователей).

Что же касается содержания высказывания П. П. Серкова, то оно, естественно, обстоятельнейшим способом аргументировано, и мы можем дать лишь скромные примечания, своего рода заметки на полях к его тексту, но не более того.

Прежде всего нельзя не упомянуть, что в аргументации Петра Павловича явственно присутствует определенный уклон в сторону судебной дискреции, который, вероятно, объясняется повышенным интересом ученого именно к этой разновидности усмотрения, да еще вкупе с некоторым профессионально-должностным его статусом. Например, его суждение о том, что «в деятельности органов правосудия не исключаются элементы усмотрения»⁶, выглядело бы довольно обыденно, если бы оно не располагалось

⁵ Серков П. П., Соловей Ю. П. Указ. соч. С. 377.

⁶ Там же.

между двумя суждениями об административном усмотрении. Между тем судебное усмотрение и административное усмотрение есть, как говорил Ф. М. Достоевский, «два предмета разные».

Нам видится, что во избежание терминологической путаницы и сохранения предметности диалога совершенно необходимо различать четыре понятия. Первое – административное усмотрение. Второе – судебный контроль за административным усмотрением. Третье – судебное усмотрение. И четвертое – судебное усмотрение при осуществлении судебного контроля за административным усмотрением.

Эти четыре понятия, разумеется, имеют определенную связь друг с другом, однако обозначают они различные категории, явления, процессы и институты, различные даже по своей отраслевой принадлежности. В вопросе, поставленном Ю. П. Соловьев, речь шла только о первых двух понятиях: главным образом о первом, в меньшей степени о втором. В ответе же П. П. Серкова непосредственно или опосредованно были затронуты все четыре понятия, причем без строгой их дифференциации. В данном контексте очевидно, что ответ этот при всех своих достоинствах нельзя назвать прямым; его автор рассуждает о чем-то своем, понятном и близком исключительно ему самому.

Думается, что нужно договориться о терминах и четко решить, что мы обсуждаем сейчас, а что обсудим в следующий раз. В противном случае дискуссия может длиться долгие годы, а какого-то общего знаменателя на терминологическом поле так и не появится. И примирить или принудить к примирению участников дискуссии не сможет даже Юрий Николаевич Старилов [15; 16].

И дело здесь не только и не столько в теории. Уже сегодня вопрос о реализации административного усмотрения ста-

новится невероятно важным для практики. Например, в связи с чрезвычайными административно-правовыми режимами.

В марте 2020 г. в целях предупреждения распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19) в г. Москве, в Московской области, а также в регионах Дальнего Востока, Сибири, Урала, Поволжья был введен режим повышенной готовности. Могли ли органы власти ввести какой-нибудь иной режим, например, режим чрезвычайной ситуации? Конечно, могли. А по какой причине был введен именно этот режим, а не другой? Неизвестно.

Следовательно, здесь мы имеем дело с административным усмотрением, выраженным в управленческом дискреционном решении, мотивы которого до сих пор скрыты от широкой общественности. Почему это важно? Потому что каждый чрезвычайный административно-правовой режим ограничивает права, свободы и законные интересы значительного числа граждан России.

Таким образом, с теоретических высот мы отчетливо понимаем, что мотивы каждого дискреционного решения должны быть рано или поздно (лучше рано, чем поздно) преданы огласке, но на практике этого не происходит. И задача науки в данной ситуации – не открывать какие-либо новые горизонты, а предложить реальные юридические гарантии для обеспечения прав населения при реализации органами государственной власти своих дискреционных полномочий. А принимающему решения надо ясно понимать юридические последствия того или иного решения, предвидеть возможные ошибки и понимать степень своей ответственности.

Следующий аспект связан с утверждением П. П. Серкова, красной линией проходящим сквозь все его повествование, о том, что российские органы государственной власти вправе ожидать от отечественной административно-правовой

науки кристальной ясности по вопросу административного усмотрения. По этому поводу хочется заметить, что наша отрасль права, равно как и вся юридическая наука, развивается не в вакууме. Существуют государственный и общественный запросы на изучение тех или иных проблем публично-управленческого свойства, иногда предельно четко формализованные, а иногда лишь « витающие в воздухе ».

Представляется, что, к сожалению, административное усмотрение пока не относится к числу подобного рода проблем. Если говорить про государственный запрос, то в России не выделяется грантов на изучение усмотрения, оно не указывается в государственных заданиях на научно-исследовательскую работу. С общественным запросом дело обстоит еще проще: в юридической сфере граждан волнует построение правового государства в целом и законность действий органов публичной власти в частности (отсюда настоящая лавина жалоб, в том числе и в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, на нарушение закона государственными чиновниками и государственными органами), но никак не административное усмотрение. Рискнем предположить, что большая часть из них даже и не вполне понимает, что это такое. В этом плане ученым невыгодно заниматься данной темой, поэтому все, что связано с научным осознанием дискреции в современной России, является продуктом интеллектуальной деятельности горстки энтузиастов.

Таким образом, органы государственной власти вправе ожидать прорывных правовых исследований в таких областях, как противодействие коррупции, генетика и биотехнологии, интеллектуальная собственность, защита прав и свобод человека и гражданина и т. д., потому что именно эти области обозначаются ими как приоритетные и изучение именно этих областей ими поддерживается материально. К сожалению, административное усмотрение

в число этих областей до сих пор включено не было, а значит, у академических представителей российского юридического цеха нет ни моральной, ни формальной обязанности по его изучению.

Как и К. В. Давыдов, П. П. Серков в своих рассуждениях почти не руководствуется отечественными работами по рассматриваемой теме. В его ответе на вопрос Ю. П. Соловья содержится лишь пять ссылок на научные труды, два из которых принадлежат перу самого П. П. Серкова. Остальные работы написаны И. А. Гизатуллиным, О. В. Соболевым и С. В. Щепаловым. Не ставя под сомнение академическую квалификацию данных авторов, нужно напомнить, что есть немало других славных фамилий, которые мы называли выше. Нельзя, как нам кажется, заявить, что эти ученые не внесли никакого вклада в теорию административного усмотрения, не сказав ни слова о конкретных тезисах, выдвинутых ими в своих работах, и не объяснив, в чем именно заключается несостоятельность этих тезисов.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Очевидно, что в отечественной теории административного усмотрения присутствуют некоторые лакуны и противоречия, на что справедливо указал П. П. Серков. И в этом плане российским административистам есть куда расти и к чему стремиться. Но где этих лакун и противоречий нет? Мы знаем, что зарубежные правоведы изучают дискреционные полномочия органов исполнительной власти и их реализацию более полутора веков. При этом каждый год в иностранной научной прессе публикуются новые и новые исследования по административному усмотрению, авторы которых иногда соглашаются, иногда дополняют, а иногда и опровергают выводы своих предшественников. Но никто из них пока не заявлял (по крайней мере нам это не известно), что административное усмотрение нужно

изучать «с чистого листа», без оглядки на все то, что было открыто ранее.

Завершить статью хочется фразой выдающегося дореволюционного правоведа

Н. М. Коркунова. «Русскому юристу, – писал он, – стыдно не знать своих предшественников. Много или мало они сделали, мы должны это знать» [17, с. 232].

Список литературы

1. Давыдов К. В. Дискреция и ошибки законодателя // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 2. С. 57–65.
2. Шевцов С. Г. Усмотрение, произвол, убеждение: лингвистический, доктринальный и законодательный подходы // Евразийский юридический журнал. 2011. № 11 (42). С. 48–52.
3. Черемисина А. С. Принцип целесообразности в деятельности органов исполнительной власти // Административное право и процесс. 2013. № 3. С. 66–67.
4. Кельзен Г. Чистое учение о праве (2-е изд., 1960) / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лезова. СПб. : Алеф-Пресс, 2015. 542 с.
5. Волох С. А. Психология профессионального усмотрения в правоприменительной деятельности МВД: к постановке проблемы // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2018. № 1 (77). С. 197–200.
6. Зайцев Д. И. Административное усмотрение в зарубежной науке: политико-правовые аспекты // Роль права в обеспечении благополучия человека : сб. тр. XX междунар. науч.-практ. конф. «Кутафинские чтения» и XXII междунар. науч.-практ. конф. юрид. факультета МГУ имени М. В. Ломоносова : в 5 ч. Ч. 5. М. : Издат. центр Ун-та имени О. Е. Кутафина (МГЮА), 2022. С. 223–226.
7. Шарнина Л. А. Административное усмотрение в сфере экономики: основания и пределы // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2018. Т. 13, № 5. С. 151–173.
8. Соловей Ю. П. Административное усмотрение (сравнительно-правовое исследование) // Формирование и развитие отраслей права в исторической и современной правовой реальности России. В 12 т. Т. VIII. Административное право в системе современного российского права : моногр. / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Р. Л. Хачатурова; д-ра юрид. наук, проф. А. П. Шергина. М. : Юрлитинформ, 2022. С. 407–454.
9. Горбунова О. Н. Избранное. М. : РГУП, 2017. 543 с.
10. Денисенко В. В. Административное и судебное усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: общее и особенное // Общество и право. 2013. № 1 (43). С. 229–234.
11. Марков П. В. О соотношении административного и судебного усмотрения // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2011. № 5. С. 85–95.
12. Щепалов С. В., Зайцев Д. И. Административное и судебное усмотрение в российской науке: проблемы соотношения // Вестник Томского государственного университета. Право. 2022. № 46. С. 107–118. DOI: <https://doi.org/10.17223/22253513/46/8>
13. Шерстобоев О. Н. Административная дискреция и принцип разумности (часть 1: зарубежный опыт) // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2017. № 4 (31). С. 151–161.
14. Зайцев Д. И. Административное усмотрение в зарубежной науке: теоретико-правовые аспекты // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права (Сорокинские чтения) : сб. ст. по материалам междунар. науч.-практ. конф., посвященной памяти д-ра юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки Рос. Федерации, заслуж. юриста Рос. Федерации Аврутина Юрия Ефремовича в связи с 75-летием со дня рождения / под общ. ред. д. ю. н., проф. А. И. Каплунова. СПб. : С.-Петерб. ун-т МВД Рос. Федерации, 2022. С. 200–203.
15. Стариков Ю. Н. О двух главных современных направлениях развития российского административного и административно-процессуального законодательства (тезисы) // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2014. № 3 (18). С. 6–10.
16. Стариков Ю. Н. Установление административного судопроизводства в КоАС РФ как специальная форма реализации конституционно-правовой нормы и как главный результат модернизации административно-процессуального законодательства // Актуальные проблемы административного судопроизводства : материалы всерос. науч.-практ. конф. (Омск, 28 нояб. 2014 г.) / отв. ред. Ю. П. Соловей. Омск : Омск. юрид. акад., 2015. С. 224–249.
17. Коркунов Н. М. История философии права. СПб. : Тип. А. С. Суворина, 1908. VI, 431 с.

References

1. Davydov K. V. Discretion and Some Errors of the Legislator. *Journal of the Administrative Proceedings*. 2017;2:57-65. (In Russ.).
2. Shevtsov S. G. Discretion, Arbitrariness, Persuasion: Linguistic, Doctrinal and Legislative Approaches. *Eurasian Law Journal*. 2011;11:48-52. (In Russ.).

3. Cheremisina A. S. The Principle of Feasibility in the Activity of Agencies of Executive Power. *Administrative Law and Procedure*. 2013;3:66-67. (In Russ.).
4. Kelsen H. *Pure Theory of Law* (2nd ed., 1960). St. Petersburg: Alef-Press; 2015. 542 p. (In Russ.).
5. Volokh S. A. Psychology of Professional Discretion in Law Enforcement Activities of the Ministry of Internal Affairs. *Bulletin of St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia*. 2018;1:197-200. (In Russ.).
6. Zaitsev D. I. Administrative Discretion in Foreign Science: Political and Legal Aspects. In: *The Role of Law in Ensuring Human Well-Being. Part 5*. Moscow: Kutafin Moscow State Law University Publ. Centre; 2022. P. 223–226. (In Russ.).
7. Sharnina L. A. Administrative Discretion in the Economic Sphere: Grounds and Limits. *Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 2018;13(5):151-173. (In Russ.).
8. Solovey Yu. P. Administrative Discretion (Comparative Legal Research). In: Khachaturov R. L., Shergin A. P. (Eds.). *Formation and Development of Branches of Law in the Historical and Modern Legal Reality of Russia. Vol. VIII. Administrative Law in the System of Modern Russian Law*. Moscow: Yurлитinform Publ.; 2022. P. 407–454. (In Russ.).
9. Gorbunova O. N. *Selected Works*. Moscow: Russian State University of Justice Publ.; 2017. 543 p. (In Russ.).
10. Denisenko V. V. Administrative and Judicial Discretion in Affairs Production About Administrative Offenses: General and Special. *Society and Law*. 2013;1:229-234. (In Russ.).
11. Markov P. V. Administrative and Judicial Discretion. *Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 2011;5:85-95. (In Russ.).
12. Shchepalov S. V., Zaitsev D. I. Administrative and Judicial Discretion in Russian Science: Problems of Correlation. *Tomsk State University Journal of Law*. 2022;46:107-118. DOI: <https://doi.org/10.17223/22253513/46/8> (In Russ.).
13. Sherstoboev O. N. Administrative Law and Principle of Reasonableness (Part 1: Foreground Experience). *Proceedings of Voronezh State University. Series: Pravo*. 2017;4:151-161. (In Russ.).
14. Zaitsev D. I. Administrative Discretion in Foreign Science: Theoretical and Legal Aspects. In: Kaplunov A. I. (Ed.). *Actual Problems of Administrative and Administrative Procedural Law (Sorokin Readings)*. St. Petersburg: Saint Petersburg University of the Ministry of the Interior of Russia Publ.; 2022. P. 200–203. (In Russ.).
15. Starilov Yu. N. About Two Main Ways of Modern Development of Russian Administrative and Administrative Procedural Legislation (Thesis). *Proceedings of Voronezh State University. Series: Pravo*. 2014;3:6-10. (In Russ.).
16. Starilov Yu. N. Establishment of Administrative Legal Proceedings in the Code of the Russian Federation on Administrative Offenses as a Special Form of Implementation of the Constitutional Legal Norm and as the Main Result of the Modernization of Administrative Procedural Legislation. In: Solovey Yu. P. (Ed.). *Actual Problems of Administrative Legal Proceedings*. Omsk: Omsk Law Academy Publ.; 2015. P. 224–249. (In Russ.).
17. Korkunov N. M. *History of Philosophy of Law*. St. Petersburg: A. S. Suvorin Publ. House; 1908. VI, 431 p. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Сергей Алексеевич Старостин, профессор кафедры административного права и процесса Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) (ул. Садовая-Кудринская, 9, Москва, 125993, Российская Федерация), доктор юридических наук, профессор; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0108-7916>; e-mail: prof.starostin@gmail.com

ABOUT THE AUTHOR

Sergei A. Starostin, Professor of the Department of Administrative Law and Process of the Kutafin Moscow State Law University (9 Sadovaya-Kudrinskaya st., Moscow, 125993, Russian Federation), Doctor of Legal Sciences, Professor; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0108-7916>; e-mail: prof.starostin@gmail.com

Поступила | Received
20.04.2023

Поступила после рецензирования
и доработки | Revised
04.05.2023

Принята к публикации | Accepted
05.06.2023

УДК 342.924

DOI: 10.19073/2658-7602-2023-20-2-158-173

EDN: UODHYK



Оригинальная научная статья

Теория административного усмотрения: этапы формирования

О. Н. Шерстобоев 

Новосибирский государственный университет экономики и управления «НИНХ»,

Новосибирск, Российская Федерация

✉ sherson@yandex.ru

Аннотация. Административное усмотрение – это важнейшая категория современного административного права, ее формирование во многом можно рассматривать как борьбу за ограничение дискреционных возможностей субъектов государственной администрации. При этом общепризнанно, что без усмотрения качественное управление публичными делами невозможно. Современная теория административного усмотрения формировалась в четыре этапа, на каждом из них вырабатывался один из ее аспектов, но хронологически этапы могли пересекаться и развивались параллельно. Различались они методологией, используемой основателями и последователями подходов, господствующих на каждом этапе. Первый этап начался во Франции и оформился к концу XVIII в. Он связан с представлением о благоразумном управлении, осуществляемом разумными чиновниками под руководством просвещенного монарха. Акты, исходящие от них, не подлежали судебному контролю. Современным следствием этого этапа является принцип разумности: абсолютно неразумный административный акт является недействительным. Второй этап развивался параллельно с первым, но сформировался ко второй половине XIX в. Здесь осуществляется юридизация административной дискреции, которая представляется как свободное усмотрение, также не подлежащее судебной проверке. Третий этап характеризуется конкуренцией между административной юстицией и свободным усмотрением (конец XIX – середина XX вв.). Судебная власть постепенно расширяет возможности проверки дискреционных административных актов, вырабатываются критерии их оценки. На четвертом этапе критерии проверки дискреционных административных актов закрепляются в законах и правовых позициях судов. Усмотрение воспринимается как созидательное начало в системе государственного управления, направленное на конкретизацию законодательства. Сейчас параллельно развиваются третий и четвертый этапы. Нужно отметить, что российская доктрина административного права эволюционирует как часть общей континентальной доктрины. Российские авторы всегда использовали континентальную методологию, развивали ее, но учитывали специфику отечественного административного права, государственного управления и исторического развития страны. Тем не менее отечественная теория нуждается в продолжении исследований, направленных на формализацию административного усмотрения, результатом которых должны стать прикладные решения, применяемые для законодателя и судов.

Ключевые слова: административное усмотрение, административная юстиция, судебный контроль, административный акт, административные процедуры, теория административного права

Для цитирования: Шерстобоев О. Н. Теория административного усмотрения: этапы формирования // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 2. С. 158–173. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-158-173>. EDN: <https://elibrary.ru/uodhyk>

Original scientific article

Theory of Administrative Discretion: the Stages of Formation

O. N. Sherstoboev 

Novosibirsk State University of Economics and Management, Novosibirsk, Russian Federation

✉ sherson@yandex.ru

Abstract. Administrative discretion is an important construction of modern administrative law, the formation of which in many respects can be viewed as a “struggle” to limit the discretionary powers of the subjects of state administration. It is well known that good governance would be impossible without administrative discretion. There are four stages in the development of the modern theory of administrative discretion and each stage was devoted to one aspect of this one but these stages did not coincide chronologically and developed in parallel. They had a different methodology, which was used by the founders and followers of the approaches prevailing at each stage. The first stage started in France and formed by the 18th century. This related to the concept of prudent governance exercised prudent officials who were ruled by enlightened monarch. Their decisions were not reviewed by the courts. The principle of reasonable is the modern result of this stage – an absolutely unreasonable administrative act is null and void. The second stage developed in parallel with the first one but formed by the 19th century. Administrative discretion was formed as legal concept on this stage, and it was presented as free discretion, which also could not be a subject to judicial review. The third stage, characterized by competition between administrative justice and free discretion, took place at the end of the 19th and the middle of the 20th. Judicial possibilities for reviewing discretionary acts gradually expanded, criteria for evaluating such acts were created. These criteria were incorporated into the laws and legal judicial positions after the fourth stage began. The creative side of discretion has become a very important part of this legal construction, administrative discretion at this stage is defined as a way of laws concretizing. Nowadays, the third and fourth stages are developing in parallel in Russia. It should be noted that the Russian administrative law doctrine was formed as a common doctrine Civil Law system. Russian authors always used the methodology of Civil Law system, developed it, but they paid attention to the specifics of our administrative law, our governing and historical development. Nevertheless, Russian doctrine needs more research in order to create more legally formalized administrative discretion. As a result, the legislature and courts should receive academic decisions suitable for implementation.

Keywords: administrative discretion, administrative justice, judicial review, administrative act, administrative procedures, theory of administrative law

For citation: Sherstoboev O. N. Theory of Administrative Discretion: the Stages of Formation. *Siberian Law Review*. 2023;20(2):158-173. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-158-173>. EDN: <https://elibrary.ru/uodhyk> (In Russ.).

ВВЕДЕНИЕ

Становление теории административного усмотрения во многом демонстрирует этапы формирования науки административного права, что предопределено важностью этой конструкции, а также ее тесной взаимосвязью с основными административно-правовыми категориями, особенно с конструкцией административного акта. Становление теории

административного усмотрения проходило в четыре этапа, которые развивались несинхронно, часто параллельно друг другу и различались методологией, используемой для познания дискреции в системе управления государством. Так, на первом этапе происходит философско-правовое обоснование действий должностных лиц по усмотрению, доказывается их общая польза, а также

© Sherstoboev O. N., 2023

невозможность судебной проверки их законности. Второй этап характеризуется большей юридизацией административной дискреции, которая обосновывается через конструкции римского права с добавлением представления о государственном суверенитете. Описав дискрецию в привычных для юристов терминах, легисты прошлого вписали ее в систему юриспруденции, открыв возможность для исключительно правовых исследований этого сложного явления. Правда, она рассматривалась как свободное усмотрение, субъективное право государства, освященное суверенной властью, а потому не подлежащее судебному контролю. На третьем этапе формируется административная юстиция, которая отвоевывает все больше места у свободного усмотрения. В итоге появляются критерии юридической оценки дискреционного акта, вместе с тем приходит понимание методики судебного контроля в этой сфере, а свободное усмотрение превращается в административный произвол и противопоставляется административному усмотрению, реализуемому на основании закона. Наконец, на последнем этапе вырабатываются средства правовой формализации критериев, полученных в предыдущий период. Это происходит через законотворчество, а самым известным результатом здесь представляются законы об административных процедурах, и/или правовые позиции судов, разрешающих административные споры. Основным достижением периода становится система принципов, которые позволяют проверить акт даже при отсутствии норм, отвечающих за его содержание. Российская теория административной дискреции развивалась в русле континентальных доктрин, но с учетом особенностей развития страны.

Этап 1:

АДМИНИСТРАТИВНОЕ УСМОТРЕНИЕ СТАНОВИТСЯ ВАЖНЫМ ЭЛЕМЕНТОМ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ И, ПРИКРЫВШИСЬ РАЗУМНОСТЬЮ, ВЫХОДИТ ИЗ-ПОД СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ

Первый этап связан с идеей благоразумного усмотрения, т. е. права администрации действовать не на основании закона, а руководствуясь разумом должностных лиц, принимающих решения. Разумность административных актов выводилась из представлений о просвещенных правителе и чиновниках, более разумных (*pro prudenti imperantium arbitrio*), чем подданные и даже судьи, функционирующие в старых сословных судах [1, S. 360, 362–363]. Такие взгляды оформились к XVIII в. и отчасти сохраняли влияние в первой половине XIX в. Зародились они во Франции, а затем распространились в континентальных правовых порядках, в том числе были подхвачены австрийскими и немецкими специалистами [2, с. 78]. Главная идея периода опиралась на вековую традицию, превозносившую мудрого человека, способного лучше других принимать решения, а значит, и управлять государством. Аналогичные выводы без труда можно найти в античных учениях, особенно Платона и Аристотеля, но их юридическая и приближенная к современности основа, по-видимому, находится в трудах Просвещения. Например, о разумности и государственном устройстве размышлял Вольтер [3, с. 262–263, 274]. В России аналогичные мысли проявлялись в деятельности монархов нашего «века Просвещения», например, Екатерины II, Александра I, следует также вспомнить идеи М. М. Сперанского об образовании для чиновников¹.

На первом этапе происходит философско-правовое обоснование усмотрения,

¹ Символическим воплощением идей М. М. Сперанского стало учреждение знаменитого Царскосельского лицея, предназначенного для подготовки высшего чиновничества страны [4, с. 137].

а основным прикладным выводом становится принцип, согласно которому разумное административное решение не подлежит судебному обжалованию. Этот период не канул в лету, в наследство от него современные правовые порядки получили принцип разумности, в той или иной степени присутствующий в административном праве многих государств. По мнению В. Де Фалько, рациональность следует воспринимать как «предел административной дискреции»; усмотрение возникло благодаря разумности, но одновременно оказалось ограниченным ею [5, р. 171]. В наибольшей степени разумность используется для оценки дискреционного административного акта в системе Общего права (тест Веднесбери²). В России разумность можно отыскать в правовых позициях Конституционного Суда РФ³, а также внутри характерных для континентальной правовой семьи принципов, которые нашли отражение в решениях Конституционного Суда РФ и в актах Верховного Суда РФ (пропорциональность, защита доверия (законных ожиданий) и другие)⁴. Если упростить логику, используемую при применении разумности к актам, принятым на основании усмотрения, то получается относительно простая формула – слишком неразумный дискреционный административный акт не должен действовать. Хотя в практической плоскости доказывание такой неразумности представляется крайне сложной и часто неразрешимой задачей. Так, в Великобритании имеются традиции, последователи, отстаивающие гибкость принципа,

его справедливость и неизбежность. Одновременно существует обширная критика применения разумности в отрыве от иных правовых принципов. Например, П. Кэйн заявляет о субъективности ее критериев, не позволяющих во всех случаях четко определить пределы усмотрения. Например, если орган «имеет основания полагать» или «удовлетворять», то в большинстве случаев понять, насколько разумен дискреционный акт не представляется возможным [6, р. 188–189]. П. Крейг отмечал слишком абстрактные формулировки теста на рациональность, они чаще всего не позволяют установить, что орган действовал слишком неразумно, до степени «временного помешательства» [7, р. 274–276]. Несмотря на это, разумность дискреционного административного акта следует рассматривать как первый, но далеко не единственный, барьер между законным усмотрением администрации и управленческим произволом.

Этап 2:

АДМИНИСТРАТИВНОЕ УСМОТРЕНИЕ СТАНОВИТСЯ СВОБОДНЫМ И ПРИОБРЕТАЕТ ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБОСНОВАНИЕ

Второй этап начался и развивался параллельно с первым. Его основоположники концентрировали внимание в большей степени на юридикации усмотрения и, в отличие от авторов первого периода, философским обоснованием они практически не занимались. Таким образом, первый и второй этап дополняли друг друга, описывая разные грани одного явления –

² *Associated Provincial Houses v. Wednesbury Corporation* [1947] APP.L.R. 11/10. URL: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationOlderReports/Wednesbury%201947.pdf> (дата обращения: 21.05.2023).

