

ВЕСТНИК

Московского университета  
имени С.Ю. Витте. Серия 2.

# ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ



2020  
3(25)

ISSN 2587-9472

Эн № ФС77-77599

ISSN 2587-9472

Эл № ФС 77-77599

Вестник Московского университета имени С.Ю. Витте. Серия 2. Юридические науки

№ 3 (25)' 2020

Электронный научный журнал (Электронное периодическое издание)

**Главный редактор:**

*Бабурин С.Н.,*

*д-р юрид. наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, профессор кафедры теории и истории государства и права Московского университета имени С.Ю. Витте;*

**Заместитель главного редактора:**

*Лебедев И.Н.,*

*канд. юрид. наук, декан юридического факультета Московского университета имени С.Ю. Витте*

**Редакционный совет:**

**Председатель – Семенов А.В.,** *д-р экон. наук, проф., ректор Московского университета имени С.Ю. Витте;*

**Бабурин С.Н.,** *д-р юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки РФ, профессор кафедры теории и истории государства и права Московского университета имени С.Ю. Витте;*

**Букалерева Л.А.,** *д-р юрид. наук, проф., профессор кафедры уголовного права и процесса Московского университета имени С.Ю. Витте;*

**Землин А.И.,** *д-р юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки РФ, заведующий кафедрой транспортного права и административного права Московского государственного университета путей сообщения Императора Николая II;*

**Марченко М.Н.,** *д-р юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки РФ, Почетный президент Ассоциации юридических вузов, заведующий кафедрой теории государства и права и политологии Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова;*

**Сауляк О.П.,** *д-р юрид. наук, проф., председатель московской коллегии адвокатов «Юристы-профессионалы»;*

**Чеха В.В.,** *д-р юрид. наук, руководитель представительства Россотрудничества в Республике Абхазия.*

**Все права на размножение и распространение в любой форме остаются за издательством.  
Нелегальное копирование и использование данного продукта запрещено.**

*Системные требования: PC не ниже класса Pentium III; 256 Mb RAM; свободное место на HDD 32 Mb; Windows 98/XP/7/10; Adobe Acrobat Reader; дисковод CD-ROM 2X и выше; мышь.*

© ЧОУВО «МУ им. С.Ю. Витте», 2021

## СОДЕРЖАНИЕ

### КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

РОССИЙСКАЯ ВЫСШАЯ ШКОЛА В ОБЩЕЕВРОПЕЙСКОМ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОМ ПРОСТРАНСТВЕ: ОЦЕНКА СИТУАЦИИ.....	5
<i>Бабурин Сергей Николаевич</i>	
ПРОПОРЦИОНАЛЬНАЯ ИЗБИРАТЕЛЬНАЯ СИСТЕМА: ВИДЫ, ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ.....	12
<i>Митяева Юлия Владимировна</i>	
ВЫДЕЛЕНИЕ ИЗ МИРОВОЙ СЕТИ РУНЕТА КАК НОВОГО ПОЛЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА .....	19
<i>Слюсаренко Татьяна Валерьевна, Савощикова Евгения Васильевна</i>	
ПРОБЛЕМЫ ПЕРСОНИФИКАЦИИ ДАННЫХ В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ .....	25
<i>Гиреев Джафар Темирланович</i>	

### ГРАЖДАНСКОЕ, ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