³ См., напр.: п. 4 постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 9 ноября 2022 г. № 48-П «По делу о проверке конституционности абзаца первой части 1 статьи 48 Федерального закона “Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации” в связи с жалобой граждан Ю. А. Плахтевой, А. Ю. Савушкиной и А. Ю. Яковлевой» (*Собр. законодательства Рос. Федерации*. 2022. № 47, ст. 8304).

⁴ См., напр.: п. 17 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2022 г. № 21 «О некоторых вопросах применения судами положений главы 22 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и главы 24 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» (*Бюл. Верхов. Суда Рос. Федерации*. 2022. № 9. С. 12).

административной дискреции. Тем более, что магистральные выводы обоих течений совпадали, усмотрение администрации выводилось из-под судебной юрисдикции. Главным результатом второго периода стало учение о «свободном усмотрении», истоки которого заложили королевские легисты эпохи становления абсолютной монархии во Франции. Они соединили римскую традицию о публичном и частном в праве с новой для них доктриной суверенитета в духе Ж. Бодена [8, с. 31–37] и получили конструкцию «субъективного права государства», именуемую *imperium*. Административный акт в таком контексте оказался связанным с волей суверена; часть этой воли монарх передавал субъекту администрации, после чего возникала возможность принимать акт, руководствуясь усмотрением; поскольку в акте проявлялась воля суверена, то он не подлежал судебному рассмотрению (с носителем высшей власти судиться бессмысленно). В дальнейшем, после французской революции 1789 г., воля короля заменяется на волю народа (народный суверенитет), но конструкция сохраняется [9, с. 31–32 и др.]. В XVIII–XIX вв. в других правовых порядках при стремлении подтвердить возможность административного усмотрения также высказывались аналогичные мысли.

Еще одним эффектом этой теории, как представляется, стало учение об обязательности административного акта; все, что исходит от суверена обязательно к исполнению для подданных; в таком контексте административный акт звучал как волевое действие. Здесь напрашивается ремарка, что впоследствии, уже во второй половине XIX в. и далее, учение о юридической силе акта видоизменилось и приобрело иную тональность, но представление об обязательности сохранилось и в определенной степени привело к современной презумпции действительности административного акта. Значимым достижением этого этапа являлось призна-

ние усмотрения категорией административного права, а получив юридическое обоснование, оно приобрело легальные рамки реализации. Хотя они все еще оставались довольно прозрачными, но такой вывод привнес в теорию представление о неограниченности дискреционных полномочий.

Этап 3:

АДМИНИСТРАТИВНОЕ УСМОТРЕНИЕ ПЕРЕСТАЕТ БЫТЬ СВОБОДНЫМ, СТАНОВИТСЯ КОНТРОЛИРУЕМЫМ И ПРОТИВОПОСТАВЛЯЕТСЯ ПРОИЗВОЛУ АДМИНИСТРАЦИИ

Третий этап ознаменовался развитием административной юстиции и ее конкуренцией со свободным усмотрением. Этот процесс развивался в XIX в. и продлился до середины XX в., но практическое применение теорий о подконтрольности административного усмотрения судам приходится на вторую половину прошлого столетия. Например, лишь с 1970-х гг. Государственный Совет Франции заложил основу для постепенного расширения судебной юрисдикции в отношении дискреционных полномочий администрации [10, с. 37]. На этом этапе вырабатывается система критериев объективной оценки законности административного акта, принятого на основании усмотрения. Основным его результатом стало отрицание свободного, т. е. неподконтрольного, усмотрения, которое с тех пор рассматривается как управленческий произвол. Чтобы допустить иски к администрации, действовавшей по усмотрению, следовало устранить из административного права препятствие в виде суверенитета, что произошло к началу XX в. С этого момента суверенная воля сосредоточивается исключительно в руках верховной власти (в конституционно-правовой сфере), а органы управления, их должностные лица носителями ее частицы уже не считаются. Идея субъективного права государства

уходит в прошлое и заменяется представлениями об администрации, действующей в публичном интересе, и/или о субъективном публичном праве, которое обеспечивается органами управления и защищается судами. Подходы, принятые в разных странах, могли различаться.

Французская доктрина вслед за Л. Дюги (1901, 1909⁵), М. Ориу (1907) и позициями Государственного Совета отказалась от теории субъективного права государства, но не восприняла учение о субъективных публичных правах. На первый план при обосновании дискреции вышел публичный интерес; он мог реализовываться посредством дискреционных актов, но допускалась их проверка органами административной юстиции (во французском варианте). В Австрии и Германии владела идея о разделении прав граждан на публичные и частные; в итоге теория административной дискреции, как и вообще административного права, во многом выстраивалась в связи с реализацией и защитой субъективного публичного права. Полнота судебной защиты требовала распространить юрисдикцию судов на дискреционные акты. Австрийскими основоположниками подхода стали Ф. Тезнер (1888, 1924) и Р. фон Лаун (1910). Немецкая идея свободного усмотрения продержалась чуть дольше. Так, О. Майер (1895) рассматривал судебную проверку таких актов лишь как исключение и только в 1931 г. В. Еллинек впервые обстоятельно высказался в духе австрийских коллег⁶. Двигателями теории об ограничении свободного усмотрения оказались юридическая доктрина и административные суды.

Российские ученые на этом этапе работали, практически, синхронно с зарубежными правоведами. Так, первые под-

робные исследования усмотрения вышли из-под пера Н. И. Лазаревского в 1900 г.⁷ и А. Ф. Евтихьева в 1910 г. [2, с. 77–101]. Авторы предпринимали сравнительно-правовой анализ зарубежных подходов, сопоставляли их с отечественной практикой, делали собственные обобщения и выводы и строго использовали континентальную методологию. Н. И. Лазаревский симпатизировал практике Государственного Совета Франции, старался делать скорее прикладные замечания, чем теоретические. В заключение он сетовал, что российский «Сенат обходится без помощи науки административного права», его решения даже не обнародуются, что снижает возможности их академического анализа; следовательно, практика должна еще стать предметом исследования, а органам власти рекомендуется учитывать академические утверждения⁸. Работа А. Ф. Евтихьева представляется более обстоятельной, в ней дается полный обзор научных течений об административной дискреции Франции, Германии, Австрии, отчасти Италии, осуществляется анализ отечественной практики, которая сопоставляется с доктринальными постулатами [2, с. 77–101]. Сравнительно-правовой метод применяется также и в ретроспективном аспекте. Зарубежные теории демонстрируются с момента зарождения, отслеживаются до современности, сравниваются между собой и с российскими подходами, что, впрочем, характерно для этого времени, присутствует и в работах Н. И. Лазаревского. В обязательном порядке анализу подвергаются нормы права, практика судов (квасисудов), научные взгляды.

А. Ф. Евтихьев не сомневался, что в России появится развитая административная юстиция, но предостерегал

⁵ Здесь и далее даты, приведенные в скобках, свидетельствуют о годе публикации работы об административной дискреции.

⁶ О взглядах австрийских и немецких авторов см.: [11, S. 346–347].

⁷ Лазаревский Н. И. Административное усмотрение // Право : еженед. юрид. газ. 1900. № 41. 8 окт. ; Его же. Административное усмотрение (окончание) // Право : еженед. юрид. газ. 1900. № 42. 15 окт.

⁸ Лазаревский Н. И. Административное усмотрение (окончание) ...

от имплементации сразу всего зарубежного опыта с его противоположными принципами. Автор предлагал учитывать собственные традиции и предоставлять административным судам возможность разрешать споры по заявлениям лиц, чьи субъективные публичные права были нарушены, но также и по заявлениям всех заинтересованных субъектов. Полномочия суда лучше всего ограничить проверкой законности без оценки «фактической стороны дела» [2, с. 101]. Каких-либо дискреционных сфер, выведенных из-под судебной юрисдикции, в идеальной модели А. Ф. Евтихиева не остается. Развитие идей, высказанных в начале века, продолжалось и после революционных событий, примерно до середины 1920-х гг.

Авторы учитывали реалии гражданской войны и военного коммунизма, перехода к новой экономической политике; отрицание старых правовых конструкций и постепенный возврат к традиционному регулированию. В таких условиях недостатка в исследовательском материале у них не было. Для оценки революционной и постреволюционной действительности они пользовались привычной континентальной методологией. На определенном этапе она не казалась чуждой, а параллели с французской революцией даже представляли повод для сравнения и осторожного оптимизма в части сопоставления этапов становления административной юстиции с идеей подконтрольности административной дискреции [12, с. 7]. Все происходящее рассматривалось как революционная закономерность, когда новые власти, отрицая старые нормы и политические институты, опирались на усмотрение и осуществляли более радикальную политику. В таких обстоятельствах дискреционные полномочия рассматривались как естественное следствие обращения к революционному правосознанию (здесь напрашивается отсылка к первому периоду). По мере формирования новой си-

стемы права отстаивалось возвращение к подконтрольной дискреции, что в будущем, полагали ученые, должно вызвать к жизни полноценную административную юстицию.

Среди постреволюционных авторов следует прежде всего назвать работы М. Д. Загряцкого, В. Л. Кобалевского, А. Н. Одарченко. М. Д. Загряцков рассматривал дискрецию через представления о праве на административную жалобу. В принципе он руководствовался общим мнением: теория усмотрения важна именно с точки зрения внешней, в основном судебной, проверки дискреционного акта. Так, им выделяется три способа правовой защиты от усмотрения: подача обычной (простой) и формальной жалобы, обращение с административным иском. Первый способ самый простой, практически не облаченный в официальную форму, но он дает возможность обжалования любого акта, в том числе принятого по усмотрению. Основанием обращения может оказаться все, что угодно, включая «соображения справедливости и целесообразности», но без гарантированного результата. Фактически, дискреции нижестоящего субъекта в этом случае противопоставляется свободная воля вышестоящего. Также у М. Д. Загряцкого проявляются мотивы законной цели дискреционного акта и нормативной меры должного, которым орган обязан следовать; лишь эти критерии закрепляются в праве, что предопределяет их объективный контроль. Этот вывод, со ссылкой на Г. Ф. Шершеневича, объясняется особым типом правоотношения, складывающегося при реализации усмотрения. Поскольку их содержанием являются лишь полномочия администрации и обязанности граждан, то обжалование актов со ссылкой на нарушение субъективного публичного права становится невозможным (если прав нет, то и нарушить их невозможно, а значит и защищать нечего).

Гражданам остается только апеллировать к формальным целям, опосредованным «общим интересом», а также пределам полномочий [13, с. 66, 70–72].

Дискреционные акты, указывал В. Л. Кобалевский, представляются общепризнанной формой государственного управления и важной теоретической и практической проблемой права. Дискреционный акт предусматривает свободу действия, но в пределах закона, в которых он «не подлежит по существу обжалованию перед судами административной юстиции». Усмотрение может быть свободным и связанным, что является сферой законодательной конкретизации нормативных предписаний; это не предмет теории права. В связи с этим свободное усмотрение представляется относительным понятием, оно формируется исключительно волей законодателя, а интерес к нему тесно связан с возможностью судебной оценки дискреции. При отсутствии развитой административной юстиции актуальность проблемы снижается, поскольку в административном порядке возможно обжаловать любые действия администрации, независимо от формы и связанности законом. Для этого не требуется каких-либо обстоятельных теоретических и практических решений. При этом невозможность обращаться в суды обнуляет любые академические изыскания, лишая их предмета исследования. Интересно, что В. Л. Кобалевский демонстрирует негативное отношение к административному усмотрению как к исследовательской проблеме в части его работы, где рассматривается именно дискреция, но далее, при описании административной юстиции, автор старается адаптировать теорию усмотрения к советским реалиям. Этим В. Л. Кобалевский указал путь для последующего анализа дискреционных полномочий и актов: если предмет заключается в допуске к судебному контролю и его пределах, а такой контроль отсут-

ствует, то это не означает, что он не может осуществляться иными независимыми органами. Например, автор обращал внимание на прокурорский надзор в советском варианте, контрольные полномочия Бюро жалоб Рабоче-Крестьянской Инспекции. Обе инстанции являются внешними по отношению к субъекту администрации, воспользовавшемуся своим усмотрением, следовательно, им необходим юридический инструментарий для проверки соответствующих актов [14, с. 135, 140–142, 241–242].

Статья А. Н. Одарченко оказалась в числе немногих, посвященных исключительно вопросам административного усмотрения. Автор в духе господствовавшего подхода анализирует не дискрецию саму по себе, а ее пределы. В этом его подход сопоставим с устоявшимися воззрениями на усмотрение, изучение которого заключалось в поиске критериев, пригодных для судебного процесса. А. Н. Одарченко со ссылкой на опыт французской революции рассматривал неподконтрольные полномочия как аномалию, а связанность их законом — как «главный оплот» борьбы с этим явлением. Если дискреция революционных властей оправдана, а без нее управление в слишком неординарных условиях невозможно, то по мере утверждения власти и формирования системы права государство стремится ограничивать полномочия администрации. Высшая власть приступает к борьбе с широтой усмотрения, которая связывается с возможностью «злоупотребления дискреционной властью». Традиционными средствами контроля выступают жалобы в вышестоящую инстанцию и в органы внешнего контроля. Отсутствие судебного контроля компенсируется полномочиями иных органов власти, прежде всего прокуратуры. Автор также верил в советские административные суды, учреждение которых весьма вероятно [12, с. 3–12].

Основные идеи об административной дискреции в этот период описываются следующими утверждениями: 1) усмотрение не может быть полностью свободным, т. е. обусловленным лишь волей лица, принимающего управленческое решение; 2) оно регулируется нормами права в части определения легальной цели и пределов дискреционных полномочий; 3) оно подлежит внешнему контролю, если не судебному, то специальных органов, встроенных в управленческий аппарат (инспекции и пр.) или, подобно прокуратуре, действующих вне управленческой иерархии (затем все идеи в той или иной степени проявлялись в теории административного права конца 1930-х и последующих годов); 4) континентальная административно-правовая методология оставалось господствующей для анализа действительности после 1917 г.; широко задействовался сравнительно-правовой метод, зарубежные теории рассматривались, хотя у разных авторов по-разному как часть общей доктрины; в связи с этим четко просматривалась преемственность с дореволюционной теорией.

С конца 1930-х гг. в работах по административному праву четко отрицался лишь четвертый тезис, административное право объяснялось как своеобразное, отличное от «буржуазного», перенесение которого в каком-либо виде на советскую почву объявлялось «абсолютно недопустимым» [15, с.131]. Здесь следует оговориться, что усмотрение на рубеже 1930–40-хх гг. отрицалось и противопоставлялось идее абсолютной законности. Так, С. С. Студеникин в 1938 г. писал, что «управление в советском государстве никогда не строилось на усмотрении должностных лиц»; «принципиально исключая свободное усмотрение администрации, наше государство, в целях недопущения усмотрения в деятельности органов управления, установило ряд

способов обеспечения законности» [15, с. 124, 136]. Усмотрение, безусловно, оценивалось как недопустимое явление, как отличительный признак буржуазного права. Тем не менее в работе С. С. Студеникина имеются замечания о категорическом неприятии именно «свободного усмотрения», о строгом подчинении закону, о целях деятельности органов управления, которые подчиняются плановым заданиям, о способах защиты от административного произвола. Управление государством оценивается им как «организационно творческое» [15, с. 123, 124, 131–137]. Все эти идеи присутствовали и развивались в литературе последующих годов.

Получается, весь инструментарий, традиционно предназначавшийся для ограничения дискреции, обеспечения ее подконтрольности в этот период сохранялся: от органов, принимающих решения, требовалось следовать легальным целям, действовать в рамках закона, а гражданам предоставлялась возможность жалобы или в порядке иерархической подчиненности, или в специально созданные органы, общественные организации. Чтобы вернуть в академический оборот понятие административного усмотрения, оставалось лишь проанализировать вопрос о том, как действовать субъекту власти в случаях молчания законов, но при наличии полномочий, которые следовало обязательно реализовать, поскольку этого требовали нормативно установленные задачи. Вывод напрашивался сам собой: задействовать дискрецию.

Идея строгой законности как основного принципа управления государством прошла через весь советский период, благополучно дожив до наших дней. В частности, она отразилась в теории правового статуса органа государственного управления второй половины XX в. Так, Б. М. Лазарев выделил два варианта

проявления усмотрения, обусловленного: 1) недостаточно подробным регулированием; 2) намеренной актуализацией законодателем творческой роли органов управления [16, с. 31–33]. Допустимость ограниченного усмотрения и невозможность абсолютного подтверждали и специалисты, изучавшие судебный процесс. В частности, А. Т. Боннер был традиционен, позиционируя усмотрение органов и должностных лиц как отыскание «наиболее оптимального решения в общих рамках закона» [17, с. 36]. В науке часто законность сопоставлялась с целесообразностью исполнительно-распорядительной деятельности, без которой не реализуется творческий потенциал органов государственного управления; целесообразность также могла использоваться в качестве синонима усмотрения [18, с. 61].

В ходе третьего периода происходит оформление административной дискреции в качестве важной конструкции административного права. Признается, что без усмотрения эффективное достижение управленческих целей невозможно, но оно не должно быть безграничным и бесконтрольным. Формируется юридический инструментарий, позволяющий проверять дискреционные акты, а также учреждаются системы органов, осуществляющих внешние проверки таких актов. В результате происходит «примирение» принципа законности с дискреционными полномочиями субъектов государственного управления, поскольку такие возможности вручаются органам и реализуются ими только на основании правовых норм (регулятивных правил поведения, норм-целей, норм-принципов).

Этап 4:

АДМИНИСТРАТИВНОЕ УСМОТРЕНИЕ ФОРМАЛИЗУЕТСЯ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И ПРАВОВЫХ ПОЗИЦИЯХ СУДОВ, ПРИЗНАЕТСЯ ЕГО ДИНАМИЧЕСКОЕ НАЧАЛО

Со второй половины XX в. начинается новый этап формирования представлений об административном усмотрении, происходит большая формализация юридических подходов, выработанных в предыдущие периоды. Этот процесс представлен двумя направлениями: 1) закрепление их в комплексных источниках права; 2) унификация их в правовых позициях судов. Благодаря этому, пишет Э. Шмидт-Ассманн, усмотрение преобразуется из предыдущей «подконтрольной перспективы в перспективу действия». В такой ипостаси административная дискреция рассматривается не столько как конструкция, требующая контроля, сколько как способ конкретизации закона в условиях невозможности нормативно определить все управленческие действия, предусмотреть все решения [19, S. 206].

Наиболее ярким воплощением первого варианта формализации стали законы об административных процедурах. Хотя они характеризуют континентальные юридические доктрины, но идея не чужда и Общему праву. Так, Закон США «Об административной процедуре» (1946 г.)⁹ оказался в числе первых, наряду с австрийским (1925 г.)¹⁰ и немецким (1976 г.)¹¹ законами. Сейчас кодификация административных процедур – это определяющий этап развития административного права подавляющего большинства стран романо-германской правовой семьи. Например, в Италии аналогичный закон был

⁹ *Administrative Procedure Act*, Pub. L. 79–404, 60 Stat. 237, enacted June 11, 1946. URL: <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf> (дата обращения: 21.05.2023).

¹⁰ *Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz*. 1925 // *Bundesgesetzblatt*. 1925. Nr. 274. Сейчас действует *Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz*. 1991 // *Bundesgesetzblatt*. 1991. Nr. 51. URL: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1991_51_0/1991_51_0.pdf (дата обращения: 21.05.2023).

¹¹ *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG): 25.05.1976 (25.06.2021). URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/VwVfG.pdf> (дата обращения: 21.05.2023).

принят в 1990 г.¹², в Финляндии в 2013 г.¹³, в Испании в 2015 г.¹⁴ (хотя первая и неудачная попытка кодификации административных процедур была предпринята еще в начале XX в.). В Западной Европе последней страной, в которой не было закона о процедурах, долгое время оставалась Франция. Опираясь на сильную традицию с влиятельной практикой Государственного Совета, Франция долгое время обходилась без кодификации административных процедур, но в 2015 г. аналог закона об административных процедурах был принят¹⁵. Правда, французский вариант, Кодекс о регулировании отношений между населением и администрацией, существенно отличается от законов привычных континентальным правопорядкам. За пределами Европы законы об административных процедурах также популярны. Например, они действуют в Японии (с 1993 г.)¹⁶, Южной Кореи (с 1996 г.)¹⁷. Уже в нашем веке опытом других стран, прежде всего ФРГ, воспользовались почти все страны, ранее входившие в состав СССР.

Законы об административных процедурах — это во многом продукт судебной практики и юридической доктрины, воспринятый законодателем. Созидательная и определяющая роль судебной практики в формировании административно-правовой доктрины континентальных стран представляется общеизвестным утверждением. Именно суды сформулировали принципы, которые затем получили развитие в законодательстве [20, S. 98; 21,

с. 344–345; 22, с. 27]. Поэтому определяющая часть законов находится не столько в определении административного усмотрения, сколько в закреплении единого правового режима форм управления, важнейшей частью которого являются принципы взаимоотношения публичной администрации и граждан. Принципы могут не включаться в тексты законов, но без них невозможно применение соответствующих правовых норм. Так, отсутствие общих начал в немецком источнике объясняется их конституционной основой, общим характером, сообщенным через позиции судов. Одним из самых знаковых примеров в этом контексте является принцип пропорциональности. Он появился еще в XIX в., затем был оформлен в Основном законе и сейчас рассматривается как основополагающий для всего публичного права [23, р. 17–18]. Установление пропорциональности законом о процедурах принизило бы его статус и не привнесло ничего нового в механизм правового регулирования.

В этом смысле формализация административного усмотрения в странах с действующими законами об административных процедурах и в правопорядках, где они отсутствуют, может осуществляться по подобному сценарию через суды и доктрину. Доктрина призывалась для обобщения практики, она направляла и уточняла ее. Благодаря чему, как отмечает В. Де Фалько, в континентальной правовой семье появились идентичные

¹² *The Italian Administrative Procedure Act*: 7 August 1990, Law No. 241. URL: <http://www.parliament.am/library/varchakaniravaxatum19/Italy.pdf> (дата обращения: 21.05.2023).

¹³ *Administrative Procedure Act of Finland* (434/2003; amendments up to 893/2015 included). URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2003/en20030434.pdf> (дата обращения: 21.05.2023).

¹⁴ *The Common Administrative Procedure of the Public Administrations*: Law 39. 2015, October 1. URL: <https://afyonluoglu.org/PublicWebFiles/Reports/PDP/2015%20Spain-Law%2039-2015%20Common%20Administrative%20Procedure%20of%20PA.pdf> (дата обращения: 21.05.2023).

¹⁵ *Code des relations entre le public et l'administration*. 2015. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/2022-05-08/ (дата обращения: 21.05.2023).

¹⁶ *Administrative Procedure Act of Japan*: No. 88 of November 12, 1993. URL: <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/2874/en> (дата обращения: 21.05.2023).

¹⁷ *Administrative Procedure Act of South Korea*: No. 5241, Dec. 31, 1996 (2019.12.10). URL: https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=335&lang=ENG (дата обращения: 21.05.2023).

управленческие средства, встроенные в учение об административном акте, но Общее право также выработало их эквиваленты [5, р. 10]. Так, Г. Пюндер сравнивает административные процедуры ФРГ и США, поскольку оба правовые порядки оперируют сопоставимыми правовыми средствами, опирающимися на верховенство права и идею легитимации государственного управления. В итоге образуется эффективный механизм внесудебной (в части процедур) правовой защиты [24, р. 940–941]. Безусловно, национальные правовые порядки включают и собственные правовые средства, направленные на проверку дискреционных актов.

В России вопросы объективного закрепления средств, описывающих состояние административной дискреции, также представляют некоторый академический интерес. Даже в советский период иногда высказывались идеи о законодательном оформлении административного усмотрения. Например, В. М. Манохин предлагал принять «нормативный правовой акт о сферах государственного управления», в котором бы закреплялись, помимо прочего, управленческие цели и задачи, полномочия органов в различных сферах [18, с. 59], т. е. те критерии, которые вписывают дискрецию в систему административного права. Внимание В. М. Манохина концентрировалось на неопределенности «целесообразности (усмотрения)» исполнительно-распорядительной деятельности. В. М. Манохин считал нужным нормативно установить «пределы целесообразности в государственном управлении и соотношение ее с законностью», как «в общей форме, так и в аспекте отдельных отраслей права» [18, с. 61]. В представленных идеях автора отчетливо просматриваются отдельные элементы, традиционно включаемые в законы об административных процедурах и отвечающие за упорядочение и ограничение административного усмотрения.

Четвертое направление представлений о дискреции как части административного права в отечественной доктрине по-настоящему проявилось в начале XXI в. и развивается по настоящее время. По словам Ю. Н. Старилова, «отсутствие российского законодательства об административных актах и административных процедурах является основной проблемой модернизации государственного управления», а отсутствие такого законодательства негативно сказывается на юридическом качестве управления государством [25, с. 11]. Связь административного усмотрения и принципов административных процедур в своих работах демонстрирует Ю. П. Соловей, отстаивающий необходимость расширения «границы судебного контроля за осуществлением публичной администрацией дискреционных полномочий»; для этого следует принять закон об административных процедурах; его основой станут известные процедурные принципы, которыми суды смогут руководствоваться, проверяя дискреционные акты администрации [26, с. 77–78]. К. В. Давыдов указывает, что «связывание» административной дискреции возможно осуществить через принципы административных процедур, процедурные правила, а также качественные нормы об административных актах. В итоге эти три элемента представляются составными частями законодательства об административных процедурах [27, с. 363–368].

Конечно, следует отметить работы, посвященные отдельным элементам доктрины административных процедур. Причем они могут анализироваться безотносительно к этой теории, а также к административному усмотрению, но развитие и реализация этих составляющих также сказывается на состоянии представлений о дискреции и процедурной теории в целом. Число таких работ внушительно и продолжает увеличиваться. В рамках статьи можно ограничиться несколькими

примерами. Так, Л. П. Мицкевич приводит обзор современного состояния теории административного усмотрения, но также анализирует принципы государственного управления, его формы, представляет сравнительное исследование основных источников административного права России и Германии [28, с. 60–86, 184–202, 243–247]. В работе А. Ф. Васильевой дается обстоятельный сравнительно-правовой анализ обязательности административного акта, исследуется российский подход к юридической силе акта [29, с. 130–148].

Эти и подобные им работы вносят заметный вклад в теорию административного акта, но немаловажно и то, что авторские выводы могут использоваться при обосновании силы дискреционного акта, специфики его принятия и реализации.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Следует предположить, что значительное число работ, научные доклады ученых актуализировали практическую ипостась теории административных процедур, к которой все чаще стали обращаться судебные органы. Прежде всего Пленум Верховного Суда РФ от 28 июня 2022 г. № 21 несколько модернизировал позицию в отношении административного усмотрения, впервые на таком уровне закрепил принцип пропорциональности и принцип защиты доверия применительно к благоприятствующим и неблагоприятствующим актам. Официально была подтверждена идея о подконтрольности всех дискреционных административных актов, а основным инструментом контроля выступили правовые принципы, часто именуемые принципами административных процедур. Такие решения свидетельствуют о дальнейшем развитии отечественной доктрины, а также подтверждают ее континентальную основу при сохранении национального своеобразия.

Заслуживает внимания и практика Конституционного Суда РФ 2022 г., особенно постановление от 9 ноября 2022 г. № 48-П. В нем в очередной раз провозглашается принцип защиты доверия. Здесь суд высказался более категорично, чем ранее, а его позиция в части определения принципа оказалась более четкой. Так, от всех правоприменителей требуется принимать «в рамках предоставленных им полномочий» решения, совершать действия, руководствуясь «принципами поддержания доверия граждан к закону и действиям государства». При этом никакая самостоятельность органов не абсолютна, она реализуется в легальных пределах, а ограничение прав допускается только в конституционных рамках. Анализируя дискреционную возможность муниципального органа отменять ранее принятый им акт, суд потребовал учитывать последствия такой отмены для адресатов акта, ее действительную необходимость, критерии разумности и справедливости¹⁸. В этом деле защита доверия напрямую рассматривается в числе критериев, очерчивающих рамки административного усмотрения, даже если закон эти границы не определяет.

Наконец, в январе 2023 г. Конституционный Суд РФ впервые упомянул закон об административных процедурах, правда, констатируя его отсутствие в российском праве и наличие в «некоторых зарубежных странах». Контекст позволяет сделать вывод, что такой источник права позволил бы, по мнению суда, обеспечить универсальный, общий для всех административных процедур, механизм защиты прав граждан в публичной сфере. В частности, в деле шла речь о возмещении затрат, понесенных организацией в связи с административным обжалованием. Такое регулирование обеспечило бы

¹⁸ По делу о проверке конституционности абзаца первой части 1 статьи 48 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с жалобой граждан Ю. А. Плахтевой, А. Ю. Савушкиной и А. Ю. Яковлевой ...

реализацию конституционной нормы, предусмотренной ч. 3 ст. 55¹⁹, т. е. той, на которую ссылаются при обосновании отечественного варианта пропорциональности – важнейшего процедурного принципа, в том числе задействованного в обеспечении контроля дискреционных административных актов. Восполнение установленного пробела возможно как через специальное, так и через общее регулирование, т. е. возможность закона об административных процедурах, его полезность для целей защиты прав граждан и организаций подтверждена высшим органом конституционной юстиции.

Следует констатировать, что основные принципы, обеспечивающие проверяемость административных актов, принятых на основании усмотрения, стали неотъем-

лемой частью правовых позиций высших судов, требованием, обращенным к нижестоящим судам и органам публичного управления. Тем не менее вопросами формализации административной дискреции следует заниматься более плотно. В частности, все еще недостаточно разработаны проблемы, связанные с принятием закона о процедурах или его аналога, а общие принципы административных процедур часто представляются излишне элитарными, предназначенными для высших судов и академических аудиторий и не слишком влияющими на судебную и административную практику. В последней ситуации суды лишь перечисляют принципы в мотивировочных частях своих решений, но фактически не пользуются ими, оставляя их регулятивный потенциал в спящем состоянии.

Список литературы

1. Müllig U. Tezners Schriften zur Verwaltungsrechtspflege in Österreich und ihre Impulse für den modernen Gerichtsbegriff // Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs. 2016. Band 2. S. 345–378. DOI: <https://doi.org/10.1553/BRGOE2016-2s345>
2. Евтихий А. Ф. Усмотрение (das freie Ermessen) администрации // Журнал Министерства юстиции. 1910. № 5. С. 77–101.
3. Вольтер. Философские сочинения / отв. ред. В. Н. Кузнецов. М. : Наука, 1988. 751 с.
4. Томсинов В. А. Светило российской бюрократии. Исторический портрет М. М. Сперанского. 5-е изд., обновленное и доп. М. : Зерцало-М, 2013. 457 с.
5. De Falco V. Administrative Action and Procedures in Comparative Law. Hague : Eleven International Publishing, 2018. 280 p.
6. Cane P. Administrative Law, 5th ed. Oxford : Oxford University Press, 2011. 496 p.
7. Craig P. Proportionality, Rationality and Review // New Zealand Law Review. 2010. Iss. 2. P. 265–301.
8. Боден Ж. Метод легкого чтения историй. В 3 т. Т. II. Об устройстве государств / пер. с лат., коммент., сост. указ. И. В. Кривушина и Е. С. Кривушиной. М. : ИД Высш. шк. экономики, 2021. 560 с.
9. Дюги Л. Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства : лекции, прочитанные в 1908 г. в Высшей Школе Социальных Наук в Париже. М. : Издание Н. Н. Ключкова, 1909. 148 с.
10. Zinzi M. The Idea of Proportionality in the French Legal System // Annual Comparative Administrative Law Review 2021 / ed. by O. N. Sherstoboev, K. V. Davydov, A. Cenerelli. Novosibirsk : NSUEM, 2022. P. 35–44.
11. Püttner G. Ermessen und Ermessensausübung. Gedanken zur Weiterentwicklung der Ermessenslehre // Zeitschrift für öffentliches Recht. 2008. Vol. 63. S. 345–357. DOI: <https://doi.org/10.1007/s00708-008-0007-1>
12. Одарченко А. Н. О пределах административного усмотрения // Право и жизнь. 1925. Кн. 6. С. 3–12.
13. Загрядков М. Право жалобы. Теория и виды жалобы, административный процесс, юридические свойства решения // Право и жизнь. 1923. Кн. 9, 10. С. 64–82.
14. Кобалевский В. Очерки советского административного права. Харьков : Гос. изд-во Украины, 1924. 258 с.
15. Студеникин С. С. О некоторых вопросах советского социалистического административного права // Советское государство. 1938. № 1. С. 117–145.

¹⁹ Пункт 5 постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 10 января 2023 № 1-П «По делу о проверке конституционности статьи 15 и пункта 2 статьи 1248 Гражданского кодекса Российской Федерации, статьи 106 и части 1 статьи 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью “НИКА-ПЕТРОТЭК”» (Собр. законодательства Рос. Федерации. 2023. № 4, ст. 696).

16. Лазарев Б. М. Компетенция органа государства: права и обязанности или правоспособность? // Советское государство и право. 1968. № 11. С. 27–35.
17. Боннер А. Т. Применение закона и судебное усмотрение // Советское государство и право. 1979. № 6. С. 34–42.
18. Манохин В. М. Проблемы административного права в свете решений XXVI съезда КПСС // Тезисы докладов всесоюзного научно-координационного совещания XXVI съезд КПСС и задачи дальнейшего развития юридической науки, 19–21 октября 1981 г. М. : ИПП АН СССР, 1981. С. 58–61.
19. Schmidt-Aßmann E. Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. Berlin ; Heidelberg : Springer, 2006. 470 s.
20. Jellinek W. Verwaltungsrecht. Berlin ; Heidelberg : Springer, 1931. 571 s. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-642-99337-4>
21. Шмидт-Ассманн Э. Кодификация законодательства об административных процедурах: традиции и модели // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М. : Инфотропик Медиа, 2017. С. 332–362.
22. Ведель Ж. Административное право Франции. М. : Прогресс, 1973. 511 с.
23. Ziekow J. Function and Structure of the Proportionality principle in German Public Law // Annual Comparative Administrative Law Review 2021 / ed. Oleg N. Sherstoboev, Konstantin V. Davydov, Alessandro Cenerelli. Novosibirsk : NSUEM, 2022. P. 17–26.
24. Pünder H. German Administrative Procedure in a Comparative Perspective: Observations on the Path to a Transnational *Ius Commune Proceduralis* in Administrative Law // International Journal of Constitutional Law. 2013. Vol. 11, Iss. 4. P. 940–961. DOI: <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mot045>
25. Стариков Ю. Н. Административные процедуры – неотъемлемая часть законодательства о государственном и муниципальном управлении: проблемы теории, практики и законотворчества // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2019. № 4 (39). С. 8–27.
26. Соловей Ю. П. Дисcretionный характер административного акта как обстоятельство, исключающее судебную проверку его законности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 72–99. DOI: <http://doi.org/10.17323/2072-8166.2019.4.72.99>
27. Давыдов Е. В. Административные процедуры: российский и зарубежный опыт: моногр. / отв. ред. Ю. Н. Стариков. Новосибирск : Академиздат, 2020. 516 с.
28. Мицкевич Л. А. Очерки теории административного права: современное наполнение : моногр. М. : Проспект, 2015. 296 с.
29. Васильева А. Ф. Обязательность административного акта как проявление его материальной законной силы // Немецкая доктрина административного права и становление института административных процедур в странах Центральной Азии : материалы междунар. конф., приуроченной к 45-летию со дня принятия Закона об административных процедурах Германии (г. Ташкент, 25 мая 2021 г.). Ташкент : Ин-т гос-ва и права Акад. наук Респ. Узбекистан, 2022. С. 130–149.

References

1. Müßig U. Tezners Schriften zur Verwaltungsrechtspflege in Österreich und ihre Impulse für den modernen Gerichtsbegriff. *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs*. 2016;2:345-378. DOI: <https://doi.org/10.1553/BRGOE2016-2s345> (In German).
2. Evtikhiev A. F. Discretion (das freie Ermessen) of the Administration. *Journal of the Ministry of Justice*. 1910;5:77-101. (In Russ.).
3. Voltaire. *Philosophical Writings*. Moscow: Nauka Publ.; 1988. 751 p. (In Russ.).
4. Tomsinov V. A. *Luminary of the Russian Bureaucracy. Historical Portrait of M. M. Speransky*. 5th ed. Moscow: Zertsalo-M Publ.; 2013. 457 p. (In Russ.).
5. De Falco V. *Administrative Action and Procedures in Comparative Law*. Hague: Eleven International Publ.; 2018. 280 p.
6. Cane P. *Administrative Law*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press; 2011. 496 p.
7. Craig P. Proportionality, Rationality and Review. *New Zealand Law Review*. 2010;2:265-301.
8. Bodin J. *Method for Easy Comprehension of History. Vol. II. The Type of Government in States*. Moscow: Higher School of Economics Publ.; 2021. 560 p. (In Russ.).
9. Duguit L. *Social Law, Individual Law and the Transformation of the State: Lectures Given in 1908 at the Higher School of Social Sciences in Paris*. Moscow: N. N. Klovkov Publ.; 1909. 148 p. (In Russ.).
10. Zinzi M. The Idea of Proportionality in the French Legal System. In: Sherstoboev O. N., Davydov K. V., Cenerelli A. (Eds.). *Annual Comparative Administrative Law Review 2021*. Novosibirsk: NSUEM Publ.; 2022. P. 35–44.
11. Püttner G. Ermessen und Ermessensausübung. Gedanken zur Weiterentwicklung der Ermessenslehre. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. 2008;63:345-357. DOI: <https://doi.org/10.1007/s00708-008-0007-1> (In German).
12. Odarchenko A. N. On the Limits of Administrative Discretion. *Law and Life*. 1925;6:3-12. (In Russ.).

13. Zagryatskov M. Right of Complaint. Theory and Types of Complaints, Administrative Process, Legal Properties of the Decision. *Law and Life*. 1923;9/10:64-82. (In Russ.).
14. Kobalevskii V. *Essays on Soviet Administrative Law*. Kharkov: State Publishing of Ukraine, 1924. 258 p. (In Russ.).
15. Studenikin S. S. About Some Questions of the Soviet Socialist Administrative Law. *Soviet State*. 1938;1:117-145. (In Russ.).
16. Lazarev B. M. Competence of the State Body: Rights and Obligations or Legal Capacity? *Soviet State and Law*. 1968;11:27-35. (In Russ.).
17. Bonner A. T. Application of the Law and Judicial. *Soviet State and Law*. 1979;6:34-42. (In Russ.).
18. Manokhin V. M. Problems of Administrative Law in the Light of the Decisions of the XXVI Congress of the CPSU. In: *Abstracts of the Reports of the All-Union Scientific and Coordination Meeting of the XXVI Congress of the CPSU and the Tasks of the Further Development of Legal Science, October 19–21, 1981*. Moscow: Institute of State and Law of the Academy of Sciences of the USSR Publ.; 1981. P. 58–61. (In Russ.).
19. Schmidt-Aßmann E. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin, Heidelberg: Springer; 2006. 470 p. (In German).
20. Jellinek W. *Verwaltungsrecht*. Berlin, Heidelberg: Springer; 1931. 571 p. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-642-99337-4> (In German).
21. Schmidt-Aßmann E. Codification of Legislation on Administrative Procedures: Traditions and Models. In: *Public Law Yearbook 2017: Discretion and Value Concepts in Administrative Law*. Moscow: Infotropik Media Publ.; 2017. P. 332–362. (In Russ.).
22. Vedel G. *Administrative Law of France*. Moscow: Progress Publ.; 1973. 511 p. (In Russ.).
23. Ziekow J. Function and Structure of the Proportionality principle in German Public Law. In: Sherstoboev O. N., Davydov K. V., Cenerelli A. (Eds.). *Annual Comparative Administrative Law Review 2021*. Novosibirsk: NSUEM Publ.; 2022. P. 17–26.
24. Pünder H. German Administrative Procedure in a Comparative Perspective: Observations on the Path to a Transnational *Ius Commune Proceduralis* in Administrative Law. *International Journal of Constitutional Law*. 2013;11(4):940-961. DOI: <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mot045>
25. Starilov Yu. N. Administrative Procedures – Integral Part of the Legislation About State and Municipal Management: Problems of Theory, Practice and Lawmaking. *Proceedings of Voronezh State University. Series: Pravo*. 2019;4:8-27. (In Russ.).
26. Solovey Yu. P. Discretionary Nature of Administrative Act as a Circumstance Precluding Judicial Review of its Legality. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*. 2019;4:72-99. DOI: <http://doi.org/10.17323/2072-8166.2019.4.72.99> (In Russ.).
27. Davydov E. V. *Administrative Procedures: Russian and Foreign Experience*. Novosibirsk: Akademizdat Publ.; 2020. 516 p. (In Russ.).
28. Mitskevich L. A. *Essays on the Theory of Administrative Law: Modern Content*. Moscow: Prospekt Publ.; 2015. 296 p. (In Russ.).
29. Vasil'eva A. F. The Obligatory Nature of an Administrative Act as a Manifestation of its Material Legal Force. In: *German Doctrine of Administrative Law and the Formation of the Institute of Administrative Procedures in the Countries of Central Asia*. Toshkent: Institute of State and Law of the Academy of Sciences of the Republic of Uzbekistan Publ.; 2022. P. 130–149. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Олег Николаевич Шерстобоев, декан юридического факультета Новосибирского государственного университета экономики и управления «НИНХ» (ул. Каменская, 56, Новосибирск, 630099, Российская Федерация), кандидат юридических наук, доцент; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6972-8241>; e-mail: sherson@yandex.ru

ABOUT THE AUTHOR

Oleg N. Sherstoboev, Dean of Law Faculty at the Novosibirsk State University of Economics and Management (56 Kamenenskaya st., Novosibirsk, 630099, Russian Federation), Candidate of Legal Sciences, Associate Professor; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6972-8241>; e-mail: sherson@yandex.ru

Поступила | Received
21.02.2023

Поступила после рецензирования
и доработки | Revised
03.03.2023

Принята к публикации | Accepted
05.06.2023

ЧАСТНО-ПРАВОВЫЕ (ЦИВИЛИСТИЧЕСКИЕ) НАУКИ

Private Law (Civil Law) Sciences

УДК 347.77

DOI: 10.19073/2658-7602-2023-20-2-174-188

EDN: VESNWR



Оригинальная научная статья

Исчерпание исключительных прав на программы для ЭВМ по законодательству России, США, ЕС, Китая и Индии

К. С. Головин 

Институт законодательства и сравнительного правоведения

при Правительстве Российской Федерации, Москва, Российская Федерация

 golovinks@gmail.com

Аннотация. Проводится сравнительный анализ доктрины исчерпания исключительных прав в отношении программ для ЭВМ с акцентом на законодательство России, США, Европейского Союза, Китая и Индии. Цель данного исследования – изучить влияние доктрины исчерпания исключительных прав на интеллектуальную собственность и предложить потенциальные решения для устранения проблем, которые могут возникнуть. Обсуждаются действующие в России законы, касающиеся исчерпания прав на программы для ЭВМ, и отмечается, что они носят сдерживающий характер и ограничивают распространение компьютерных программ первым распространением по договорам о полном отчуждении материального носителя. Хотя эти законы направлены на защиту прав авторов и правообладателей, они также препятствуют свободному распространению программ для ЭВМ, затрудняя доступ к ним потребителей. Поэтому в статье предлагаются изменения в российское законодательство для обеспечения свободного распространения программ для ЭВМ, включая возможность аренды, вторичной продажи электронных копий и обмена. Предлагается также сократить требование о признании введения в гражданский оборот, поскольку существующая формулировка «достаточным для удовлетворения разумных общественных потребностей, исходя из характера произведения» является расплывчатой и противоречит текущей международной практике. Автор считает, что эти изменения помогут смягчить или обойти действующие или будущие западные санкции. Проведенный анализ подчеркивает необходимость усовершенствования российского законодательства в отношении доктрины исчерпания исключительных прав. Приняв более гибкие законы, Россия откроет возможность свободному распространению компьютерных программ, одновременно защищая права авторов и правообладателей. Такие улучшения обеспечат расширение доступа к программному обеспечению и будут способствовать развитию инноваций и творчества в цифровую эпоху.

Ключевые слова: исчерпание исключительного права, сравнительно-правовой анализ, интеллектуальная собственность, программа для ЭВМ, программное обеспечение, первая продажа

Для цитирования: Головин К. С. Исчерпание исключительных прав на программы для ЭВМ по законодательству России, США, ЕС, Китая и Индии // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 2. С. 174–188. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-174-188>. EDN: <https://elibrary.ru/vesnwr>

Original scientific article

Exhaustion of Exclusive Rights to Computer Programs Under the Laws of Russia, the USA, the EU, China and India

K. S. Golovin 

*Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation,
Moscow, Russian Federation
✉ golovinks@gmail.com*

Abstract. This article provides a comparative analysis of the doctrine of exhaustion of exclusive rights in respect of computer programs with a focus on the legislation of Russia, the United States, the European Union, China and India. The purpose of this study is to examine the impact of the doctrine of exhaustion of exclusive rights on intellectual property and propose potential solutions to address problems that may arise. The laws in force in Russia concerning the exhaustion of rights to computer programs are discussed, and it is noted that they are restraining in nature and limit the distribution of computer programs to the first distribution under contracts for the complete alienation of the tangible medium. Although these laws are aimed at protecting the rights of authors and right holders, they also impede the free distribution of computer programs, making it difficult for consumers to access them. Therefore, the article proposes changes in the Russian legislation to ensure free distribution of computer programs, including the possibility of leasing, secondary sale of electronic copies and exchange. It is also proposed to reduce the requirement to recognize the introduction into civil circulation, because the existing wording “sufficient to meet reasonable public needs, based on the nature of the work” is vague and contrary to current international practice. I believe that these changes will help mitigate or circumvent current or future Western sanctions. The analysis underlines the need to improve Russian legislation with respect to the doctrine of exhaustion of exclusive rights. By adopting more flexible laws, Russia can facilitate the free distribution of computer programs while protecting the rights of authors and rightsholders. Such improvements will increase access to software and foster innovation and creativity in the digital age.

Keywords: exhaustion of exclusive right, comparative legal analysis, intellectual property, computer program, software, first sale

For citation: Golovin K. S. Exhaustion of Exclusive Rights to Computer Programs Under the Laws of Russia, the USA, the EU, China and India. *Siberian Law Review*. 2023;20(2):174-188. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-174-188>. EDN: <https://elibrary.ru/vesnwr> (In Russ.).

ВВЕДЕНИЕ

Право собственности часто рассматривается как наиболее полное, которым может обладать человек в отношении материального объекта. Однако в нынешнюю информационную эпоху право собственности часто вступает в конфликт с исключительным правом и при анализе последнее, как правило, имеет значительное преимущество.

Оба права являются абсолютными по своей природе, но в то же время они

имеют фундаментальные различия. Исключительное право – это юридическая концепция, предоставляющая права владельцу нематериального актива, такого как товарный знак, произведение искусства или программа для ЭВМ. Система, регулирующая интеллектуальную собственность, не исключает других лиц, а наоборот, они включены в построение права на результат интеллектуальной деятельности [1, с. 58]. Игнорирование этого контекста может привести

к фактической утрате права собственности пользователей цифровых объектов. В некоторых случаях практическое использование материального объекта требует использования интеллектуальной собственности, которая сопровождает этот материальный объект.

История системы интеллектуальной собственности пронизана вопросом о связи между правами, закрепленными на носителе, и правами, закрепленными за объектом интеллектуальной собственности, который до настоящего момента остается нерешенным. В современную эпоху произошла трансформация, ознаменовавшаяся неявным расширением сферы господства, осуществляемого правообладателем интеллектуальной собственности, что налагает неизбежную необходимость испрашивать согласия обладателя исключительных прав на действия, которые ранее считались выходящими за рамки его компетенции и, следовательно, возможными без его санкции.

Повсеместное внедрение технических мер по защите интеллектуальных прав, а также принятие законов, запрещающих их обход, привело к исключению ранее допустимых видов использования. Как следствие, исключительное право затмило право собственности на носитель информации. Это оказало значительное влияние на баланс между рассматриваемыми правами, и будущее развитие событий в этой области, вероятно, будет иметь далеко идущие последствия.

Одним из ярких примеров пересечения материальных и нематериальных прав собственности является программное обеспечение сложных технологических комплексов, где такие производители, как John Deere, внедрили программное управление машинами, которые могут обслуживаться только в авторизованных центрах [2, с. 144]. Или введение подписки на программное обеспечение в легковых автомобилях, когда без разрешения

правообладателя нельзя будет пользоваться электронной начинкой автомобиля, хотя сам автомобиль остается в собственности подписчика. Как мы видим, сфера действия исключительного права расширена и не только охватывает использование программного обеспечения, но и посягает на использование материальной формы, в которой оно воплощено, независимо от того, применяется ли программное обеспечение непосредственно или нет. Ограничения, налагаемые на нематериальную собственность, начинают формировать характер прав материальной собственности, что приводит к изменениям в способе использования имущества.

Кроме того, между этими двумя отдельными видами прав существуют значительные различия. В частности, срок действия лицензии ограничен, что означает, что владение оборудованием может потерять свою ценность, если срок действия соответствующей лицензии на программное обеспечение истек. Или территория, на которой предоставляется лицензия, может ограничивать возможности владельца по использованию своей собственности, как это происходит в случае с ограничением территории для распространения кино. Ограничения в отношении методов использования также могут препятствовать применению оборудования, как в случае с офисным программным обеспечением в коммерческом и частном секторе.

Это нивелирует интересы владельца физического носителя в глазах закона, тем самым умаляя его права. Более того, предоставление прав на использование не обязательно гарантирует постоянную возможность использования интеллектуального объекта, поскольку владелец исключительного права находится в сильной позиции при подписании соглашений и сохраняет многочисленные возможности для внезапного

прекращения или ограничения доступа. В результате права владельца материального носителя становятся в некоторой степени несущественными, а его возможность беспрепятственно использовать программное обеспечение оказывается под угрозой.

Быстрое развитие технологий и растущая зависимость от программ для ЭВМ привели к возникновению сложной правовой ситуации, связанной с исчерпанием исключительных прав на программы для ЭВМ. В России вопрос об исчерпании прав на компьютерные программы стал особенно актуальным в связи с введением западных санкций и возможностью ограничения использования компьютерных программ и продолжения работы сложных технологических систем, как указано в примере с John Deere. Машины или станки на производстве могут встать без должной «начинки». Последние события свидетельствуют о том, что правительство западных стран может рассмотреть вопрос о запрете покупки и блокировании загрузки определенных компьютерных программ в Интернете, что вызывает опасения относительно влияния таких мер на инновации, конкуренцию и права граждан России. В связи с этим необходимо провести переоценку существующей правовой базы по исчерпанию исключительных прав на компьютерные программы в России и изучить возможные пути продвижения более сбалансированного и устойчивого подхода к охране и использованию программ для ЭВМ в цифровую эпоху. Цель данной статьи – показать текущие проблемы, провести сравнительно правовое исследование в поисках лучших мировых решений

и начать разработку нового правового регулирования, которая будет продолжена в следующих статьях.

ИСЧЕРПАНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ В РОССИИ

В России правила исчерпания исключительных прав на произведения, охраняемые авторским правом, первоначально были установлены в законе Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных»¹ в разделе 16. Позже эти нормы нашли отражение в Законе Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах»² в п. 3 ст. 16. До принятия этих законов доктрина исчерпания прав не признавалась российским законодательством [3, с. 102].

В настоящий момент ст. 1272 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), регулирует исчерпание исключительных прав на программы для ЭВМ. Согласно статье, если оригинал или экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот на территории РФ путем продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров произведения допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения³.

Законодательство в России сделало важный шаг в пользу предоставления расширенных прав законным владельцам компьютерных программ. В частности, подп. 1 п. 1 ст. 1280 ГК РФ разрешает субъекту, владеющему экземпляром программы для ЭВМ, совершать действия, необходимые для реализации

¹ Ведомости Съезда нар. депутатов Рос. Федерации и Верхов. Совета Рос. Федерации. 1992. № 42, ст. 2325.

² Там же. 1993. № 32, ст. 1242.

³ Гришаев С. П. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая. Постатейный комментарий. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

ее функциональности, в том числе манипуляции по записи и сохранению в памяти ЭВМ, а также другие соответствующие действия. Лицензионное соглашение способно расширить, но не уменьшить такие прерогативы пользователя, как это предусмотрено в п. 4 ст. 1286 ГК РФ.

В соответствии со ст. 1268 ГК РФ программа для ЭВМ может быть правомерно опубликована только путем распространения экземпляров, удовлетворяющих разумные потребности публики. При этом ограниченное распространение в пробных или ознакомительных целях не считается опубликованием. Кроме того, распространение экземпляров должно осуществляться на законных основаниях и с разрешения автора. Согласно вышеуказанной ст. 1272 ГК РФ при приобретении контрафактных экземпляров произведений не происходит исчерпания исключительных прав, даже если нарушитель не создавал контрафактный экземпляр. Как видно, российское законодательство не признает концепцию добросовестного приобретения интеллектуальной собственности при применении исчерпания⁴.

Чтобы произошло исчерпание исключительных прав в РФ, должны быть соблюдены следующие требования:

1. Исчерпание исключительных прав правообладателей на произведения распространяется исключительно на оригиналы и материальные экземпляры, правомерно введенные в гражданский оборот РФ с помощью законных способов передачи, таких как продажа или иные формы отчуждения, предусмотренные ст. 1272 ГК РФ.

2. Обязательно соблюдение ограничения распространения, которое прямо запрещает аренду или иные формы ис-

пользования, предусмотренные абзацем 2 подп. 2 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. Примечательно, что договоры, позволяющие покупателям компьютерных программ обмениваться экземплярами с доплатой за другие приобретенные экземпляры, признаются коммерческой арендой, как это определено в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, которое сохраняет свою силу⁵.

3. Первоначальное включение в гражданский оборот ограничивается первичной передачей физических носителей посредством договоров купли-продажи, при этом применяется узкое толкование. [4, с. 27]

4. Введение в гражданский оборот должно быть законным, т. е. осуществляться правообладателем или с его согласия, например, лицензиатом или сублицензиатом правообладателя, исключая контрафактные экземпляры, созданные нарушителем или приобретенные у третьих лиц⁶.

5. Включение в гражданский оборот должно осуществляться в пределах Российской Федерации и не предполагает распространения оригиналов или экземпляров, введенных в оборот в иностранном государстве⁷.

Буквальное толкование положений, закрепленных в ст. 1272 ГК РФ в сочетании со ст. 1268 ГК РФ, позволяет сделать вывод, что они не относятся к цифровым формам копий программ для ЭВМ. В модели, когда конечный пользователь получает гиперссылку на электронный ресурс, с которого он может скачать и установить программу. Однако ст. 1272 ГК РФ устанавливает принцип исчерпания прав

⁴ Гришаев С. П. Указ. соч.

⁵ Постановление Президиума Высш. Арбитр. Суда Рос. Федерации от 25 окт. 2005 г. № 3919/05. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав от 23 сентября 2015 г. (п. 13). Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁷ О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации : постановление Пленума Верхов. Суда Рос. Федерации от 23 апр. 2019 г. № 10. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

исключительно на «опубликованные» экземпляры (как следует из названия), которые «продаются или иным образом отчуждаются» на физических носителях, что свидетельствует о публикации в соответствии со ст. 1268 ГК РФ. В отсутствие передачи материального экземпляра конечному пользователю не существует предпосылок для применения ст. 1272 ГК РФ. Таким образом, пользователь, скачавший программу, создает новый экземпляр на своем физическом носителе с разрешения правообладателя, а правообладатель сохраняет полное право распоряжаться последующим распространением программы в электронной форме.

Более того, исходя из вышеуказанных положений, можно сделать вывод, что принцип исчерпания прав зависит от способа приобретения физического носителя компьютерной программы. При приобретении носителя путем отчуждения право собственности приобретателя на носитель не должно ограничиваться лицензионным соглашением на программное обеспечение [3, с. 102]. Сама программа для ЭВМ не считается собственностью, а скорее объектом прав интеллектуальной собственности, в то время как носитель может быть продан и стать объектом собственности. Утверждение, что лицензирование превалирует над отчуждением компьютерной программы на физическом носителе для ограничения распространения программы, создает противоречие со ст. 1272 ГК РФ, где подобные ограничения для исчерпания исключительного права отсутствуют.

Как видно, действующие законы, регулирующие исчерпание прав на компьютерные программы в РФ, являются довольно ограничительными, лимитируют способ распространения и разрешают только первое введение программ

для ЭВМ по договорам полного отчуждения материального носителя. Хотя законы направлены на защиту прав авторов и правообладателей, они также препятствуют свободному распространению компьютерных программ, затрудняя доступ к ним потребителей.

В свете этого предлагаю внести изменения в нормативные акты, позволяющие обеспечить более свободное распространение программ для ЭВМ в РФ, включая возможность аренды, вторичную продажу электронных копий программ для ЭВМ, обмен копиями программ для ЭВМ, снижение требования признания введения в гражданский оборот (опубликования), так как в настоящий момент фраза «достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики исходя из характера произведения» является размытой и противоречит современной международной практике, где отчуждение даже одного экземпляра произведения является надлежащим поводом для исчерпания исключительного права. Данные изменения позволят смягчить или обойти западные санкции, гарантируя, что распространение программ для ЭВМ не нарушает международное право.

ИСЧЕРПАНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ В США

Положение о содействии развитию науки и искусства в разделе 8 Конституции США⁸ уполномочивает Конгресс защищать интересы авторов и изобретателей путем предоставления им исключительного права на их произведения и открытия в течение ограниченного периода. В соответствии с этим конституционным положением в 1976 г. был принят Закон США об авторском праве⁹, наделяющий авторов исключительным правом воспроизводить, адаптировать, распространять,

⁸ *Constitution of the United States*. URL: <https://constitution.congress.gov/constitution/> (дата обращения: 22.05.2023).

⁹ *Copyright Law of the United States*. URL: <https://www.copyright.gov/title17/> (дата обращения: 22.05.2023).

демонстрировать и публично исполнять свои оригинальные произведения. Тем не менее, на эти права распространяются исключения, изложенные в разделах 107–122 Закона, включая доктрину исчерпания исключительных прав, изложенную в разделе 109(а), которая наделяет законного владельца конкретной копии произведения или фонограммы правом продавать или распоряжаться такой копией без согласия правообладателя интеллектуальных прав.

Доктрина исчерпания исключительных прав в США уходит корнями в судебную практику страны. В значимом деле *Bobbs-Merrill против Straus*¹⁰ в 1908 г. Верховный Суд США постановил, что покупатель книги, который приобрел ее на законных основаниях, имеет право перепродать ее, не нарушая исключительного права правообладателя на распространение произведения. Этот принцип был впоследствии кодифицирован в Законе об авторском праве 1909 г., а затем включен в Закон об авторском праве 1976 г.

Но до недавнего времени вопрос об исчерпании исключительных прав в транснациональных сделках являлся большой проблемой в США, так как в законодательстве не было закреплено, действует национальный или международный принцип исчерпания. Первоначально Верховный Суд США рассмотрел дело об исчерпании исключительных прав в пользу национального уровня в решении *Quality King против L'Anza*¹¹. Продукт был вывезен с территории США, а затем ввезен обратно без согласия правообладателя интеллектуальных прав. Суд вынес решение в пользу дистрибьютора, заявив, что исключительное право на продукт было ис-

черпано, поскольку он был произведен и впервые продан в США.

В 2013 г. Верховный Суд США в решении по делу *Kirtsaeng* поставил точку в данной проблеме. Суд заявил, что Раздел 109(а) применяется в равной степени к продукции, законно произведенной в США, и к продукции, законно произведенной в других странах. Это решение разрешило вопрос об исчерпании в транснациональных сделках в пользу международного исчерпания. Несмотря на то, что данное решение считается спорным, Конгресс не принял никаких изменений в законодательство об исчерпании исключительных прав, а само решение послужило прецедентом для последующих дел, в частности, для дела *Lexmark*¹².

Доктрина исчерпания, которая уже более века применяется к произведениям на физических объектах, представляет собой уникальную проблему, когда речь идет о цифровых объектах. В отличие от материальных товаров, нематериальные цифровые объекты легко воспроизводятся и передаются без создания материальной копии. Это создает сложности для применения доктрины при продаже цифровых товаров.

Цифровые объекты можно бесконечно тиражировать без тех же производственных ограничений, что и физические товары. Это означает, что одна цифровая копия может потенциально удовлетворить спрос всех потребителей, что приводит к снижению стоимости единицы товара. Кроме того, цифровые товары не связаны географическими границами, когда они продаются через Интернет, что усложняет применение международного, регионального или национального исчерпания прав.

¹⁰ *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U. S. 339. URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/96872/bobbs-merrill-co-v-straus/> (дата обращения: 22.05.2023).

¹¹ *Quality King Distributors, Inc. v. L'Anza Research Int'l, Inc.*, 523 U. S. 135. URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/118182/quality-king-distributors-inc-v-lanza-research-intl-inc/> (дата обращения: 22.05.2023).

¹² *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.* URL: <https://www.supremecourt.gov/docketfiles/12-873.htm> (дата обращения: 22.05.2023).

Доктрина исчерпания исключительных прав в контексте продажи цифровых товаров стала предметом дебатов в судах США. Распространение таких произведений обычно предполагает создание цифровых копий, что может противоречить исключительным правам правообладателя на контроль за воспроизведением и распространением.

Важным решением по вопросу создания цифровых копий стало толкование права в деле *Capital Records, LLC. против ReDigi Inc.*¹³ в 2013 г., в котором рассматривался вопрос повторного копирования технологически защищенных произведений покупателями в контексте онлайн-перепродажи.

Дело касалось нескольких звукозаписывающих компаний, включая *Capitol Records*, которые были правообладателями на распространяемую ими музыку. Клиенты могли скачивать музыку из Интернета и хранить ее на своих устройствах. *ReDigi* была онлайн-платформой, которая облегчала перепродажу «поддерживаемой» музыки. Пользователи могли загрузить «Менеджер музыки» на свой компьютер и перенести музыку на облачный сервер *ReDigi* для продажи. Однако при передаче файлов на облачный сервер пользователь должен был удалить их на локальном компьютере, что, по мнению ответчика, не позволяло пользователю самостоятельно скачивать и продавать музыкальные произведения и оставлять копию для себя.

Окружной суд США вынес решение против исчерпания исключительных прав, постановив, что запрет на повторное копирование технологически защищенных произведений покупателями неизбежен при перепродаже. Суд пришел к выводу, что исчерпание исключительных прав не допускает повторного копирования, поскольку неограниченное копирование снизит спрос на оригинальное произведение, суд поста-

новил, что покупатель может перепродать охраняемые произведения, воплощенные на физическом носителе (таком как плеер или персональный компьютер), при условии, что новые копии не будут сделаны.

Суд указал, что когда пользователь *ReDigi* загружает цифровую музыку на платформу для перепродажи, она хранится на сервере платформы в течение определенного периода, а когда происходит продажа, произведение загружается на компьютер покупателя. Во время этой передачи физический носитель, на котором хранилась музыка, менялся, создавая новое произведение. В результате копия, перепроданная на платформе, не была той же самой копией, загруженной на первоначальный персональный компьютер пользователя, и не была законно получена с разрешения правообладателя.

В свете этого решения важно учитывать уникальные характеристики цифровых произведений при применении доктрины исчерпания. Как отметил суд, легкость, с которой цифровые произведения могут быть воспроизведены, и технологические средства защиты, которые могут быть использованы для ограничения доступа к ним, поднимают важные вопросы о применении доктрины исчерпания в цифровую эпоху. В целом, решение по делу *Capital Records, LLC. против ReDigi Inc.* подчеркивает необходимость нюансированного подхода к применению доктрины исчерпания прав в цифровую эпоху.

На основании вышеизложенного следует отметить, что доктрина исчерпания в Соединенных Штатах ограничивает право правообладателя на распространение. Она позволяет покупателям произведения, защищенного авторским правом, перепродавать его или передавать другому лицу без нарушения прав правообладателя при условии, что новые копии не делаются. Однако применение правил исчерпания

¹³ *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.* URL: <https://www.leagle.com/decision/inadvfcdco140116000515> (дата обращения: 22.05.2023).

для цифровых произведений может работать иначе, чем для аналоговых произведений. Создание новых копий является неотъемлемой частью использования и передачи цифровых произведений, что затрудняет применение доктрины исчерпания в цифровом контексте. Суды признали, что легкость копирования в цифровой сфере способствует перекосу в пользу правообладателя, что привело к судебным решениям, ограничивающим применимость доктрины исчерпания в цифровой сфере. Таким образом, доктрина исчерпания прав нуждается в тонкой настройке для программ для ЭВМ, чтобы иметь дело с цифровыми технологиями и сбалансировать интересы владельцев интеллектуальной собственности и пользователей.

Учитывая общие сложности как в России, так и в США, связанные с отчуждением электронных копий программ для ЭВМ и с развитием вторичного цифрового рынка, хотелось бы предложить подумать о возможных альтернативных подходах к доктрине исчерпания исключительных прав в контексте цифровых продаж. Одним из возможных решений является использование бессрочных лицензионных соглашений, которые разрешают использование цифровых произведений в обмен на компенсацию. Эти соглашения могут включать ограничения с возможностью передачи без создания несанкционированных копий. Другим потенциальным подходом является использование технологии блокчейн для создания цифровых записей о праве собственности и облегчения передачи прав собственности безопасным и отслеживаемым способом.

ИСЧЕРПАНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

Закон об авторском праве, как и другие законы об интеллектуальной соб-

ственности, был гармонизирован во всех государствах-членах ЕС, но есть некоторые различия, которые сохранились в некоторых странах. Так же как исчерпание прав на товарные знаки и патенты Европейский Союз регулирует исчерпание исключительных прав на основе принципа регионального исчерпания. Такой подход необходим для содействия свободному перемещению товаров, включая интеллектуальную собственность между государствами – членами ЕС в рамках процесса создания единого внутреннего рынка товаров и услуг.

На сегодня усилия законодателей привели к гармонизации большинства аспектов охраны интеллектуальных прав в странах – членах ЕС. Включая принцип исчерпания исключительных прав, который был кодифицирован в Директиве ЕС № 2001/29/ЕС о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе¹⁴. Статья 4(2) Директивы говорит о том, что «право на распространение не должно быть исчерпано в ЕС в отношении оригинала или экземпляров произведения, за исключением случаев, когда первая продажа или иная передача права собственности в ЕС на этот объект осуществляется правообладателем или с его согласия».

Специализированные нормы об исчерпании исключительных прав на программы для ЭВМ, включая программное обеспечение и игры, содержатся в Директиве № 2009/24/ЕС, которая отменила и заменила Директиву № 91/250/ЕС (также называемую «Директивой о программном обеспечении»). Согласно ст. 4(2) Директивы 2009/24/ЕС первая продажа в ЕС «копии программы правообладателем или с его согласия исчерпывает право на распространение в ЕС этой копии». В том же положении разъясняется,

¹⁴ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0029> (дата обращения: 22.05.2023).

что истощение не распространяется на «право контролировать дальнейший прокат программы или ее копий». В качестве общего принципа в отношении всех объектов, охраняемых авторским правом, истощение не применяется, если объект, охраняемый авторским правом, был изменен после его первоначального отчуждения, так что он может рассматриваться как новое воспроизведение оригинального объекта.

Наибольшую важность для регулирования истощения исключительных прав на цифровые объекты в ЕС имеет судебная практика. Так Суд Европейского Союза в 2019 г. вынес решение по делу *Tom Kabinet*¹⁵, в котором рассматривался вопрос о том, является ли продажа электронных книг на вторичном рынке нарушением интеллектуальных прав без предварительного разрешения правообладателя. Это решение имеет далеко идущие последствия для игр, музыки и цифрового распространения фильмов (кроме компьютерного программного обеспечения). Ответчик, *Tom Kabinet*, является голландской компанией, которая управляет онлайн-рынком подержанных электронных книг, которые она приобретает у отдельных или официальных издателей, а затем перепродает клиентам по сниженной цене. Две ассоциации, представляющие голландские издательства, подали иск против *Tom Kabinet*, утверждая, что предложение компаний электронных книг на онлайн-площадках нарушает соблюдение авторами Директивы 2001/29/ЕС.

Голландский окружной суд, рассматривавший дело, обратился в Суд Европейского Союза с просьбой ответить на несколько вопросов, самый важный из которых заключался в том, может ли принцип истощения прав применяться к цифровым произведениям (кроме ком-

пьютерного программного обеспечения) в соответствии с законодательством ЕС. В своем решении Суд Европейского Союза ответил, что действие по предоставлению электронных книг для скачивания в сети Интернет не подпадает под действие ст. 4 Директивы 2001/29/ЕС и не подпадает под действие доктрины истощения прав. Следовательно, правообладатель имеет право контролировать каждую передачу своей электронной книги, а при продаже электронной книги необходимо получить разрешение правообладателя на передачу электронной книги, которую он законно приобрел или получил другим законным способом.

Суд Европейского Союза также заявил, что загрузка электронных книг через Интернет должна подпадать под действие ст. 3 той же Директивы как акт «доведения до всеобщего сведения». Суд Европейского Союза постановил, что «доведение до всеобщего сведения» должно рассматриваться в широком смысле и отвечать, по крайней мере, двум следующим критериям: во-первых, должен иметь место акт размещения произведения в свободном доступе, независимо от того, получило ли лицо это произведение на самом деле или нет, а во-вторых, «доведение до всеобщего сведения» должно соответствовать определенному методу технического распространения. Так, технический способ должен отличаться от способа, которым электронное произведение было впервые приобретено (т. е. способа, которым ответчик впервые купил электронную книгу у автора). Если кратко, то распространение использованных цифровых произведений среди публики с помощью проводных или беспроводных средств является нарушением, если не было получено предварительное разрешение от правообладателя.

¹⁵ *Case C-263/18 Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62018CC0263> (дата обращения: 22.05.2023).

В то же время дело Oracle¹⁶ отличается от дела Tom Kabinet которое связано с онлайн-распространением и исчерпанием прав на программы для ЭВМ. Здесь Суд Европейского Союза постановил, что исчерпание исключительных прав на распространение относится к использованным компьютерным программам, но не к другим цифровым произведениям, таким как электронные книги, на которые распространяются иные директивы. Директива ЕС 2009/24/ЕС, которая применяется к компьютерным программам, имеет приоритет над Директивой 2001/29/ЕС.

Помимо вышесказанного, Суд Европейского Союза подчеркнул различия между электронными книгами, цифровой музыкой и компьютерными программами. Во-первых, компьютерные программы требуют загрузки на физический носитель, такой как компьютер, прежде чем они могут быть использованы, что делает источник программы несущественным. Напротив, электронные книги и цифровая музыка не нуждаются в физическом носителе и могут быть доступны как есть. Во-вторых, литературные, музыкальные или кинематографические произведения теряют свою ценность после однократного просмотра или прослушивания, в то время как компьютерные программы используются или хранятся в течение длительного времени и с меньшей вероятностью попадут на вторичный рынок. Компьютерные программы также подвержены технологическому устареванию, что влияет на их конечную стоимость. Поэтому рынок нематериальных копий литературных произведений и других предметов будет иметь более негативное влияние на интересы правообладателей, чем рынок использованных компьютерных программ.

Как мы видим, исчерпание исключительных прав на компьютерные программы в ЕС в целом шире, чем в законодательстве США или России. В ЕС принцип исчерпания распространяется как на копии на материальном носителе, так и на нематериальные копии программ для ЭВМ, в то время как в США и в России он применяется только к материальным копиям.

ИСЧЕРПАНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ В КИТАЕ

Доктрина исчерпания исключительных прав в отношении программ для ЭВМ была предметом дебатов в Китае, поскольку действующее законодательство об авторском праве не затрагивает этот вопрос.

Статья 10 Закона об авторском праве КНР¹⁷ регулирует право на распространение, указывая, что правообладатель может контролировать распространение произведений, защищенных авторским правом. В законе говорится, что правообладатели пользуются «следующими личными и имущественными правами: ... правом на распространение, то есть правом делать оригинальный экземпляр или воспроизведение доступным для публики путем продажи или дарения». Однако из закона об авторском праве неясно, распространяется ли право контроля на первый экземпляр, который отчуждается в любом месте, в том числе в иностранном государстве, или только на экземпляр, проданный в пределах страны. В отсутствие разъяснений в законе и каких-либо судебных прецедентов по этому вопросу следует предположить, что распространение в соответствии со ст. 10 исчерпывается, как только объекты авторского права распространяются в любой точке мира, и позволяет ввозить те же объекты в КНР в качестве законного объекта.

¹⁶ Case C-128/11 UsedSoft GmbH v Oracle International Corp. URL: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-128/11> (дата обращения: 22.05.2023).

¹⁷ Copyright Law of the People's Republic of China (2010 Amendment). URL: http://english.www.gov.cn/archive/laws_regulations/2014/08/23/content_281474982987430.htm (дата обращения: 22.05.2023).

Несмотря на отсутствие отдельной нормы, отражающей доктрину исчерпания исключительных прав в Законе об авторском праве Китая, она признается и применяется на практике, а также разрабатывается в теории. Доктрина исчерпания используется в различных делах, причем Верховный народный суд Китая прямо поддержал одно из таких дел в своем официальном журнале [5, с. 110]. По мнению суда, доктрина исчерпания в праве интеллектуальной собственности позволяет третьей стороне законно использовать или продавать конкретный продукт без нарушения патента, товарного знака или исключительного права после продажи продукта правообладателем или уполномоченным им лицом.

Это заявление Верховного народного суда Китая и доводы профессора Чжэн Чэнси [6, с. 293] позволили сделать вывод относительно условий исчерпания исключительных прав в китайской литературе для программ для ЭВМ. Во-первых, оригинал или копии произведений должны быть размещены на рынке для распространения по разрешению правообладателя, во-вторых, должна произойти передача права собственности на материальный носитель. Наконец, при дальнейшем распространении произведения не должно быть новых копий. Несмотря на отсутствие прямого законодательного закрепления, доктрина исчерпания исключительных прав сыграла значительную роль в практическом применении.

Вопрос о том, можно ли применять доктрину исчерпания в сети Интернет, остается предметом дебатов среди китайских правоведов. Однако большинство ученых¹⁸ дают отрицательный ответ, основываясь на следующих причинах.

Во-первых, доктрина исчерпания первоначально была создана для разре-

ния противоречия между традиционным правом собственности и правом на распространение в рамках закона об авторском праве. Это противоречие возникло потому, что при традиционной форме распространения произведения, защищенные авторским правом, должны были распространяться в материальной форме. Однако при распространении защищенных авторским правом произведений в Интернете не требуется материальной формы распространения. Следовательно, не возникает конфликта между правом на распространение и правом собственности владельца материального товара, на котором хранится защищенное авторским правом произведение. Следовательно доктрина исчерпания не нужна в цифровом мире.

Во-вторых, онлайн-передача произведений, охраняемых авторским правом, неизбежно приводит к их воспроизведению. Если доктрина исчерпания будет применяться к онлайн-передаче, она фактически будет применяться к праву на воспроизведение, что противоречит традиционной теории права на воспроизведение. Согласно этой теории право на воспроизведение не исчерпывается.

В-третьих, существующая технология не может гарантировать, что никакие копии не остаются у правообладателя, который передает защищенное авторским правом произведение другим лицам, поэтому невозможно обеспечить эффективное применение доктрины исчерпания в цифровом мире.

Несмотря на то что доктрина исчерпания права признается в теории и на практике в Китае в отношении традиционных форм распространения программ для ЭВМ на материальных носителях, ее применение в сети Интернет остается очень спорным вопросом.

¹⁸ Xu Shi. A Comparative Law Perspective on Intermediaries' Direct Liability in Cloud Computing Context – A Proposal for China : theses and dissertations. Bloomington, 2016. URL: <https://www.repository.law.indiana.edu/etd/32> (дата обращения: 22.05.2023).

ИСЧЕРПАНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ в Индии

Первое законодательство об авторском праве в Индии и соответствующие положения, касающиеся исчерпания исключительных прав, были приняты в колониальные времена. В частности, закон об авторском праве 1914 г. был в значительной степени основан на британском законе об авторском праве 1911 г. и принял региональную систему исчерпания прав на литературные произведения, которые были защищены авторским правом и распространялись в различных колониях Великобритании [7, с. 146].

Индийский закон об авторском праве 1957 г. сменил закон 1914 г. С момента принятия в него вносились множественные правки, последняя в 2012 г.¹⁹ В частности, действующая версия предусматривает, что правообладатель на литературное произведение, кроме компьютерных программ, может делать копии и контролировать распространение объектов, защищенных авторским правом. Согласно ст. 14 право правообладателя «выдавать экземпляры произведений публике относится к тем экземплярам, которые не являются уже находящимися в обращении». В пояснении к разделу 14 закона от 1957 г. разъяснялось, что экземпляр литературного, музыкального, художественного или драматического произведения считается находящимся в обращении, если он был продан хотя бы один раз. Формулировка закона была изменена в 1994 г., согласно прежней норме, правообладатели на «литературные, драматические или музыкальные произведения имели исключительное право совершать или разрешать совершать любые из следующих действий, а именно: ... публиковать произведение». В настоящий

момент после редакции 1994 года позиция об исчерпании права стала неясной.

Во время внесения поправок в закон об авторском праве в 2012 г. парламент Индии отклонил положения, предусматривающие международное исчерпание исключительных прав, но включил в закон об авторском праве раздел 14(d), в котором говорится, что исключительное право на распространение компьютерной программы включает право контролировать первую продажу программы. Это означает, что правообладатели имеют исключительное право продавать или лицензировать свои программы, и они могут контролировать, как они продаются или лицензируются. [8, с. 345]

Однако недавно судебная практика внесла коррективы и заполнила пробелы в регулировании исчерпания исключительных прав на программы для ЭВМ. 2 марта 2021 г. Верховный суд Индии по делу Engineering Analysis Centre for Excellence Pvt. Ltd. против CIT²⁰ постановил, что платежи индийских компаний за иностранное программное обеспечение не считаются «роялти», подлежащими налогообложению. Дело касается налогового законодательства, но также затрагивает вопросы авторского права, связанные с лицензионными соглашениями с конечным пользователем программного обеспечения и доктриной исчерпания исключительных прав. Суд признал доктрину исчерпания на программное обеспечение, что позволит, как считают аналитики, создать вторичные рынки и альтернативные модели распространения. Однако суд также подчеркнул, что лицензионное соглашение имеет преимущественное право ограничивать доктрину исчерпания исключительных прав, аналогично подходу, принятому в США.

¹⁹ The Copyright Act, 1957 (14 of 1957). URL: <https://copyright.gov.in/documents/copyrightrules1957.pdf> (дата обращения: 22.05.2023).

²⁰ Engineering Analysis Centre for Excellence Pvt. Ltd. v. CIT. URL: https://www.livelaw.in/pdf_upload/foreign-software-no-royalty-tds-sc-ii-124-389949.pdf (дата обращения: 22.05.2023).

В целом вопрос об исчерпании прав на компьютерные программы все еще является предметом споров и дискуссий среди ученых-юристов и практиков в Индии. Продолжаются споры о сфере применения доктрины, особенно в отношении использования цифровых копий программ и продажи подержанного программного обеспечения. Тем не менее суды ясно дали понять, что принцип исчерпания прав применяется к компьютерным программам в Индии.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проанализировав доктрину исчерпания прав на компьютерные программы в России, США, ЕС, Китае и Индии, можно сделать вывод, что правовое регулирование в этих странах различается. Если ЕС придерживаются доктрины исчерпания исключительного права, которая позволяет покупателю программы для ЭВМ перепродавать или распространять его без разрешения правообладателя, то Китай, Индия и США являются сторонниками более ограничительного подхода.

Что касается России, то действующие нормы права об исчерпании исключительных прав на компьютерные программы являются довольно строгими с большими ограничениями для введения в коммерческий оборот программ для ЭВМ и применения «исчерпания», включая отчуждение по сети Интернет. Смягчение норм об опубликовании и исчерпании исключительных прав на программы для ЭВМ может обеспечить большую свободу для оборота компьютерных программ, что поможет обойти или смягчить санкции, введенные западными странами. Для этого необходимо внести изменения в следующие акты:

1. Пункт 1 ст. 1268 ГК РФ дополнить следующим абзацем: *«Опубликование (выпуск в свет) программы для ЭВМ – это выпуск в обращение экземпляров про-*

граммы для ЭВМ, представляющих собой копию произведения в любой материальной или цифровой форме. Публикация программ для ЭВМ, включая распространение в цифровое форме, считается передачей программы для ЭВМ одному или более лиц».

2. Пункт 96 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» дополнить: *«Если правообладатель программы для ЭВМ распространяет программу для ЭВМ с помощью цифровых форм, включая сеть Интернет и программа для ЭВМ получена на территории России, считается, что программа для ЭВМ правомерно введена в гражданский оборот в России самим правообладателем или с его согласия».*

Предлагаемые изменения содержат несколько важных положений. Во-первых, они позволяют распространить доктрину исчерпания на цифровые форматы компьютерных программ. Во-вторых, освободят публикацию программ для ЭВМ от ограничения количества экземпляров в обороте, что является важнейшим аспектом в отношении компьютерных программ, учитывая присущую им сложность отслеживания количества реализованных экземпляров. Во взаимодействии с нормами ст. 1272 ГК РФ данные изменения могут открыть юридическим и физическим лицам путь к передаче программного обеспечения, которое было приобретено через Интернет или иным способом, без материального носителя. Практические последствия этой поправки многообразны; например, физические и юридические лица смогут законно вторично отчуждать цифровые формы компьютерных программ, учитывая уход западных компаний это сделает возможным оживление внутреннего рынка ранее купленных программ для ЭВМ данных компаний, так и возможность преодоления «отсечения» наших

потребителей от западных технологий путем перепродажи программ для ЭВМ в цифровом формате, купленных в сети Интернет на территории РФ, даже если

производитель отказывается продавать компьютерную программу в нашей стране через официальных представителей или на материальном носителе.

Список литературы

1. Калятин В. О. Проблема ослабления имущественных прав в цифровой среде // Вестник гражданского права. 2018. Т. 18, № 6. С. 30–40.
2. Perzanowski A. K., Schultz J. *The End of Ownership: Personal Property in the Digital Economy*. Cambridge : The MIT Press, 2016. 264 p. DOI: <http://dx.doi.org/10.7551/mitpress/10524.001.0001>
3. Савельев А. И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11, № 3. С. 102–128.
4. Гхош Ш. Имплементация доктрины исчерпания прав: выводы, основанные на национальном опыте // Торговая политика. 2015. № 3 (3). С. 26–52.
5. 王迁. 著作权法学. 北京 : 北京大学出版社, 2007年. 303页. [Ван Цянь. Закон об авторском праве. Пекин : Изд-во Пекин. ун-та, 2007. 303 с.]
6. 郑成思. 版权法. 北京 : 中国人民大学出版社, 2009年. 792 页. [Чжэн Чэнси. Закон об авторском праве. Пекин : Изд-во Кит. ун-та Жэньминь, 2009. 792 с.]
7. Ghosh S. A Roadmap to TRIPS: Copyright and Film in Colonial and Independent India // *Queen Mary Journal of Intellectual Property*. 2011. Vol. 1, iss. 2. P. 146–162. DOI: <http://dx.doi.org/10.4337/qmjip.2011.02.03>
8. Exhausting Copyrights and Promoting Access to Education: An Empirical Take / S. Basheer, D. Khettry, S. Nandy, S. Mitra // *Journal of Intellectual Property Rights*. 2012. Vol. 17. P. 335–347.

References

1. Kalyatin V. O. Problems of Weakening Property Rights in Digital Sphere. *Civil Law Review*. 2018;18(6):30-40. (In Russ.).
2. Perzanowski A. K., Schultz J. *The End of Ownership: Personal Property in the Digital Economy*. Cambridge: The MIT Press; 2016. 264 p. DOI: <http://dx.doi.org/10.7551/mitpress/10524.001.0001>
3. Savel'ev A. I. Some Questions of Application of Norms on the Exhaustion of Rights in Relation to Computer Programs. *Civil Law Review*. 2011;11(3):102-128. (In Russ.).
4. Ghosh S. The Implementation of Exhaustion Policies: Lessons from National Experiences. *Trade Policy*. 2015;3:26-52. (In Russ.).
5. Wang Qian. *Copyright Law*. Beijing: Peking University Press, 2007. 303 p. [In Chinese].
6. Zheng Cheng Si. *Copyright Law*. Beijing: Renmin University of China Press, 2009. 792 p. [In Chinese].
7. Ghosh S. A Roadmap to TRIPS: Copyright and Film in Colonial and Independent India. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*. 2011;1(2):146-162. DOI: <http://dx.doi.org/10.4337/qmjip.2011.02.03>
8. Basheer S., Khettry D., Nandy S., Mitra S. Exhausting Copyrights and Promoting Access to Education: An Empirical Take. *Journal of Intellectual Property Rights*. 2012;17:335-347.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Головин Кирилл Сергеевич, аспирант кафедры частноправовых дисциплин Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (ул. Б. Черемушкинская, 34, Москва, 117218, Российская Федерация); ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-8844-488X>; e-mail: golovinks@gmail.com

ABOUT THE AUTHOR

Kirill S. Golovin, Postgraduate Student at the Department of Private Law Disciplines of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation (34 B. Cheremushkinskaya st., Moscow, 117218, Russian Federation); ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-8844-488X>; email: golovinks@gmail.com

Поступила | Received
04.03.2023

Поступила после рецензирования
и доработки | Revised
20.04.2023

Принята к публикации | Accepted
05.06.2023



Оригинальная научная статья

**Социально-правовые предпосылки
защиты имущественных интересов подозреваемого
и обвиняемого при применении мер принуждения**

Т. Т. Баязитов 

*Коллегия адвокатов г. Москвы «Корчаго и партнеры», Адвокатская палата г. Москвы,
Москва, Российская Федерация*

✉ tim_ka_256@mail.ru

Аннотация. Современное развитие общественных отношений не может рассматриваться изолированно от экономической основы жизни человека. С учетом последовательного становления института частной собственности и имущественной сферы формируются новые правила взаимоотношений государства и личности. На этом фоне важное значение имеют вопросы, связанные с реализацией репрессивной функции государства. Процесс расследования преступной деятельности нередко затрагивает имущественные интересы участников уголовного процесса. При этом закрепленные в законодательстве правила данного вида государственной деятельности не всегда учитывают изменившийся формат экономических взаимоотношений физических и юридических лиц. В статье обозначается проблема отсутствия адаптации уголовно-процессуального законодательства к фактически сложившимся отношениям в рассматриваемой области общественной жизни. Поднимаются вопросы взаимодействия уголовно-процессуального и гражданского законодательства. Отмечается отсутствие комплексного подхода к регулированию вопросов защиты имущественных интересов подозреваемого, обвиняемого при применении мер процессуального принуждения. Несмотря на сформулированный в Конституции Российской Федерации общий, благоприятный для подозреваемого, обвиняемого подход к этой области отношений, на уровне межотраслевого регулирования наблюдаются множественные противоречия. В работе констатируется потребность в комплексном регулировании особенностей применения к указанным участникам уголовного процесса мер принуждения имущественного характера. Этому способствует судебная практика. Исследуемые в статье решения Конституционного Суда Российской Федерации подталкивают законодателя к новым реформам Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. На это его нацеливают и некоторые отмеченные в работе программные политические заявления высшего руководства страны. Анализ исследуемой научной проблемы осуществляется с учетом действующих норм международного права, а также на основе сформировавшегося исторического опыта отечественного порядка регулирования правил расследования и судебного разбирательства по уголовным делам. В исследовании сделан акцент на применении таких мер имущественного воздействия на личность, как залог, заключение под стражу, наложение ареста на имущество и других. Выводы строятся с учетом статистических показателей и результатов анкетирования практических сотрудников следственных подразделений различных ведомств и адвокатского корпуса.

Ключевые слова: меры принуждения, залог, наложение ареста на имущество, заключение под стражу, имущественные интересы, интересы подозреваемого, обвиняемого

Для цитирования: Баязитов Т. Т. Социально-правовые предпосылки защиты имущественных интересов подозреваемого и обвиняемого при применении мер принуждения // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 2. С. 189–202. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-189-202>. EDN: <https://elibrary.ru/vmntgb>

Original scientific article

Social and Legal Prerequisites for Protecting the Property Interests of the Suspect and the Accused in the Application of Coercive Measures

T. T. Bayazitov 

Moscow City Bar Association "Korchago and Partners", Moscow Chamber of Advocates,
Moscow, Russian Federation

✉ tim_ka_256@mail.ru

Abstract. The modern development of social relations cannot be considered in isolation from the economic basis of human life. Taking into account the consistent formation of the institution of private property and the property sphere, new rules for the relationship between the state and the individual are being formed. On this background, issues related to the implementation of the repressive function of the state are of great importance. The process of investigating criminal activity often affects the property interests of the participants in the criminal process. At the same time, the rules of this type of state activity enshrined in the legislation do not always take into account the changed format of economic relations between individuals and legal entities. The article deals with the problem of the lack of adaptation of the criminal procedural legislation to the actual relations in the area of public life. Questions of interaction between criminal procedure and civil legislation are described here. There is a lack of an integrated approach to regulating the issues of protecting the property interests of the suspect, the accused in the application of measures of procedural coercion. Despite the general approach in this area of relations formulated in the Constitution of the Russian Federation, which is favorable for the suspect and for the accused, there are multiple contradictions at the level of intersectoral regulation. The paper states the need for a comprehensive regulation of the features of the application of coercive measures of a property nature to the specified participants in the criminal process. Judicial practice contributes to this process. The decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation studied in the article forces the legislator to new reforms of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation. Some of the programmatic political statements of the country's top leadership noted in the work contributes this process. The analysis of the scientific problem under study is carried out taking into account the existing norms of international law, as well as on the basis of the formed historical experience of the domestic procedure for regulating the rules of investigation and trial in criminal cases. The study focuses on the application of such measures of property impact on a person as bail, custody, seizure of property and others. The conclusions are made taking into account statistical indicators and the results of a survey of practical employees of the investigative departments of various departments and the lawyer corps.

Keywords: coercive measures, pledge, seizure of property, custody, property interests, the interests of the suspect, the accused

For citation: Bayazitov T. T. Social and Legal Prerequisites for Protecting the Property Interests of the Suspect and the Accused in the Application of Coercive Measures. *Siberian Law Review*. 2023;20(2):189-202. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-189-202>. EDN: <https://elibrary.ru/vmntgb> (In Russ.).

ВВЕДЕНИЕ

Проблемы законодательной регламентации вопросов защиты имущественных интересов подозреваемого, обвиняемого при применении мер уголовно-процессуального принуждения в последнее время имеют тенденцию к актуализации. В значительной степени это связано с тем, что действующие в рамках уголовно-процессуального законодательства механизмы правового регулирования имущественной сферы не вполне учитывают современные социально-экономические условия жизни. Предусмотренные ст.ст. 106, 115, ч. 2 ст. 160 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ), другими положениями закона правила не всегда рассчитаны на существующий формат общественных отношений, охватывающий вопросы собственности. Кроме того, разная отраслевая принадлежность норм, регулирующих оборот имущества, способствует созданию противоречий на уровне как законодательства, так и судебной практики. Из-за накопившихся в данной области проблем под угрозой нарушения нередко находятся конституционные права граждан. В отдельных случаях в рамках рассматриваемой проблематики на эти недостатки обращал внимание Конституционный Суд РФ¹. В силу требований ст.ст. 34, 35, 36 Конституции РФ государство обязано обеспечить реализацию законных интересов человека, связанных с вопросами собственности.

Данный подход определяет вектор развития соответствующих отношений с уче-

том особенностей правового регулирования правил расследования преступной деятельности и судебного разбирательства. При этом положение, предусмотренное ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, допускает ограничение федеральным законом прав и свобод человека и гражданина в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Опираясь на данную норму, О. О. Небратенко справедливо отмечает, что «право собственности не является абсолютным, несмотря на свой естественный и неотчуждаемый (в конституционно-правовом смысле) характер» [1, с. 51].

Развивая мысль автора, важно отметить, что право собственности может подлежать ограничению на уровне отраслевого законодательства, в частности, норм УПК РФ, что особенно заметно в системе мер уголовно-процессуального принуждения. При этом вводимые ограничения должны быть соразмерны. Как отмечается в одном из решений Конституционного Суда РФ, «принцип соразмерного ограничения прав и свобод, закрепленных в ст. 55 (ч. 3) Конституции РФ, означает, что публичные интересы, перечисленные в данной конституционной норме, могут оправдать правовые ограничения прав и свобод, если они адекватны социально оправданным целям»². В этом контексте Ф. М. Кудин констатирует, что «стеснение прав не может быть беспредельным, не ограниченным определенными рамками, ибо в таком

¹ См., напр.: *По делу* о проверке конституционности положений частей первой, третьей и девятой статьи 115, пункта 2 части первой статьи 208 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и абзаца девятого пункта 1 статьи 126 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами ЗАО «Недвижимость-М», ООО «Соломатинское хлебоприемное предприятие» и гражданки Л. И. Костаревой : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 31 янв. 2011 г. № 1-П // Рос. газ. 2011. 11 февр. ; *По делу* о проверке конституционности положений статей 106, 110 и 389.2 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С. А. Филиппова : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 17 июня 2021 г. № 29-П // Рос. газ. 2021. 2 июля ; и др.

² *По делу* о проверке конституционности части пятой статьи 97 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. В. Щелухина : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 13 июня 1996 г. № 14-П // Рос. газ. 1996. 2 июля.

случае возможна трансформация принуждения из правоохранительного средства в орудие произвола» [2, с. 13].

Кроме положений Конституции РФ, необходимость защиты имущественных интересов человека закреплена также в нормах международного права. К наиболее заметным документам в этой области можно отнести Всеобщую декларацию прав человека (ст. 17)³ и Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (ст. 1 протокола от 20 марта 1952 г. № 1)⁴. В них сформулирован запрет на произвольное лишение человека его имущества, определена возможность свободного владения им и другие права. Предусматривается, что в случае их нарушения каждый человек имеет право на эффективное восстановление своего прежнего положения.

Наряду с охранительными нормами, этими документами предусматривается возможность введения и некоторых мер воздействия на личность. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека «при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе». Сходные положения можно увидеть в Международном пакте о гражданских и политических правах (п. 3 ст. 12)⁵, Конвенции о защите прав человека и основных свобод (п. 2 ст. 10, п. 2 ст. 11).

Закрепленный на международном уровне подход сочетается с содержанием ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, определяя до-

полнительные правовые предпосылки для формирования системы законодательных установлений, направленных на применение мер воздействия на личность. Как отмечает Б. Б. Булатов, «стремясь обеспечить в сфере уголовного процесса баланс между интересами личности, особенно конституционными правами и свободами граждан, и необходимостью осуществления уголовного судопроизводства, законодатель регламентирует основания, условия, порядок и пределы используемых при производстве по уголовным делам мер государственного принуждения» [3, с. 6].

Конкретизируя данный подход применительно к имущественным отношениям, указанный автор отмечает, что «законодатель последовательно исходит из того, что прежде чем наложить арест на имущество лица, чьими преступными действиями причинен вред, необходимо доказать причастность такого лица к совершению этих действий путем привлечения его по уголовному делу в качестве подозреваемого или обвиняемого. Иначе орган расследования, прокурор получили бы формально-юридические основания для направления в суд ходатайства о применении к лицам, против которых еще не начато уголовное преследование, меры процессуального принуждения в виде наложения ареста на имущество, затрагивающей конституционное право гражданина иметь имущество в собственности (ст. 35 Конституции РФ)» [3, с. 197–198].

Таким образом, закрепленные в Конституции РФ и нормах международного права положения допускают применение некоторых ограничительных мер с учетом ряда условий. Детализированные в отраслевом законодательстве, они

³ Всеобщая декларация прав человека : принята Генер. Ассамблеей ООН 10 дек. 1948 г. // Рос. газ. 1998. 10 дек.

⁴ Конвенция о защите прав человека и основных свобод : заключена в г. Риме 4 нояб. 1950 г., с изм. от 24 июня 2013 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 2, ст. 163.

⁵ Международный пакт о гражданских и политических правах : принят 16 дек. 1966 г. Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-ом пленар. заседании Генер. Ассамблеи ООН // Вед. Верхов. Совета СССР. 1976. № 17, ст. 291.

предусматривают существенные ограничения для государственных органов и должностных лиц при применении мер принуждения. В УПК РФ реализовано требование, предполагающее наличие специального порядка, определенного законом, создающего гарантии защиты указанных прав. Важным его элементом выступает судебный механизм принятия решения, направленного на ограничение имущественных интересов лица (например, ст.ст. 29, 106, 115 УПК РФ). Данный законодательный подход подчеркивает достаточно высокий уровень защиты имущественных интересов подозреваемого, обвиняемого при применении мер уголовно-процессуального принуждения, обусловленный большим социальным значением рассматриваемых вопросов.

ИСТОРИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ЗАЩИТЫ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ ПОДОЗРЕВАЕМОГО, ОБВИНЯЕМОГО ПРИ ПРИМЕНЕНИИ МЕР ПРИНУЖДЕНИЯ

На базе изложенных выше правовых основ анализируемой проблемы активно развивается идея об имущественном воздействии на личность и, соответственно, необходимости выделения мер уголовно-процессуального принуждения имущественного характера. В юридической литературе отмечается высокая эффективность имущественного воздействия на личность [4, с. 30; 5; 6]. Меры процессуального принуждения, в основе которых заложен имущественный интерес, имеют хороший правоохранительный потенциал. В ряду других форм воздействия на личность (физическое, психическое) данное направление с учетом исторических особенностей становления уголовно-процессуальных отношений современных тенденций обладает перспективами для развития.

В текущий исторический период это связано с государственной поддержкой института частной собственности (ст.ст. 34, 35, 36 Конституции РФ). Сходные тенденции можно было наблюдать во второй половине XIX в. На фоне проводимых реформ, вызванных отменой крепостного права, других социально-экономических преобразований в Российской Империи получили свое развитие и имущественные отношения. Их расширенный учет был замечен при применении мер уголовно-процессуального принуждения. Так, в период действия Устава уголовного судопроизводства 1864 г. (далее – УУС) имелась достаточно развернутая для того исторического периода законодательная регламентация залога (п. 4 ст. 416, ст.ст. 418, 423–427 УУС). В отношении отдельных участников уголовного процесса использовалось денежное взыскание (ст.ст. 69, 323, 328, 438 УУС). В целях обеспечения наказания в виде денежного взыскания, конфискации имущества применялась мера принуждения в виде наложения ареста на имущество (ст.ст. 268, 305, 1159 УУС)⁶.

Переход к новой экономической формации в 1917 г. привел к уменьшению роли данной формы воздействия на личность при производстве по уголовным делам. Отмечалось, что некоторые из них (в частности, залог) были «привилегией» буржуазии и других обеспеченных слоев населения, за деньги покупающих себе досудебную свободу [7, с. 8; 8, с. 54]. По этому поводу И. Б. Тутынин говорит, что меры пресечения имущественного характера на тот момент противоречили ценностным установкам, социально-политическим и социально-экономическим потребностям и интересам, а система мер процессуального принуждения приобрела классовые черты [4, с. 80].

⁶ Устав уголовного судопроизводства с позднейшими узаконениями, законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и циркулярами министра юстиции. 6-е изд., испр. и доп. СПб. : Изд. юрид. кн. магазина Н. К. Мартынова, 1913. С. 462.

Под влиянием нового подхода в первые годы советской власти меры процессуального принуждения в виде залога и имущественного поручительства, хотя и были предусмотрены законом (ст.ст. 152, 153 УПК РСФСР 1923 г.), но также подвергались критике⁷ [9, с. 33]. Под влиянием ряда факторов, преимущественно идеологического характера, V съезд деятелей советской юстиции, следуя классовому принципу, признал необходимым исключение из УПК РСФСР мер пресечения в виде имущественного поручительства и залога⁸. Тем не менее разработчики УПК РСФСР 1960 г. не стали отказываться от такой меры пресечения, как залог (ч. 2 ст. 89, ст. 99). В условиях отсутствия в тот исторический период института частной собственности ее применение не нашло широкого распространения в правоприменительной деятельности⁹.

Помимо этого, велась дискуссия о возможности при помощи мер имущественного обеспечения явки достичь и других задач правосудия. В частности, обсуждался вопрос о том, могут ли имущественное поручительство и залог применяться в целях обеспечения гражданского иска¹⁰. П. И. Люблинский в ходе анализа уголовно-процессуального законодательства отмечал, что «задача обеспечения неуклонения и задача обеспечения взыскания за вред и убытки расчленены»¹¹. Другими словами, они не совпадают между собой. Кроме того, он указывал, что «присвоение залому функции обеспечения гражданского иска существенно

ослабляет прямую задачу залога служить средством обеспечения неуклонения от суда. Обвиняемый уже меньше придает значения возможности утраты залога при уклонении, так как он считает, что в случае его явки все равно этот залог возвращен ему не будет»¹².

СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ВОПРОСОВ ЗАЩИТЫ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ ПОДОЗРЕВАЕМОГО, ОБВИНЯЕМОГО ПРИ ПРИМЕНЕНИИ МЕР ПРИНУЖДЕНИЯ

Ситуация существенным образом менялась после смены политического режима в стране в начале 1990-х гг. Первый этап был связан с принятием Конституции РФ, в которой был закреплён институт частной собственности (ч. 2 ст. 8, ч. 2 ст. 9, ч. 1 ст. 35, ч. 1 ст. 36), второй – с принятием УПК РФ. По мере развития института частной собственности, экономических отношений в стране стала заметна тенденция усиления роли имущественного воздействия на личность. В юридической литературе постоянно проводится мысль о необходимости замены меры пресечения в виде заключения под стражу другими способами обеспечения надлежащего поведения подозреваемого, обвиняемого, в том числе имущественного характера [10–13].

Этот подход во многом сформировался под влиянием общих политических установок высших органов государственной власти страны. Например, в послании Президента РФ Федеральному Собранию

⁷ Люблинский П. И. Меры пресечения. Комментарий к ст.ст. 143–161 Уголовно-процессуального кодекса. 3-е изд., испр. и доп. М.: Кооперат. изд-во «Право и жизнь», 1926. С. 38.

⁸ Там же.

⁹ См., напр.: Булатов Б. Б. Эффективность мер пресечения, не связанных с содержанием под стражей: учеб. пособие. Омск: Омск. высш. шк. милиции МВД СССР, 1984. С. 47–50.

¹⁰ В соответствии со ст.ст. 152, 153 УПК РСФСР 1923 г. залог вносился на депозит суда, имущественное поручительство состояло в письменном обязательстве уплаты определенной суммы со стороны платежеспособного лица.

¹¹ Люблинский П. И. Указ. соч. С. 39.

¹² Там же. С. 38–40.

от 12 ноября 2009 г. Д. А. Медведев отмечал необходимость совершенствования залога для его расширенного применения в правоприменительной деятельности¹³. Кроме того, положение, предусмотренное ч. 7¹ ст. 108 УПК РФ, формирует предпосылки для более активного применения указанной меры пресечения в случае отказа в удовлетворении ходатайства о заключении под стражу подозреваемого или обвиняемого. Данное положение развивается в ч. 7 ст. 106 УПК РФ, создавая оптимальные условия для применения залога [14]. Помимо этого, Верховный Суд РФ в одном из своих решений отмечает, что при разрешении ходатайств об избрании в исключительных случаях заключения под стражу в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления небольшой тяжести судам следует обсуждать возможность применения иной, более мягкой меры пресечения¹⁴. В рассматриваемом контексте очевидно, что среди иных, более мягких мер пресечения вполне может рассматриваться залог.

Несмотря на изменение идеологической парадигмы, отношение к мерам процессуального принуждения имущественного характера в общественном сознании остается достаточно спорным. Превагирует суждение о том, что некоторые из них (в частности, залог) обеспеченным гражданам позволяют нивелировать репрессивные начала уголовного преследования, связанные с применением мер процессуального принуждения. Опрос следователей показал, что этой позиции придерживается 64 % респондентов. Среди адвокатов доля таких ответов несколь-

ко ниже – 52 %. При этом подавляющая часть респондентов уверена, что залог как мера пресечения имущественного характера, с точки зрения достижения ее целей, достаточно эффективна – 89 %.

Изучение судебной практики, касающейся применения мер принуждения имущественного характера, показало, что в 2021 г. судами было удовлетворено 38 684 ходатайства об аресте имущества (ст.ст. 115, 116 УПК РФ), 6 302 ходатайства о продлении срока применения указанной меры процессуального принуждения (п. 9¹ ч. 2 ст. 29 УПК РФ, ст. 115¹ УПК РФ), 25 ходатайств об избрании меры пресечения в виде залога (ст. 106 УПК РФ)¹⁵. Эти цифры говорят о том, что ограничение права собственности в ходе расследования преступной деятельности происходит достаточно часто, причем большая часть, по данным официальной статистики, приходится на арест имущества. В зависимости от конкретных обстоятельств на имущественную, финансовую, хозяйственную деятельность лица также могут оказывать влияние задержание подозреваемого (ст.ст. 91, 92 УПК РФ), заключение под стражу (ст. 108 УПК РФ), временное отстранение от должности (ст. 114 УПК РФ), домашний арест (ст. 107 УПК РФ), запрет определенных действий (ст. 105¹ УПК РФ), а также подписка о невыезде и надлежащем поведении (ст. 102 УПК РФ).

Ученые, исследующие теоретические основы процессуального принуждения имущественного характера, прогнозируют увеличение экономической составляющей данной сферы. И. Б. Тутынин отмечает, что это будет происходить

¹³ *Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 12 ноября 2009 г.* // Рос. газ. 2009. 13 нояб.

¹⁴ *О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста, залога и запрета определенных действий* : постановление Пленума Верхов. Суда Рос. Федерации от 19 дек. 2013 г. № 41 // Рос. газ. 2013. 27 дек.

¹⁵ *Форма № 1 «Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел по первой инстанции за 12 месяцев 2021 года»* // Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации. URL: <http://www.cdep.ru> (дата обращения: 22.05.2023).

за счет развития полномочий, связанных с обеспечением сохранности имущества и жилища обвиняемого (подозреваемого), в случае лишения его свободы, ограничения или запрета участия в гражданско-правовых сделках, ограничения права пользоваться и распоряжаться имуществом и других подобных причин [4, с. 207].

Данная тенденция усиливается по причине возросшего в последние годы разнообразия имущественных отношений. Появляются новые их виды. Так, гражданским законодательством в 2019 г. введено понятие «цифровые права», которое используется при учете оборота соответствующего вида имущества (ст. 141¹ Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ))¹⁶. Законодатель при регулировании уголовно-процессуальных отношений пока не реагирует на эти изменения. Вместе с тем по отдельным позициям идет постепенное развитие необходимой правовой основы¹⁷. Важным шагом в этом направлении явилось введение в закон понятия «имущество» (п. 13¹ ст. 5 УПК РФ)¹⁸. Введена новая редакция ст. 160¹ УПК РФ, направленная на совершенствование мер по обеспечению гражданского иска, конфискации имущества и иных имуще-

ственных взысканий¹⁹. В октябре 2022 г. законодателем скорректирован порядок применения залога при производстве по уголовным делам²⁰.

Особенности защиты имущественных интересов подозреваемых, обвиняемых, при расследовании преступлений в предпринимательской сфере

Уже несколько лет на фоне защиты интересов финансово-хозяйственной деятельности в государстве развивается законодательный подход, направленный на охрану интересов предпринимателей. В этом явлении достаточно определено видна имущественная составляющая. Данный вывод обусловлен тем, что развитие предпринимательской деятельности связано в первую очередь с обеспечением экономической безопасности страны. Общий посыл, направленный на сокращение репрессивного воздействия на предпринимателей при производстве по уголовным делам, был сформулирован высшим политическим руководством страны²¹.

В своей речи на пленарном заседании XXV Петербургского международного экономического форума 17 июня 2022 г. Президент Российской Федерации В. В. Путин отметил, что бизнес надо

¹⁶ *О внесении изменений в части первую, вторую и статьи 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации* : федер. закон от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ // Рос. газ. 2019. 20 марта.

¹⁷ См., напр.: *О внесении изменений в статьи 81.1 и 164 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации* : федер. закон от 24 марта 2021 г. № 57-ФЗ // Рос. газ. 2021. 26 марта ; *О внесении изменений в статьи 108 и 109 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации* : федер. закон от 2 авг. 2019 г. № 315-ФЗ // Рос. газ. 2019. 7 авг. ; *О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части избрания и применения мер пресечения в виде запрета определенных действий, залога и домашнего ареста* : федер. закон от 18 апр. 2018 г. № 72-ФЗ // Рос. газ. 2018. 20 апр. ; *О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации* : федер. закон от 27 дек. 2018 г. № 530-ФЗ // Рос. газ. 29 дек. ; и др.

¹⁸ *О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации* : федер. закон от 29 июня 2014 г. № 190-ФЗ // Рос. газ. 2015. 7 июля.

¹⁹ *О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации* : федер. закон от 27 дек. 2018 г. № 530-ФЗ // Рос. газ. 2018. 29 дек.

²⁰ *О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации* : федер. закон от 7 окт. 2022 г. № 383-ФЗ // Рос. газ. 2022. 11 окт.

²¹ *Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию* от 1 марта 2018 г. // Рос. газ. 2018. 2 марта ; *Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию* от 20 февраля 2019 г. // Рос. газ. 2019. 21 февр.

мотивировать, а не принуждать к соблюдению норм и требований. Он обратил внимание на подготовку законопроекта о сокращении срока давности по делам о налоговых преступлениях, а также об отказе в возбуждении уголовного дела после полного погашения налоговой недоимки. Предполагается аккуратно и основательно подойти к декриминализации целого ряда так называемых экономических составов. «Необходимо пересмотреть основания для заключения предпринимателей под стражу и продления сроков предварительного следствия. Не секрет, что эти нормы применяются там, где нет объективной необходимости»²².

В марте 2022 г. в УПК РФ были внесены изменения, благодаря которым уголовные дела в отношении предпринимателей по налоговым составам преступлений теперь могут возбуждаться только по представлению налоговой службы²³. По этому поводу Л. М. Фетишева отмечает, что в Российской Федерации наметилась тенденция по созданию особого производства в отношении лиц за совершение преступлений в сфере предпринимательской деятельности. Обвиняемым создают гарантии неприкосновенности от применения мер пресечения с наиболее интенсивным принуждением, в частности, заключения под стражу. По ее мнению, такая политика требует корректировки. Запрет брать предпринимателей под стражу должен быть не категоричным, а условным²⁴.

Рассуждая в этом контексте, необходимо учитывать и другие обстоятельства. Помимо аспекта, связанного с изоляцией осуществляющего предпринимательскую деятельность подозреваемого, обвиняемого от общества, возникают проблемы,

касающиеся управления его имуществом, принятия управленческих решений в соответствующей коммерческой структуре. При этом в соответствии с ч. 2 ст. 160 УПК РФ следователь (дознатель) обязан принять меры лишь по обеспечению сохранности имущества и жилища задержанного или заключенного под стражу. Неисполнение указанной обязанности органами предварительного расследования может повлечь наступление гражданско-правовой ответственности (ч. 2 ст. 1070 ГК РФ).

Однако в нынешних экономических условиях, особенно если это касается предпринимательской сферы, вести речь лишь о сохранности имущества недостаточно. Нередко требуется принятие мер к его обслуживанию. Может показаться, что предусмотренная ч. 2 ст. 160 УПК РФ норма была сформулирована без учета данного обстоятельства. Полагаем, что это не так. Чтобы обеспечить сохранность, например, крестьянского хозяйства, требуется постоянный уход за ним. Поэтому обслуживание имущества нередко может рассматриваться как условие обеспечения его сохранности [15]. Однако решение такого рода задач силами лица, осуществляющего производство по уголовному делу, с экономической точки зрения неэффективно. С учетом данного обстоятельства политика государства, направленная на сокращение случаев заключения под стражу предпринимателей, представляется оправданной. При таких условиях более целесообразно развивать различные формы имущественного воздействия на личность.

Существенный вклад в совершенствование указанной области правового

²² *Пленарное заседание Петербургского международного экономического форума*. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/68669> (дата обращения: 22.05.2023).

²³ *О внесении изменений в статьи 140 и 144 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации* : федер. закон от 9 марта 2022 № 51-ФЗ // Рос. газ. 2022. 11 марта.

²⁴ *Фетишева Л. М.* Применение мер пресечения при производстве по уголовным делам о преступлениях, применяемых в сфере предпринимательской деятельности : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2016. С. 3–8, 16–19.

регулирования вносит судебная практика²⁵. Повышенное внимание органа конституционного контроля к данной проблематике вызвано недостатками законодательного регулирования в УПК РФ имущественной сферы, его несоответствием фактически сложившимися экономическими отношениями в обществе. Речь идет не только об отдельных мерах процессуального принуждения, а об отсутствии общего подхода, связанного с регулированием рассматриваемых отношений. Как отмечает председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин, «ограничение права собственности в рамках уголовного судопроизводства является одной из системных проблем взаимоотношений правоохранительных органов и бизнеса». На фоне недостаточного развития уголовно-процессуального законодательства — это одна из «болевых точек» ближайшего будущего [16].

Таким образом, можно признать, что благодаря развитию института частной собственности значение имущественной составляющей при применении мер процессуального принуждения возрастает. Это связано не только с возможностью непосредственного имущественного воздействия на личность, но и с рядом последствий, вызванных спецификой отдельных мер принуждения. На этом фоне необходимость защиты имущественных интересов подозреваемого, обвиняемого

достаточно высока. Данное направление развития уголовно-процессуального законодательства вызвано необходимостью приведения его в соответствие с конституционными нормами о защите частной собственности и фактически сложившимися экономическими отношениями. С учетом усиливающегося значения рассматриваемых вопросов возникает необходимость оценки данного правового явления с точки зрения принципов уголовного процесса.

Вопросы защиты ИМУЩЕСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ ПОДОЗРЕВАЕМОГО, ОБВИНЯЕМОГО В СИСТЕМЕ ПРИНЦИПОВ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Анализ содержания главы II УПК РФ говорит о том, что вопросы, касающиеся защиты имущественных интересов подозреваемого, обвиняемого, на принципиальном уровне представлены достаточно скромно. Полагаем, что это связано с двумя факторами. Во-первых, регулирование имущественных отношений является прерогативой разных отраслей права. Преимущественно оно разрабатывается в рамках гражданского законодательства. Достаточно часто применение отдельных положений УПК РФ, предусматривающих имущественные отношения, невозможно без учета требований других законодательных актов.

²⁵ См., напр.: *По делу* о проверке конституционности положений частей первой, третьей и девятой статьи 115, пункта 2 части первой статьи 208 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и абзаца девятого пункта 1 статьи 126 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами ЗАО «Недвижимость-М», ООО «Соломатинское хлебоприемное предприятие» и гражданки Л. И. Костаревой : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 31 янв. 2011 г. № 1-П // Рос. газ. 2011. 11 февр. ; *По делу* о проверке конституционности положений статей 106, 110 и 389² Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С. А. Филиппова : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 17 июня 2021 г. № 29-П // Рос. газ. 2021. 2 июля ; *О применении* судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина : постановление Пленума Верхов. Суда Рос. Федерации от 26 янв. 2010 г. № 1 // Рос. газ. 2010. 5 февр. ; *О практике* применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста, залога и запрета определенных действий : постановление Пленума Верхов. Суда Рос. Федерации от 19 дек. 2013 г. № 41 (ред. от 11 июня 2020 г.) // Рос. газ. 2013. 27 дек. ; *О практике* рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : постановление Пленума Верхов. Суда Рос. Федерации от 10 февр. 2009 г. № 1 (ред. от 29 нояб. 2016 г.) // Рос. газ. 2009. 18 февр. ; и др.

Во-вторых, на момент разработки и вступления в законную силу УПК РФ регулирование имущественных отношений находилось на этапе активного формирования, вызванного недавней сменой политического режима в стране. В этих условиях объективно отсутствовала возможность учета многих явлений, связанных с оборотом имущества, которые существуют в настоящее время. При этом нельзя отрицать, что учет имущественных отношений в сфере уголовного судопроизводства имеет тенденцию к расширению. В рамках действующих форм принудительного воздействия на личность (залог, наложение ареста на имущество, заключение под стражу и др.) возникают новые аспекты, связанные с защитой имущественных интересов подозреваемого, обвиняемого.

Отчасти принципиальность положений, регламентирующих вопросы, связанные с защитой имущественных интересов граждан, подтверждена содержанием ч. 3² ст. 6¹ УПК РФ. Однако законодатель ограничился лишь вопросами, связанными с исчислением сроков наложения ареста на имущество лиц, не являющихся подозреваемыми, обвиняемыми или лицами, несущими по закону материальную ответственность за их действия. В контексте защиты имущественных интересов подозреваемого, обвиняемого есть основания полагать, что исчисление сроков ареста имущества должно осуществляться с учетом общих подходов, вытекающих из содержания ст. 6¹ УПК РФ.

Анализируя правовую позицию Конституционного Суда РФ по этому вопросу²⁶, важно признать, что подозреваемые, обвиняемые не в меньшей степени нуждаются в защите имущественных инте-

ресов, обусловленных особенностями исчисления сроков расследования. Например, в качестве одного из оснований приостановления производства по уголовному делу выступает отсутствие реальной возможности участия подозреваемого или обвиняемого в предварительном расследовании или в суде (п. 3 ч. 1 ст. 208 УПК РФ). Этому могут способствовать разные причины (нахождение в длительной зарубежной командировке, плавании и др.). Сходные проблемы могут возникать при аресте имущества по уголовному делу в условиях временного тяжелого заболевания подозреваемого, обвиняемого (п. 4 ч. 1 ст. 208 УПК РФ). Сохраняющиеся неопределенные по времени ограничения способны существенным образом подорвать имущественное положение указанных участников уголовного процесса при аресте имущества. Тем самым они фактически могут быть лишены возможности воспользоваться соответствующими ресурсами, в том числе и для восстановления своего здоровья. При этом защита здоровья человека также относится к его конституционным правам (ст.ст. 7, 41, 42, 55 Конституции РФ).

Используемое в ст. 6¹ УПК РФ понятие «разумный срок» имеет оценочный характер и в значительной мере определяется с учетом усмотрения должностных лиц. При этом законодатель применительно к аресту имущества установил общие критерии определения разумности срока применения указанной меры процессуального принуждения (чч. 3, 3² ст. 6¹ УПК РФ). Но, следуя за «рекомендациями» Конституционного Суда РФ, законодатель, несмотря на всю принципиальность соответствующей статьи, все же предусмотрел в ней частный случай защиты

²⁶ По делу о проверке конституционности положений частей первой, третьей и девятой статьи 115, пункта 2 части первой статьи 208 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и абзаца девятого пункта 1 статьи 126 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами ЗАО «Недвижимость-М», ООО «Соломатинское хлебоприемное предприятие» и гражданки Л. И. Костаревой : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 31 янв. 2011 г. № 1-П ...

имущественных интересов. Общий подход в ней не сформулирован. С учетом универсальности норм, предусмотренных в ст. 6¹ УПК РФ, идея разумного срока должна охватывать и вопросы применения к подозреваемому, обвиняемому мер процессуального принуждения, связанных с ограничением их имущественных интересов.

Развитие соответствующих охранительных мер в основном касается ареста имущества подозреваемого, обвиняемого (ст.ст. 115, 116 УПК РФ). Другие случаи, связанные с защитой указанной сферы, не предусматривают принудительного изъятия материальных ценностей из гражданского оборота. Так, залог предполагает добровольную передачу перечисленных в законе активов (денег, ценностей, недвижимого имущества и др.) в целях, предусмотренных ч. 1 ст. 106 УПК РФ. Сама по себе добровольность предполагает готовность подозреваемого, обвиняемого претерпевать определенные ограничения весь период расследования и судебного разбирательства уголовного дела. В таком случае разумность срока данного имущественного ограничения ориентирована на общие требования, предусмотренные чч. 1, 2 ст. 6¹ УПК РФ, связанные со сроками уголовного судопроизводства.

В другом случае, если речь идет о задержании подозреваемого (ст.ст. 91, 92 УПК РФ) или заключении под стражу обвиняемого (ст.ст. 108, 109 УПК РФ), защита имущественных интересов указанных лиц связана с другими обстоятельствами. Их имущество может остаться без присмотра. Возникают риски его утраты. Такого рода ограничения имеют опосредованный характер. Находясь под стражей, лицо, как правило, лишено возможности не только пользоваться и распоряжаться своим имуществом, но и обеспечивать его сохранность. Учитывая названные обстоятельства, государство данную обязанность принимает на себя (ч. 2 ст. 160

УПК РФ). Разумность сроков такого рода имущественных ограничений достаточно определенно увязывается со сроками применения данной меры пресечения (ст. 109 УПК РФ).

В условиях ареста имущества подозреваемого, обвиняемого, реализация их имущественных интересов, с точки зрения разумности сроков применения соответствующей меры принуждения, остается наиболее уязвимой. Необходимые гарантии защиты их интересов должны быть предусмотрены в ст. 6¹ УПК РФ и найти свое развитие в ст. ст. 115, 115¹ УПК РФ.

Таким образом, положение, предусмотренное в ч. 3² ст. 6¹ УПК РФ, не должно исключать подозреваемого и обвиняемого. С учетом общего конституционного подхода о защите частной собственности граждан нормы, предусматривающие разумный срок ареста на имущество необходимо распространить и на лиц, в отношении которых осуществляется уголовное преследование. Реализация этой идеи предполагает внесение изменений в содержание ч. 3² ст. 6¹, а также ст.ст. 115, 115¹, 208 УПК РФ.

С учетом сказанного полагаем, что при совершенствовании законодательства ч. 3.2 ст. 6¹ УПК РФ целесообразно изложить в следующей редакции: *«При определении разумного срока применения меры процессуального принуждения в виде наложения ареста на имущество в ходе уголовного судопроизводства учитываются обстоятельства, указанные в части третьей настоящей статьи, а также общая продолжительность применения меры процессуального принуждения в виде наложения ареста на имущество в ходе уголовного судопроизводства».*

Формируя теоретические и правовые основы системы и содержания принципов уголовного процесса, С. С. Безруков выделяет присущие им признаки [17, с. 242–243]. Оценивая их в совокупности в контексте принципиальности защиты

имущественных интересов подозреваемого, обвиняемого при производстве по уголовным делам, мы не находим оснований для самостоятельного выделения принципа уголовного судопроизводства, направленного исключительно на защиту имущественных интересов данных участников уголовного процесса. Полагаем, что эти вопросы, с учетом их конституционного смысла, должны стать частью содержания выделяемого указанным автором принципа обеспечения конституционных прав и свобод участников уголовного судопроизводства [17, с. 344, 402].

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Изложенное позволяет сделать вывод, что вопросы, связанные с защитой имущественных интересов подозреваемого, обвиняемого при применении мер принуждения, имеют большое социальное

значение. Развитие института частной собственности осуществляется достаточно активно. Тем не менее нормы уголовно-процессуального законодательства не всегда учитывают последние изменения, касающиеся оборота имущества, возникновением новых его форм и др. Очевидна необходимость адаптации уголовно-процессуального законодательства к фактически сложившимся в данной области отношениям. Видна устойчивая связь уголовно-процессуального и гражданского права в этой сфере. Отсутствие комплексного подхода к ее регулированию приводит к противоречиям не только на уровне межотраслевого регулирования, но и в содержании УПК РФ. Видна насущная потребность в комплексном учете рассматриваемых отношений при применении к подозреваемому, обвиняемому мер процессуального принуждения.

Список литературы

1. Небратенко О. О. Ограничение права собственности в интерпретации Конституционного Суда Российской Федерации // Российский судья. 2021. № 12. С. 51–55. DOI: <https://doi.org/10.18572/1812-3791-2021-12-51-55>
2. Кудин Ф. М. Принуждение в уголовном судопроизводстве. Красноярск : Красноярск. гос. ун-т, 1985. 135 с.
3. Булатов Б. Б. Государственное принуждение в уголовном судопроизводстве : моногр. Омск : Омск. акад. МВД России, 2003. 320 с.
4. Тутынин И. Б. Теоретические основы уголовно-процессуального принуждения имущественного характера. М. : Юрлитинформ, 2017. 359 с.
5. Андроник Н. А. К вопросу об эффективности меры пресечения в виде залога // Адвокат. 2015. № 3. С. 37–43.
6. Азаренок Н. В., Камышин В. А. Об эффективности изменений норм УПК РФ о залоге // Уголовное право. 2010. № 4. С. 84–89.
7. Гуткин И. М. Меры пресечения в советском уголовном процессе. М. : [б. и.], 1969. 42 с.
8. Корнуков В. М. Меры процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве. Саратов : Саратов. гос. ун-т, 1978. 137 с.
9. Карев Д. С. Вопросы уголовного процесса в связи с проектом УПК СССР // Социалистическая законность. 1954. № 2. С. 26–38.
10. Шишов А. В. Проблемы применения залога в качестве меры пресечения // Законность. 2020. № 8. С. 56–58.
11. Цоколова О. И. Меры пресечения: проблемы и тенденции (2019–2022 годы) // Российский следователь. 2020. № 6. С. 26–31. DOI: <https://doi.org/10.18572/1812-3783-2020-6-26-31>
12. Зяблина М. В. К вопросу об обеспечительных возможностях залога в уголовном процессе // Судья. 2017. № 4 (36). С. 39–41.
13. Царева Ю. В. Залог в системе мер уголовно-процессуального пресечения // Труды Академии управления МВД России. 2018. № 1 (45). С. 162–168.
14. Булатов Б. Б., Ершов О. Г. О правовом регулировании и применении залога в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2012. № 7. С. 36–40.
15. Дежнев А. С. Особенности реализации требований ст. 160 УПК РФ при задержании или заключении обвиняемого (подозреваемого) под стражу // Законодательство и практика. 2010. № 1 (24). С. 23–28.
16. Зорькин В. Д. Конституция живет в законах. Резервы повышения качества российского законодательства // Журнал конституционного правосудия. 2015. № 3. С. 1–5.
17. Безруков С. С. Теоретико-правовые проблемы системы и содержания принципов уголовного процесса. М. : Юрлитинформ, 2016. 560 с.

References

1. Nebratenko O. O. Restriction of the Property Right in the Interpretation of the Constitutional Court of the Russian Federation. *Russian Judge*. 2021;12:51-55. DOI: <https://doi.org/10.18572/1812-3791-2021-12-51-55> (In Russ.).
2. Kudin F. M. *Coercion in Criminal Proceedings*. Krasnoyarsk: Krasnoyarsk State University Publ.; 1985. 135 p. (In Russ.).
3. Bulatov B. B. *State Coercion in Criminal Proceedings*. Omsk: Omsk Academy of the Ministry of the Interior of Russia Publ.; 2003. 320 p. (In Russ.).
4. Tutynin I. B. *Theoretical Foundations of Criminal Procedural Coercion of a Property Nature*. Moscow: Yurlitinform Publ.; 2017. 359 p. (In Russ.).
5. Andronik N. A. To the Question of the Efficiency of a Measure of Restriction in the Form of a Bail. *Advocate*. 2015;3:37-43. (In Russ.).
6. Azarjonok N. V., Kamishin V. A. How Much Are Effective the Code Changes, Concerning Pledge? *Criminal Law*. 2010;4:84-89. (In Russ.).
7. Gutkin I. M. *Measures of Restraint in the Soviet Criminal Process*. Moscow, 1969. 42 p. (In Russ.).
8. Kornukov V. M. *Measures of Procedural Coercion in Criminal Proceedings*. Saratov: Saratov State University Publ.; 1978. 137 p. (In Russ.).
9. Karev D. S. Questions of the Criminal Process in Connection with the Draft Code of Criminal Procedure of the USSR. *Socialist Legality*. 1954;2:26-38. (In Russ.).
10. Shishov A. V. The Problems of Application of a Bail as a Measure of Restraint. *Zakonnost Journal*. 2020;8:56-58. (In Russ.).
11. Tsokolova O. I. Preventive Measures: Issues and Tendencies (2019 to 2022). *Russian Investigator*. 2020;6:26-31. DOI: <https://doi.org/10.18572/1812-3783-2020-6-26-31> (In Russ.).
12. Zyablina M. V. On the Issue of Security Features of Bail in Criminal Proceedings. *Judge*. 2017;4:39-41. (In Russ.).
13. Tsareva Yu. V. A Bail in a System of Measures of the Criminal Procedural Restraint. *Proceedings of the Management Academy of the Ministry of Interior of Russia*. 2018;1:162-168. (In Russ.).
14. Bulatov B. B., Ershov O. G. On Legal Regulation and Application of Bail in Criminal Proceedings. *Russian Justice*. 2012;7:36-40. (In Russ.).
15. Dezhnev A. S. Features of the Implementation of the Requirements of Art. 160 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation During the Arrest or Detention of the Accused (Suspect). *Legislation and Practice*. 2010;1:23-28. (In Russ.).
16. Zorkin V. D. Constitution Lives in Laws. Reserves of Improving the Quality of Russian Legislation. *Journal of Constitutional Justice*. 2015;3:1-5. (In Russ.).
17. Bezrukov S. S. *Theoretical and Legal Problems of the System and Content of the Principles of Criminal Procedure*. Moscow: Yurlitinform Publ.; 2016. 560 p. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Тимур Талгатович Баязитов, аспирант кафедры уголовного права и процесса Сибирского юридического университета (Омск, Российская Федерация); заместитель председателя коллегии адвокатов города Москвы «Корчаго и партнеры», адвокат Адвокатской палаты г. Москвы (Скатертный переулок, 15, стр. 1, Москва, 121069, Российская Федерация); ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3412-7129>; e-mail: tim_ka_256@mail.ru

ABOUT THE AUTHOR

Timur T. Bayazitov, Postgraduate Student at the Department of Criminal Law and Procedure of the Siberian Law University (Omsk, Russian Federation); Deputy Chairman of the Moscow City Bar Association “Korchago and Partners”, Lawyer of the Moscow Chamber of Advocates (15, bldg. 1 Skatertny lane, Moscow, 121069, Russian Federation); ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3412-7129>; e-mail: tim_ka_256@mail.ru

Поступила | Received
11.04.2023

Поступила после рецензирования
и доработки | Revised
17.04.2023

Принята к публикации | Accepted
05.06.2023

УДК 343.985

DOI: 10.19073/2658-7602-2023-20-2-203-213

EDN: WATEWN

*Оригинальная научная статья*

Особенности тактики допроса малолетних свидетелей и потерпевших

Е. Ю. Родина *Санкт-Петербургский университет МВД России, Санкт-Петербург, Российская Федерация*✉ elena_rodina1981@mail.ru

Аннотация. В статье автор анализирует организационно-правовые и тактические особенности производства допроса малолетних потерпевших и свидетелей. В настоящее время остаются проблемы соблюдения прав малолетних участников уголовного судопроизводства, включенных в механизм преступления, а специфика их личностных и психофизиологических особенностей делает данное следственное действие особо сложным и трудоемким. Целью статьи является исследование организационно-правовых возможностей допроса малолетних потерпевших и свидетелей. В ходе изучения правоприменительной практики и наиболее часто допускаемых ошибок при проведении допросов малолетних выделены основные этапы данного следственного действия и предложены наиболее эффективные рекомендации по их проведению с учетом психофизиологических особенностей малолетних. Методологию настоящего исследования составили: диалектический, аналитический, сравнительно-правовой, эмпирический методы познания, сравнительный и логико-структурный анализы, системный подход и метод анализа и обобщения практики. Проведенное исследование и практический опыт автора позволил сделать выводы о несовершенстве правоприменительной практики и правового регулирования допроса малолетнего. По мнению автора, внесение изменений в действующее законодательство позволит полноценно использовать все возможные тактические приемы допроса малолетних, что повысит эффективность допроса и минимизирует возможность повторной психотравматизации малолетних. Выводы исследования могут быть использованы практическими работниками при проведении следственных действий с участием малолетних потерпевших и свидетелей в ходе расследования и раскрытия преступлений разных видов. Теоретические выводы, сделанные в ходе исследования, помогут при изучении тактики производства допроса по дисциплине «Криминалистика».

Ключевые слова: малолетние, потерпевшие, допрос, тактические приемы, следственные действия, психофизиологические особенности, личность

Для цитирования: Родина Е. Ю. Особенности тактики допроса малолетних свидетелей и потерпевших // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 2. С. 203–213. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-203-213>. EDN: <https://elibrary.ru/watewn>

Original scientific article

Features of Tactics of Interrogation of Juvenile Witnesses and Victims

E. Yu. Rodina 

Saint Petersburg University of the Ministry of the Interior of Russia, Saint Petersburg, Russian Federation

✉ elena_rodina1981@mail.ru

Abstract. In the article, the Author analyzes the organizational, legal and tactical features of the interrogation of juvenile victims and witnesses. Currently, there are problems of observing the rights of juvenile participants in criminal proceedings included in the mechanism of the crime, and the specifics of their personal and psychophysiological characteristics make this investigative action particularly difficult and time-consuming. In this connection, the Author has set the purpose of this article to study the organizational and legal possibilities of questioning juvenile victims and witnesses. In the course of studying law enforcement practice and the most common mistakes made during interrogations of minors, the main stages of this investigative action are highlighted and the most effective recommendations for their conduct are proposed, taking into account the psychophysiological characteristics of minors. The methodology of this research consists of: dialectical, analytical, comparative legal, empirical methods of cognition, comparative and logical-structural analyses, a systematic approach and a method of analysis and generalization of practice. The conducted research and the practical experience of the Author allowed us to draw conclusions about the imperfection of law enforcement practice and legal regulation of the interrogation of a minor. According to the Author, amendments to the current legislation will make it possible to fully use all possible tactics of interrogation of minors, which will increase the effectiveness of interrogation and minimize the possibility of repeated psychotraumatization of minors. The findings of the study can be used by practitioners when conducting investigative actions with the participation of minor victims and witnesses during the investigation and disclosure of crimes of various types. The theoretical conclusions made in the course of the study will help in studying the tactics of interrogation in the discipline “Criminalistics”.

Keywords: minors, victims, interrogation, tactical techniques, investigative actions, psychophysiological features, personality

For citation: Rodina E. Yu. Features of Tactics of Interrogation of Juvenile Witnesses and Victims. *Siberian Law Review*. 2023;20(2):203-213. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-203-213>. EDN: <https://elibrary.ru/watewn> (In Russ.).

ВВЕДЕНИЕ

Участие малолетних потерпевших или свидетелей в уголовном судопроизводстве – весьма исключительное и специфическое явление, требующее соблюдения специальных приемов и методов, согласующихся с возрастными особенностями, личностными и психологическими характеристиками ребенка. Процесс доказывания в ходе расследования и обеспечение духовного здоровья малолетних детей есть взаимосвязанный процесс, который

требует специального подхода, конфиденциальности, особых правил проведения процессуальных действий.

По мнению психиатров, занимающихся реадaptацией потерпевших от различных видов насилия «помимо психологической травмы, полученной непосредственно от совершенного преступления они подвергаются дополнительному негативному воздействию в результате участия в судебно-следственных мероприятиях, проводимых, как правило,

без учета психического состояния, возрастных и личностных особенностей малолетних», что способствует усугублению психического состояния допрашиваемых лиц [1, с. 32–38].

ПОДГОТОВИТЕЛЬНЫЙ ЭТАП

В ходе проведенного нами исследования установлено, что из всех следственных действий, в которых принимали участие малолетние лица, допрос является самым распространенным и составляет 66,3 % от общего количества таких следственных действий.

«Допрос – это самостоятельное следственное действие, которое заключается в получении показаний от лица, обладающего сведениями, имеющими значение для уголовного дела. Вместе с тем оно предоставляет предпосылки для проведения последующих следственных действий: очных ставок, предъявлений для опознания, проверок показаний на месте» [2, с. 224–225].

По определению Н. И. Порубова, тактика допроса – это совокупность наиболее рациональных приемов, определяющих линию поведения следователя, сообразуемых с обстоятельствами расследования конкретного уголовного дела, личностью допрашиваемого лица и условиями, в которых проводится допрос [3, с. 19]. Полностью соглашаясь с таким подходом, обратим особое внимание на то, что личность допрашиваемого является важнейшим фактором, определяющим выбор тактики допроса. Особенности личности малолетних свидетелей и потерпевших не оставляют сомнений в том, что тактика их допроса имеет существенную специфику.

Сотрудники межрегиональной общественной организации поддержки семьи, материнства и детства «Врачи детям», реализуя грант Президента Российской Федерации на развитие гражданского

общества, предоставленный Фондом президентских грантов 2019 г., разработали методические рекомендации по проведению допроса, в которых особое внимание уделяется необходимости применения видеозаписи в процессе этого следственного действия, что во многом повысит его эффективность¹.

Учитывая, что допрос, как и другие следственные действия, включает подготовительный, рабочий и заключительный этапы, рекомендации по его производству касаются деятельности следователя на всех указанных этапах.

Подготовительный этап требует от следователя существенных усилий. Традиционно подготовительный этап допроса направлен на решение следующих задач: определение предмета допроса, изучение личности допрашиваемого, установление круга участников, места и времени допроса, подготовка необходимых материалов и вещественных доказательств, предъявляемых в ходе допроса, определение необходимости использования звуко- или видеозаписывающей техники для фиксации хода допроса, составление письменного плана следственного действия.

На наш взгляд, больше всего особенностей при подготовке к допросу малолетнего свидетеля или потерпевшего проявляется при изучении личности допрашиваемого и определении круга участвующих лиц. Поскольку указанные подготовительные мероприятия касаются не только допроса, но и производства всех следственных и иных процессуальных действий, проводимых с участием малолетних, а также в связи с тем, что объем данной работы не позволяет осветить все аспекты, то в настоящей статье мы остановимся на возможностях использования результатов рассматриваемых подготовительных мероприятий именно при допросе малолетних свидетелей и потерпевших.

¹ Распоряжение Правительства Рос. Федерации от 7 дек. 2019 г. № 2943-р. Доступ из СПС «Гарант».

На основе изучения и обобщения сведений, характеризующих личность малолетнего, степень его умственного развития, особенности психической структуры (наблюдательность, память, впечатлительность, а также подверженность внушению), следователь строит линию проведения допроса и определяет примерный перечень, последовательность и характер задаваемых малолетнему лицу вопросов. В ходе изучения должен быть решен вопрос о принципиальной возможности допроса малолетнего, а также его участия в других следственных действиях.

Как верно отмечает О. Х. Галимов, определяющим моментом для участия малолетнего в уголовном судопроизводстве в качестве свидетеля является его способность правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для дела, и давать о них правдивые показания [4, с. 103].

Поэтому важно, чтобы свидетельские показания исходили от первого лица, желательно дословно и с использованием тех выражений, что использует в своей речи малолетний.

Чаще всего люди, передавая информацию, преобразуют ее посредством языка, который исполняет роль кода, в связи с чем информация, заложенная в показаниях, принимает форму устной или письменной речи. Вместе с тем информация, которая содержится в памяти, может быть передана и посредством других кодов, например, при помощи знаков глухонемого, определенных жестов, чертежей, рисунков, схем. В. Д. Арсеньев и И. Кертэс в своих работах признают информационную природу средств доказывания, но вместе с тем, на наш взгляд, сильно ограничивают способы передачи информации, утверждая, что она осуществляется только путем устной или письменной речи, тогда как данных способов гораздо больше. В своих трудах Р. С. Белкин справедливо отмечает, что информация от источника к следовате-

лю может передаваться в форме речевого (устного) и графического (письменного) выражения. Помимо этого, возможна форма узнавания запечатленного ранее факта, указания на аналогичный объект и т. д. [5, с. 168].

Информация, воспринятая следователем, не всегда соответствует той, что воспринимал допрашиваемый в момент события преступления. Это может быть в результате различных причин, как объективных, которые не зависят от допрашиваемого лица, так и субъективных, т. е. зависящих от органов чувств человека, которые выполняют роль анализаторов, каналов связи.

В этом, на наш взгляд, и заключается основная проблема при допросе малолетних потерпевших и свидетелей, так как передача информации в ходе допроса должна иметь обратную связь, которая позволит следить за процессом восприятия информации допрашиваемым лицом и понимать, как она воздействует на него. Учитывая специфику допроса малолетних, данный процесс невозможен без участия специалистов и без должной квалификации самого следователя, потому что, передавая информацию допрашиваемому, следователь, безусловно, воздействует на волевые решения последнего, ставит перед ним мыслительные задачи, контролирует его мыслительную деятельность в целом.

Большое значение имеют особенности сложившейся у малолетнего системы хранения, восприятия и передачи информации, так называемой репрезентационной системы. Она является главным каналом восприятия и хранения поступающей в мозг информации, определяет жизненный опыт и способность к описанию окружающего. Каналы восприятия подразделяются на визуальный, аудиальный и кинестетический.

Малолетних, для которых характерно обращение к определенному каналу,

можно объединить в группы, или психотипы. Лица с преобладанием зрительного канала восприятия являются визуалами, слухового – аудиалами, чувствительного – кинестетиком. Например, визуал сохраняет информацию в образах, аудиал лучше сохраняет звуки, а кинестетик более ориентирован на ощущения. Интеллектуальное получение информации в психологии представляет рациональную систему. Данный канал обращен к логике и мышлению. Некоторые авторы отмечают нейролингвистическое программирование как комплекс психотехник, которые позволяют в широком диапазоне корректировать состояние человека, его поведенческие установки и психические реакции². Использование в следственных действиях данной методики сделает взаимодействие следователя с малолетними более эффективным и будет способствовать реализации тактических приемов.

В ходе подготовки к допросу в процессе изучения личности самостоятельно либо при помощи психолога следователю необходимо получить информацию о репрезентационной системе малолетнего. Одним из способов установления психотипа является анализ той лексики, которую употребляет в своей речи малолетний. Необходимо учитывать, что визуал в своей речи часто использует слова: рассматриваю, вижу, наблюдаю, глажу, вспыхивать, казаться, глаз, блестящий и т. д. В речи аудиалов преобладают: говорить, молчать, бормотать, разговор, звук, слушать, тихий, тишина, шумный и т. д. Полагающиеся на ощущения кинестетики любят использовать в речи такие слова, как: чувствовать, ощущать, ударять, боль, вздохнуть, вкус, сила, давить, вес, гладить и т. д. Самыми сложными во взаимодействии являются малолетние, принадлежащие к типу кинестетиков, так как они

наиболее подвижны, непоседливы, любят активные игры, скорость и ритм, потому что именно посредством движения они получают новые ощущения.

Такую информацию можно получить при изучении документов, протоколов следственных действий, объяснений, писем, дневников, видеозаписей, телефонных переговоров и т. д. Знание типа восприятия малолетнего будет способствовать установлению психологического контакта между следователем и допрашиваемым лицом, т. е. поможет создать благоприятную к обмену информацией атмосферу.

Реализовать психотип малолетнего в ходе допроса можно посредством выбора тактического приема. При предъявлении вещественных доказательств в ходе допроса визуалу рекомендуется предъявлять их вживую, чтобы малолетний смог их рассмотреть, обозреть. При этом выбор места допроса также имеет для него значение. Эффект внезапности и допроса не в кабинете следователя, а, например, на месте, где было совершено преступление, поможет восстановить в памяти его события. Аудиалам, напротив, необходимо оглашать доказательства (например, заключение эксперта), дать прослушать фрагмент записи телефонных переговоров и т. д. При этом важно уделить внимание содержанию записи, выбору определенного тембра, силы голоса, интонации и др. Для кинестетиков важно усилить ощущения – например, эффект внезапности может создать определенные условия восприятия произошедшего, восприятие запаха, проигрывание определенной мелодии и т. д.

Эффективность данных методик не вызывает сомнений, так как очевидно, что они способствуют исключению многих негативных моментов общения

² Прикладная психология в расследовании преступлений и производстве следственных действий : метод. пособие / П. В. Акентьев, А. И. Скрыпников, И. С. Зубрилова, Л. С. Корнева. М. : Изд-во ВНИИ МВД России, 2002. С. 17.

с малолетними. Сложность заключается в обучении следователей их применению.

Очевидно, что следственные действия на этапе предварительного следствия в процессе расследования преступления требуют высокого уровня квалификации производящих его лиц. Е. И. Васькэ пишет: «Участие психолога в следственном мероприятии не отменяет необходимости наличия у следователя специальных познаний в области общей и юридической психологии, таких как знание возрастных особенностей детей, различия их реагирования на те или иные ситуации в зависимости от типа личности, психологии проведения допроса, психологии виктимного и псевдовиктимного поведения...»³. «Следователь изначально наделен функцией управления общением, в соответствии с нормами уголовно-процессуального законодательства (ст.ст. 173, 174, 187–191 УПК РФ), предписывающими процессуальный порядок речевого взаимодействия сторон. В связи с этим на него ложится основная задача по взаимодействию с малолетним потерпевшим, главной целью которого является получение наиболее полной и максимально объективной информации о значимых для уголовного дела событиях. Именно поэтому ошибки, допускаемые следователями во время работы с малолетним, могут иметь решающее значение и обязательно должны быть предотвращены» [6, с. 94–97].

Анализ правоприменительной практики и результаты анкетирования позволили сделать нам вывод о необходимости углубленной подготовки следователей, работающих с малолетними, посредством

обучения в образовательных организациях и внедрения регулярного повышения квалификации в области возрастной психологии и психологии общения.

Рабочий этап допроса целиком посвящен получению сведений от допрашиваемого лица. Криминалистической тактикой для данного этапа разработаны весьма эффективные и многочисленные рекомендации. Однако нам удалось выявить ряд существенных особенностей, учет которых позволит оптимизировать допрос именно малолетнего свидетеля, или потерпевшего.

УСТАНОВЛЕНИЕ ПСИХОЛОГИЧЕСКОГО КОНТАКТА С МАЛОЛЕТНИМ

Вопросы установления первоначального психологического контакта с ребенком играют очень важную роль. В частности, Л. А. Дмитриева обращает особое внимание на необходимость учитывать особенности познавательной сферы ребенка. Так, в начале беседы следователю нужно стараться удерживать средний или близкий к замедленному темп речи. Необходимо также принимать во внимание, что продолжительность качественной концентрации внимания школьников в среднем составляет 30–45 минут, а дошкольников – не более 20 минут⁴.

Ребенку, перенесшему тяжелую психоэмоциональную травму, крайне необходимо чувствовать себя защищенным. Данное чувство можно создать с помощью монолога, специально адаптируя его к возрасту допрашиваемого⁵. Например: «Я знаю, что тебе очень трудно и страшно. Я могу

³ Васькэ Е. В. Психология взаимодействия работников следственных органов с несовершеннолетними (правонарушителями и потерпевшими по половым преступлениям) при допросе : дис. ... д-ра психол. наук. М., 2012. С. 129.

⁴ Дмитриева Л. Д. Психология профессионального общения в следственной деятельности : учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юридическая психология». М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2015. С. 108.

⁵ Подробнее см.: Родина Е. Ю. Психолого-криминалистические аспекты предупреждения преступлений в отношении малолетних // Вестник Сибирского юридического института МВД России. 2022. № 2 (47). С. 126–131.

защитить тебя, наказав твоего обидчика. Поверь, это в моих силах. И это действительно важно для всех, кто любит тебя». С помощью правильно подобранных слов формируется единство потерпевшего и следователя: «Вместе мы сможем справиться. С твоей помощью у меня обязательно получится тебя защитить».

СОЗДАНИЕ КОМФОРТНОЙ ИГРОВОЙ АТМОСФЕРЫ

Вопросы, задаваемые во время допроса малолетнему ребенку, не должны стимулировать появление у него неприятных ощущений, вызванных совершенным преступлением. Как показывают исследования, уместен вариант проведения допроса в форме игры. Для создания у допрашиваемого чувства комфорта следователь может заранее позаботиться о наличии при проведении следственного действия игрушек, в которые любит играть ребенок. Можно также выяснить у родителей, в какие игры предпочитает играть их ребенок. С точки зрения тактики, можно применить игры и игрушки для постановки сюжета, который вспоминает ребенок. Используя лист со схематическим изображением тела человека, можно попросить ребенка заштриховать обсуждаемый участок цветным карандашом.

Как отмечает Е. Г. Быкова, игрушки можно предоставить малолетнему допрашиваемому только после разъяснения ему и присутствующим сущности и порядка проводимого следственного действия. С самого начала внимание ребенка должно быть сконцентрировано на общении со следователем. Нельзя допускать, чтоб сознание ребенка было полностью поглощено игрой, так как допрашиваемый должен осознавать, что он является участником следственного действия, производимого по определенным правилам⁶.

Определение способности ориентироваться во времени. Считается, что у детей младших возрастных групп отсутствует восприятие времени и, как следствие, потерпевший или свидетель дошкольного (а иногда и младшего школьного возраста) не способен определить время события или оценить временной промежуток, в течение которого протекало событие. Поэтому при работе с потерпевшими и свидетелями младших возрастных групп следует определить их способность ориентироваться во времени. В этих целях в процессе допроса следует обозначить следующие вопросы:

1. Ты знаешь названия дней недели? Какой сегодня день? А какой это по счету день месяца? Если следователь поймет, что ребенок не разбирается в днях недели и месяца, то целесообразно будет сделать привязку к обычному для ребенка режиму дня. Например: *когда это случилось, ты ходил в тот день в детский сад или был весь день дома с мамой и папой?*

2. Посмотри на часы, сколько сейчас времени? Данный вопрос позволит установить, ориентируется ли ребенок во времени. Если нет, то необходимо опять осуществить привязку к привычному для ребенка режиму: *Это произошло, когда ты шел в детский садик или когда ты шел домой? Мама и папа были на работе или дома?*

Особенности формулировки вопросов. Как уже отмечалось ранее, к подготовке вопросов следует относиться с должной степенью внимания, поскольку так называемый «жесткий» вопрос может ввести допрашиваемого ребенка в ступор или же вызвать желание замкнуться в себе. Поэтому грамотно с тактической точки зрения было бы предоставить ребенку возможность свободно изложить свои мысли, задав ему обобщающий

⁶ Расследование преступлений, связанных с причинением по неосторожности вреда жизни и здоровью несовершеннолетних : учеб. пособие / В. Н. Карагодин, Е. Г. Быкова, Н. Б. Вахмянина, С. А. Яшков ; под общ. ред. В. Н. Карагодина. М. : Проспект, 2020. С. 72.

вопрос. Например: «*Расскажи, как ты относишься к своей семье?*». Так следователь сможет аккуратно направлять допрос в сторону проверяемой гипотезы, а малолетний будет уверенно себя чувствовать, выражая свои мысли по заданной следователем теме. Обходя риск потерять психологический контакт с ребенком, можно не только добиться его вовлеченности в разговор, но и узнать потенциальные ответы на вопросы о взаимоотношениях в семье, его близких людях и т. д.

Психологи советуют избегать вопроса «*Почему?*». Ребенок будет воспринимать под данным вопросом скрытое обвинение и интерпретировать его против себя. Такие вопросы, как «*Этот человек причинил тебе боль? Использовал тебя?*» недопустимы, поскольку они не только негативно влияют на травмированное психоэмоциональное состояние ребенка, но и являются наводящими. Правильно будет спросить у малолетнего: «*Что делал этот человек?*».

Постановка наводящих вопросов особенно опасна, так как может значимо повлиять на память и мышление малолетнего, смешать истинные воспоминания с внушенной информацией, что затруднит и даже сделает невозможным проведение дальнейших следственных действий и, безусловно, отрицательно повлияет на ход расследования.

С нашей точки зрения, следование предлагаемым методическим рекомендациям позволит значительно упростить процесс получения необходимой следователю информации в течение беседы с ребенком:

- следователю необходимо строить свои предложения не более чем из 5 слов с учетом уровня интеллектуального развития ребенка;

- для упрощения процесса отождествления в сознании ребенка следует

как можно чаще использовать не местоимения, а имена;

- чтобы сфокусировать внимание ребенка на задаваемом вопросе и проверить его понимание, необходимо вместо фразы «Ты понял, о чем я тебя спрашиваю?», просить ребенка повторить заданный ему вопрос;

- не рекомендуется задавать несколько вопросов сразу;

- следует детализировать и разъяснять сложные для ребенка слова (как правило, такими являются «оскорбление», «изнасилование», «кража» и т. д.);

- строить предложения необходимо утвердительно, по возможности, избегать употребления отрицательной частицы «не», поскольку использование данной частицы игнорируется сознанием ребенка и имеет строго противоположный эффект. Так, вместо «*Не сочиняй и не угадывай*», нужно употребить фразу «*Сосредоточься и давай попробуем вместе восстановить реальные детали случившегося. Я помогу тебе*»⁷.

Предупреждение и выявление ложных показаний. Важнейшим элементом тактики допроса малолетних является выявление причин того, почему ребенок говорит неправду. Например, если малолетние потерпевший или свидетель оказались на месте происшествия вопреки запретам взрослых на посещение этой территории, у них может возникнуть чувство вины и страха наказания за свой проступок, вследствие чего они непроизвольно или преднамеренно будут давать необъективные показания. Более того, в их рассказе могут быть упущены детали о характере их поведения, которое, по их мнению, может быть оценено негативно следствием, присутствующими при допросе родителями и педагогами⁸.

Нельзя не учитывать и такой тип поведения детей, когда ребенок осознанно

⁷ Дмитриева Л. Д. Указ. соч. С. 115.

⁸ Расследование преступлений, связанных с причинением по неосторожности вреда жизни и здоровью несовершеннолетних ... С. 72.

нарушает установленные родителями запреты на посещение тех или иных мест, выполнение определенных действий. Скрывая факт нарушений, малолетние лица формируют умение убедительно отрицать совершенные проступки, а также избегать наказания. Планируя допрос, следователю необходимо прогнозировать подобные ситуации и заранее принять меры по их предотвращению, разъяснив малолетнему, что, несмотря на его не вполне благовидное поведение, наказание в данном случае ему не грозит, а своими правдивыми показаниями он сможет помочь восстановить справедливость. В данном случае должна также быть проведена соответствующая работа с законными представителями малолетнего свидетеля или потерпевшего. Большую помощь здесь может оказать квалифицированная работа педагога или психолога.

Интерпретация полученной информации. Особую сложность в работе с показаниями малолетнего лица представляет необходимость правильной трактовки полученной информации. В отличие от взрослых, малолетние часто допускают так называемые «смысловые ошибки», подразумевая совершенно другое значение у того или иного слова или термина. Как правило, задавая вопрос, следователю следует убедиться, что его суть понятна ребенку. В противном случае, необходимо сформулировать и изложить вопрос на «детском» языке.

Кроме того, следователь должен убедиться, что правильно понимает высказывания малолетнего допрашиваемого. Возвращаясь к исследованию И. А. Киряниной, приведем следующий пример: несовершеннолетний потерпевший указал, что один из нападавших на него «был рыжий», следователь зафиксировал эту фразу в протоколе и добавил свое разъяснение – «то есть у нападавшего были ры-

жие волосы». В ходе дальнейшего расследования было выяснено, что потерпевший вкладывал иной смысл в термин «рыжий», впоследствии после уточняющих вопросов следователя он уточнил, что нападавший был одет в майку с рисунком в виде рыжеволосого мальчика с надписью «Рыжий» [7, с. 135]. Как мы видим, следователем была допущена ошибка в толковании показаний ребенка, что повлекло значительное искажение смысла полученной информации.

Заключительный этап допроса традиционно связывают с фиксацией хода и результатов следственного действия. Основным средством фиксации результатов допроса является протоколирование. Кроме того, к протоколу могут прилагаться рисунки, чертежи, схемы, выполненные самим допрашиваемым. Как уже указывалось ранее, существенную помощь в фиксации результатов следственного действия может оказать педагог или психолог, который поможет не допустить искажения информации, полученной от ребенка. Представляется, что особенности фиксации показаний малолетнего должны заключаться в использовании дополнительных средств, так, в соответствии с ч. 5 ст. 191 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ) допрос фиксируется посредством видеосъемки⁹. Однако по желанию несовершеннолетнего или его законного представителя видеозапись может и не осуществляться. На наш взгляд, отказ от ведения видеозаписи допроса малолетних должен быть запрещен, поскольку данная видеозапись в дальнейшем может подлежать дополнительному анализу, а ее отсутствие не обеспечивает реализацию прав и свобод малолетнего в полном объеме.

Во избежание негативного восприятия процесса видеосъемки малолетним или его законным представителем видеосъемку следует устанавливать,

⁹ Подробнее см.: Родина Е. Ю. Некоторые тактические особенности проведения допроса малолетних потерпевших // Вестник МВД России. 2021. № 4. С. 187–196.

не акцентируя внимания на ее наличии в кабинете, при этом требование уведомления допрашиваемого о ведении видеозаписи должно быть четко соблюдено.

Временные границы допроса малолетнего свидетеля или потерпевшего, изложенные в ч. 1 ст. 191 УПК РФ, следует признать правильными, обеспечивающими сохранение физического и психического здоровья малолетнего. Однако данное обстоятельство приводит к нехватке времени, отведенного законодателем на производство допроса. Это обусловлено тем, что перед допросом многие следователи выделяют время для общения малолетнего с психологом в целях наилучшего установления контакта с ребенком. Кроме того, психофизиологические особенности детей разных возрастных групп требуют определенного подхода и различных приемов по активизации внимания. В связи с этим для наиболее эффективного проведения допроса следователи вынуждены допрашивать малолетних, как минимум, дважды. Первоначально, чтобы логически выстроить картину произошедшего события, особенно при длящихся или продолжаемых преступлениях, а затем повторно, чтобы уже более конкретно обсудить наиболее важные вопросы, записывая происходящее на видеокамеру.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

На основании вышеизложенного можно сделать следующие выводы:

Для наиболее эффективного производства и последующей оценки результатов

допроса малолетних потерпевших и свидетелей необходимо внести изменения и дополнения в уголовно-процессуальное законодательство. В частности, ч. 5 ст. 191 УПК РФ изложить в следующей редакции: *«Применение видеозаписи в отношении малолетнего потерпевшего или свидетеля обязательно в ходе следственных действий, предусмотренных настоящей главой, вне зависимости от согласия/несогласия малолетнего потерпевшего или свидетеля либо его законного представителя. Материалы видеозаписи хранятся при уголовном деле».*

До допроса малолетнего необходимо осуществлять его социально-психологическое обследование посредством диагностики с участием психолога. Результат такой диагностики может быть подкреплён допросом психолога о выявленных особенностях малолетнего. При этом данное обстоятельство не отменяет необходимости наличия у следователя специальных познаний в области общей и юридической психологии, так как современные разработки в области психологии и психиатрии могут существенно облегчить процесс взаимодействия с малолетним, минимизировать негативное воздействие на психику последнего.

Отказ от ведения видеозаписи допроса малолетних должен быть запрещен, поскольку данная видеозапись в дальнейшем может подлежать дополнительному анализу, а ее отсутствие не обеспечивает реализацию прав и свобод малолетнего в полном объеме.

Список литературы

1. Захарова Н. М., Милехина А. В. Основные принципы оказания медико-психологической помощи жертвам насилия // Российский психиатрический журнал. 2017. № 6. С. 32–39.
2. Россинский С. Б. Следственные действия : моногр. М. : Норма, 2018. 238 с.
3. Порубов Н. И. Допрос в советском уголовном процессе и криминалистике / под ред. А. Р. Рагинова. Минск : Вышэйш. школа, 1968. 274 с.
4. Галимов О. Х. Малолетние лица в уголовном судопроизводстве. СПб. : Питер, 2001. 223 с.
5. Белкин Р. С. Собрание, исследование и оценка доказательств. М. : Наука, 1966. 295 с.
6. Васькэ Е. В., Соболева К. Ю. Психологические аспекты подготовки будущих сотрудников следственных органов для работы с несовершеннолетними потерпевшими // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. 2017. № 4. С. 94–97.

7. Кирянина И. А., Мишенина А. А. Актуальные вопросы тактики допроса несовершеннолетних участников уголовного процесса // Правовое государство: теория и практика. 2014. № 4 (38). С. 133–136.

References

1. Zakharova N. M., Milekhina A. V. The Basic Principles of Providing Medical and Psychological Care to Victims of Violence. *Russian Journal of Psychiatry*. 2017;6:32-39. (In Russ.).
2. Rossinskii S. B. *Investigative Actions*. Moscow: Norma Publ.; 2018. 238 p. (In Russ.).
3. Porubov N. I. *Interrogation in the Soviet Criminal Process and Criminalistics*. Minsk: Vysheishaya shkola Publ.; 1968. 274 p. (In Russ.).
4. Galimov O. Kh. *Minors in Criminal Proceedings*. St. Petersburg: Piter Publ.; 2001. 223 p. (In Russ.).
5. Belkin R. S. *Collection, Research and Evaluation of Evidence*. Moscow: Nauka Publ.; 1966. 295 p. (In Russ.).
6. Vaske E. V., Soboleva K. Yu. Psychological Aspects of Training Future Employees of Investigative Authorities To Work with Underage Victims. *Vestnik of Lobachevsky University of Nizhni Novgorod*. 2017;4:94-97. (In Russ.).
7. Kiryanina I. A., Mishenina A. A. Topical Issues of Interrogation Tactics Minors Involved in Criminal Proceedings. *The Rule-of-Law State: Theory and Practice*. 2014;4:133-136. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Елена Юрьевна Родина, старший преподаватель кафедры криминалистики Санкт-Петербургского университета МВД России (ул. Летчика Пилутова, 1, Санкт-Петербург, 198206, Российская Федерация); ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6147-6462>; e-mail: elena_rodina1981@mail.ru

ABOUT THE AUTHOR

Elena Yu. Rodina, Senior Lecturer of the Department of Criminology of the Saint Petersburg University of the Ministry of the Interior of Russia (1 Pilyutova st., St. Petersburg, 198206, Russian Federation); ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6147-6462>; e-mail: elena_rodina1981@mail.ru

Поступила | Received
16.03.2023

Поступила после рецензирования
и доработки | Revised
12.04.2023

Принята к публикации | Accepted
05.06.2023

ИНФОРМАЦИЯ ДЛЯ АВТОРОВ

В целях повышения качества публикуемых материалов все присланные работы (научные статьи, сообщения, обзоры, рецензии и т. д.) проходят рецензирование, а также проверку системой «Антиплагиат». К рассмотрению принимаются только оригинальные статьи, ранее не публиковавшиеся в других изданиях и не находящиеся на рассмотрении в других изданиях. Предоставляемая для публикации статья должна быть актуальной, обладать новизной, содержать постановку задач (проблем), описание основных результатов исследования, полученных автором, выводы. Статьи принимаются на русском и (или) английском языке. Материалы для публикации на английском языке представляются зарубежными авторами без перевода в какой-либо их части на русский язык.

Требования к оформлению рукописи научной статьи, направляемой в журнал

Рукопись научной статьи (далее – рукопись, статья) представляется в электронном виде в формате, поддерживаемом Microsoft Word версии 2007 или выше (doc, docx, rtf). Приоритетной формой представления рукописи является заполнение формы на сайте журнала <https://www.siberianlawreview.ru/jour/author/submit/1>. Рукопись статьи для публикации с лицензионным договором в 2 экземплярах и заявкой автора может быть также направлена на электронную почту редакции (nauka@siblu.ru).

Рукопись принимается на русском и английском языках, при этом она должна соответствовать профилю журнала и отражать результаты оригинальных научных исследований.

Общий объем рукописи (всех ее структурных элементов) должен составлять от 20 до 40 страниц машинописного текста или 40–45 тыс. знаков с учетом пробелов.

При наборе текста необходимо использовать шрифт Times New Roman. Размер шрифта для основного текста рукописи – 14 пт, сносок – 12; нумерация сносок сквозная. Межстрочный интервал – полуторный. Расстановка переносов не применяется.

Перед текстом статьи указывается **УДК**.

Статья в обязательном порядке должна включать следующие **структурные элементы**:

- название статьи;
- сведения об авторах и их аффилиации;
- аннотацию;
- ключевые слова;
- финансирование (при наличии);
- введение;
- основную часть статьи, состоящую из трех и более разделов, каждый из которых должен иметь собственное наименование;
- заключение;
- благодарности (данный раздел включается по усмотрению автора);
- список литературы на русском языке;
- список литературы на английском языке (References);
- информацию об авторах.

Наименования структурных элементов статьи «Аннотация», «Ключевые слова», «Финансирование», «Введение», «Заключение», «Благодарности», «Список литературы», «References» должны быть воспроизведены в тексте статьи. Структурные элементы статьи не нумеруются.

Название статьи (не более 10 слов) должно содержать основные ключевые слова, характеризующие содержание статьи. Указывается на русском и английском языках. Располагается в левой верхней части листа.

Авторы и их аффилиация указываются в следующей строке после названия статьи с выключкой влево. Данные приводятся без сокращений, на русском и английском языках (фамилия, имя, отчество, место работы (название организации, соответствующее указанному в ее уставе, город, страна), адрес электронной почты).

В обязательном порядке указываются идентификаторы (ORCID iD, Researcher ID и др.). Если таковые отсутствуют,

авторам необходимо предварительно зарегистрироваться на <https://orcid.org>.

Очередность упоминания авторов зависит от их вклада в выполненную работу. Авторы могут указываться в алфавитном порядке, если их вклад в исследование равноценен.

Аннотация (объем 250–300 слов) – самостоятельный источник информации о статье, краткая характеристика работы, представляется на русском и английском языках. Аннотация должна быть логичной и отражать основное содержание статьи (предмет, цель, методы и выводы исследования). Сведения, содержащиеся в названии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишнего вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»). Исторические справки, если они не составляют основное содержание публикации, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся. Рекомендуется составлять аннотацию в соответствии со структурой ее основной части, выбирая из каждого раздела самые важные сведения, дающие в совокупности полное представление о содержании статьи.

Аннотацию рекомендуется составлять после завершения работы над статьей. Особое внимание следует уделить качеству перевода.

Ключевые слова (5–10 слов или словосочетаний) должны отражать специфику темы, объект и результаты исследования. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Финансирование – факультативный структурный элемент, включающийся в статью при наличии финансовой поддержки исследования юридическими и физическими лицами. Здесь может содержаться указание на то, за счет каких грантов, контрактов, стипендий удалось провести исследование.

Введение должно содержать обоснование актуальности и новизны темы исследования, обзор литературы по теме исследования, постановку исследовательской проблемы, формулирование гипотезы исследования, описание методов, которые использовались для получения результатов, указание на цели и задачи исследования.

Основная часть статьи, состоящая из трех и более разделов, включает в себя фактические результаты исследования, их интерпретацию, в том числе оценку соответствия полученных результатов гипотезе исследования, обобщение его итогов, сравнение с результатами других исследователей, предложения по практическому применению результатов исследования, а также по направлению будущих исследований.

Заключение содержит главные идеи статьи, итоги исследования без дословного воспроизведения формулировок, содержащихся в основной части статьи.

Благодарности. Данный структурный элемент включается в статью по усмотрению автора в целях выражения признательности коллегам за помощь в подготовке статьи, критические комментарии, которые позволили улучшить содержание рукописи, благодарности за поддержку исследования людям и организациям.

Список литературы должен содержать ссылки на все научные источники информации, упомянутые в тексте статьи.

Литература, используемая при написании статьи, должна отражать современное состояние вопроса, включать публикации как в отечественных, так и в зарубежных журналах и изданиях.

Список приводится в конце статьи, выстраивается по порядку упоминания источников в тексте, а не по алфавиту, независимо от названия и языка источника, и пронумеровывается. В одном пункте перечня следует указывать только один источник информации.

Список литературы на русском языке оформляется в соответствии с ГОСТ Р 7.0.5–2008 «Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления» и тщательно выверяется.

В списке литературы сведения об используемом издании должны обязательно содержать указание на издательство, общее количество страниц в используемом издании либо на конкретные страницы, где содержится соответствующий материал, если издание имеет периодический характер.

Если источник имеет DOI, то его указание является обязательным.

По тексту статьи даются отсылки к необходимому номеру библиографической записи из составленного списка, которые приводятся в квадратных скобках. Если отсылка к источнику информации в тексте статьи встречается несколько раз, то в квадратных скобках повторно указывается его номер из списка (без каких-либо изменений в самом библиографическом списке). В случае прямого цитирования обязательно указывают номер страницы (например: [1, с. 25], [1, с. 59–60]).

Обязательные параметры списка литературы:

- не менее 10–12 источников, из них: не менее 25 % источников – зарубежные (из которых 10 % – статьи из журналов, индексируемых в Web of Science, Scopus; работы на английском, немецком, французском языках, опубликованные в периодических научных изданиях (не дополнительных выпусках), а также статьи в сборниках трудов конференций и монографии, опубликованные в издательствах, не замеченных в применении недобросовестной издательской политики);
- не более 15 % источников – монографии;
- ссылки на литературу, опубликованную ранее 2009 г., должны быть единичными, кроме исследований, отражающих исторический аспект проблемы;
- не допускается самоцитирование. В случае невозможности избежать упоминания о ранее опубликованных автором трудах следует указать лишь на то, что автор уже рассматривал данный вопрос, при этом ссылки на опубликованные труды в тексте статьи не делаются, и в списке литературы они не приводятся.

Не включаются в список литературы следующие внеаучные источники информации:

- диссертации, авторефераты диссертаций;
- учебники, учебные пособия;
- нормативные правовые акты и комментарии к ним, судебные акты;
- правила, стандарты, патентные документы;
- словари, энциклопедии, другие справочники;
- доклады, отчеты, протоколы, данные статистики;
- средства массовой информации, интернет-ресурсы.

Ссылки на перечисленные внеаучные источники информации приводятся в подстрочных сносках.

Подстрочные сноски оформляются как примечания, вынесенные из текста вниз страницы, со сквозной нумерацией в соответствии с ГОСТ Р 7.0.5–2008 «Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления».

В списке литературы на английском языке (**References**) порядок источников должен соответствовать русскоязычному списку литературы. Ссылки на источники оформляются в формате Vancouver. После описания источника необходимо указать язык издания, например, если оно было опубликовано на русском языке – (In Russ.). Для англоязычных источников это правило не применяется. Если источник написан на латинице (на немецком, французском и проч.), он должен быть процитирован в оригинальном виде.

При переводе русскоязычных источников и источников на других кириллических языках рекомендуется проверять наличие официального опубликованного перевода.

Транслитерация производится по стандарту BSI и применяется в следующих случаях:

- для обозначения фамилии, имени, отчества (при наличии) авторов источника;
- для собственных названий издательств, например: Nauka, YurLitinform;
- если нет информации об использовании журналом англоязычного названия (рекомендуется проверить на официальном сайте данного журнала).

При подготовке списка литературы можно обратиться к автоматическим системам подготовки списка литературы (EndNote, Mendeley, Zotero и др.)

В блоке «**Информация об авторах**» для каждого автора указываются: полные фамилия, имя, отчество (при наличии), должность, место работы и его полный юридический адрес, ученая степень, ученое звание, почетное звание, все имеющиеся идентификаторы автора, адрес электронной почты, а также контактный номер телефона, который будет использован только для связи редакции с автором и не будет публиковаться в журнале и (или) на его сайте.

Формулы, таблицы и рисунки, приводимые в статье, должны быть пронумерованы, а рисунки и таблицы также и названы, к ним должны быть отсылки в тексте статьи. В таблицах не должно быть пустых граф. Простые внутрострочные и однострочные формулы, а также рисунки и таблицы должны быть набраны без использования специальных редакторов. Рисунки и формулы также прилагаются к статье отдельными файлами в формате JPEG с разрешением не менее 300 dpi.

Не допускаются во всех структурных элементах статьи:

- набор шрифтом «все прописные»;
- полужирное начертание;
- наличие двух и более пробелов подряд;
- знаки табуляции;
- абзацный отступ пробелами и (или) знаком табуляции;
- мягкий перенос;
- разреженный и (или) уплотненный шрифт.

В случае несоответствия статьи установленным требованиям к оформлению и (или) содержанию решением редакционной коллегии статья отклоняется, о чем автор информируется по электронной почте.

За достоверность приведенных в статье сведений ответственность несут ее авторы.

INFORMATION FOR AUTHORS

In order to improve the quality of published materials, all submitted works (scientific articles, messages, reviews, etc.) are reviewed and checked by the “Antiplagiat” system. Only original articles that have not been previously published and are not pending in other publications are accepted for consideration. The article submitted for publication should be relevant, have novelty, contain a statement of tasks (problems), a description of the main research results obtained by the Author, conclusions. Articles are accepted in Russian and/or English. Materials for publication in English are submitted by foreign Authors without translation in any part of them into Russian.

Requirements to the formatting of the scientific article submitted to the journal

The manuscript of the scientific article (hereinafter referred to as the manuscript/article) shall be submitted in electronic version, in the format supported by Microsoft Word 2007 or higher (doc, docx, rtf). The priority form of the Article submission is the filling of the form at our web-site <https://www.siberianlawreview.ru/jour/author/submit/1>. The manuscript of the article to be published with the license agreement (in duplicate) and the Author's request enclosed may also be sent to the editorial office's e-mail nauka@siblu.ru.

The manuscript shall be accepted in Russian and English, hereby it should comply with the Journal's profile and highlight the results of the original scientific research.

The total volume of the article (including all the article elements) must be 20 to 40 type-written pages or 40,000–45,000 characters (blank spaces included).

For the text typing use Times New Roman font. Font size for the body of the Article – 14 pt, footnotes – 12; footnote numbering – consecutive. Line spacing – 1.5. No hyphenation.

UDC Code before the text of the Article is mandatory.

The Article must include the following **structural elements**:

- Title of the Article;
- The Authors and Their Affiliation;
- Abstract;
- Keywords;
- Funding (if any);
- Introduction;
- the body of the Article consisting of three or more sections each having its own title;
- Conclusion;
- Acknowledgements (to be included at the Author's discretion);
- References (in Russian)
- References (in English);
- Information about Authors.

The titles of the structural elements (“Abstract”, “Keywords”, “Funding”, “Introduction”, “Conclusion”, “References”) must be stated in the text of the Article. The Article structural elements shall not be numbered.

Title of the Article (maximum 10 words) must contain the main key words. Shall be provided in Russian and English. Left-aligned in the top of the page.

The Authors and their affiliation are indicated on the line right after the title of the article (research paper), aligned to the left. The data is given without abbreviations, in Russian and English (last name, first name, patronymic (if any), place of work (name of the organization corresponding to that specified in its charter, city, country), e-mail address).

Authors must state their identifiers (ORCID iD, Researcher ID). If they have no identifiers the Authors should first sign in at: <https://orcid.org>.

The sequence of the enumeration of the Authors is based on their contribution to the work completed. If the contribution to the research is equal the Authors may be listed alphabetically.

Abstract (250–300 words) – independent source of information of the Article, brief characteristic of the Work, shall be

provided in Russian and English. The Abstract must be logical and highlight the main contents of the Article (subject, objective, methods and conclusions of the study). The data contained in the title of the Article must not be repeated in the text of the Abstract. Avoid excessive introductory phrases, like “the Author of the article reviews...”. Historical data (unless they are the main contents of the Article), description of the previously published works and commonly known provisions shall not be included into the Abstract. We recommend to make up the Abstract in accordance with the structure of the body of the Article selecting the most important data from each section to provide in aggregate the comprehensive idea of the contents of the Article.

The Abstract should be made up after the completion of the work on the Article. Special emphasis should be given to the quality of the translation.

Keywords (5–10 words or word-combinations) should highlight the specific features of the topic, object and findings of the study. The Keywords must be separated with a semi-colon.

Funding is an optional structural element included in the article if there is financial support for the study by legal entities and (or) individuals. This may contain an indication of what grants, contracts, scholarships were used to conduct the study.

Introduction shall include the substantiation of the topicality and novelty of the study, review of the literature on the study subject-matter, study problem setting, definition of the study hypothesis, description of the methods used to obtain the findings, definition of the study objectives and tasks.

The body (main part) of the Article consisting three or more sections, contains the actual findings of the study, interpretation thereof, including compliance of the findings obtained with the study hypothesis, limitations of the study and generalization of its outcomes, comparison with the findings of other researchers, proposals on the future practical application of the future studies.

Conclusion contains the main ideas of the body of the Article, outcomes of the study without verbatim repetition of the definitions included in the body of the Article.

Acknowledgements. This structural element shall be included into the Article at the Author's discretion to express appreciation to the colleagues for the help with the Article preparation, including critical comments which enabled the manuscript improvement, gratitude for the financial support of the study by people and institutions.

References section shall contain references to all the scientific information sources mentioned in the text of the Article.

The literature used for the Article writing shall highlight the present-day state of the problem and include publications in both Russian and international journals and editions.

The Reference list is provided at the end of the Article and made up in the order the sources are referred to in the text, not alphabetically, regardless of the original title and language, the listed references shall be numbered. One list item shall include only one information source.

The *references in Russian* shall be made up in accordance with GOST R 7.0.5–2008 “Bibliographic Reference. General Requirements and Rules of Making” and carefully checked.

The list of references must state the publishing house, total number of pages in the edition used, or specific pages containing the relevant materials if the edition is periodical.

If the reference has a DOI it must be stated.

In the text of the Article references to the specific number of the bibliographic record from the list shall be provided in square brackets. If the reference to the information source in the text of the Article is made several times, the source number from the list shall be repeated in the square brackets (without any changes in the List of References itself). In case of direct citation the page number must be provided (for example: [1, p. 25], [1, p. 59–60]).

Mandatory parameters of the List of References:

- minimum 10–12 sources, including: minimum 25 % sources – international (out of which 10 % – articles from the journals indexed in Web of Science, Scopus; works in English, German, French published in the scientific periodicals (not supplementary issues!) as well as articles in the collections of proceedings of the conferences and monographs published in the reputable publishing houses);

- maximum 15 % sources – monographs;
- references to the literature published before 2009 must be single, except studies containing historical aspect;
- avoid self-citation. If it is impossible to mention the previously published works, just mention in the Article that the Author has already reviewed this issue, in this case no references to the published works should be included into the list of references.

The following extrascientific information sources shall not be included into the list of references:

- dissertations, author's abstracts of the dissertations;
- text books, workbooks;
- statutes and regulatory acts, judicial acts;
- rules, standards, patents;
- dictionaries, encyclopedias, other reference books;
- reports, statements, protocols, statistics data;
- mass media, the Internet resources.

References to the extrascientific information sources above shall be provided in the footnotes.

The footnotes shall be made as notes to the text provided at the bottom of the page, consecutively numbered as per GOST R 7.0.5–2008 “Bibliographic Reference. General Requirements and Rules of Making”.

In the “**References**” (in English), the order of sources should correspond to the Russian-language list of references. References to sources are made in Vancouver format. After describing the source, it is necessary to indicate the language of the publication, for example, if it is published in Russian – (In Russ.). For English-language sources, this rule does not ap-

ply. If the source is written in Latin (German, French, etc.), it must be quoted in its original form.

When translating Russian-language sources and sources in other Cyrillic languages, it is recommended to check the availability of an official published translation.

Transliteration shall be applicable in the following cases:

- to provide the surname, given name and patronymic (if applicable) of the Authors of the reference;
- for the proper names of the publishing houses, for example, Nauka, Yurlitinform;
- if the information of the use of the English title by the Journal it not available (check by the journal official web-site is recommended).

The transliteration shall be provided as per BSI standard.

To prepare the list of references automatic systems for the preparation of the list of references may be used (EndNote, Mendeley, Zotero, etc.)

In the “**Information about Authors**” section, for each Author, the following is indicated: full surname, first name, patronymic (if any), position, place of work and its full legal address, academic degree, academic title, honorary title, all available identifiers of the Author, e-mail address, as well as a contact phone number, which will be used only for communication between the Editorial office and the Author and will not be published in the journal and (or) on its website.

Formulae, figures, table. All the formulae, tables and figures must be numbered, and the figures and tables – also titled, there must be references to them in the body of the Article. The tables must not have blank columns. Simple inline and single-line formulae as well as figures and tables must be typed without using special editor software. Figures and formulae shall be attached to the Article as separate files in JPEG-format, resolution – min. 300 dpi.

In the Article elements above the following shall not be admissible:

- using Caps Lock,
- bold font,
- two or more consecutive blank spaces,
- tabulation symbols,
- paragraph indent using blank spaces and tabulation character,
- soft hyphens,
- sparse or condensed font.

If the Article does not comply with the requirements to the lineup and/or contents above the editorial board shall decline the Article and notify the Author by e-mail.

The reliability of the data used in the texts shall be the Authors' responsibility.

Научный журнал «Сибирское юридическое обозрение»

Редактор: *О. В. Арефьева*

Редактор текстов на английском языке: *Д. Т. Караманукян*

Компьютерная верстка и оформление: *Л. А. Зарубина*

Дизайн обложки: *О. Ю. Шелихов*

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) 19 апреля 2019 г. Регистрационный номер ПИ № ФС 77-75350

Индекс в подписном каталоге «Почта России» – ПП812

Свободная цена

При перепечатке или воспроизведении любым способом полностью или частично материалов научного журнала «Сибирское юридическое обозрение» ссылка на журнал обязательна

© Редакция научного журнала «Сибирское юридическое обозрение», 2023

Адрес издателя и редакции: ул. Короленко, 12, Омск, 644010, Россия

Телефон: (3812) 37-68-55. E-mail: nauka@siblu.ru

Дата выхода в свет: 07.07.2023

Подписано в печать 20.06.2023

Тираж 200 экз.

Формат 70 x 100 / 16. Усл. печ. л. 9,26. Уч.-изд. л. 10,01.

Отпечатано в ООО «Полиграфический центр "Татьяна"»

Адрес типографии: ул. Жукова, 107, Омск, 644046, Россия

Scientific journal “Siberian Law Review”

Editor: *O. V. Aref'eva*

Text editor in English: *D. T. Karamanukyan*

Desktop publishing and design: *L. A. Zarubina*

Cover desing: *O. Yu. Shelikhov*

The journal is registered by the Federal Service for Supervision of Communications, Information Technology and Mass Communications (Roskomnadzor) at April 19, 2019. Registration No. PI № FS 77-75350

Index in the subscription catalog “Russian Post” – PP812

Price discretion

When reprinting or reproducing by any means in whole or in part the materials of the scientific journal “Siberian Law Review” reference to it is obligatory

© The editorial board of the scientific journal “Siberian Law Review”, 2023

Address of the publisher and the editorial office: 12 Korolenko st., Omsk, 644010, Russia

Phone: (3812) 37-68-55. E-mail: nauka@siblu.ru

Release date: 07.07.2023

Signed print 20.06.2023

Circulation 200 copies.

Format 70 x 100 / 16. Cond. pr. pg. 9.26. Edit. pr. pg. 10.01.

Printed in LLC “Printing Center “Tatyana”

Printing office address: 107 Zhukova st., Omsk, 644046, Russia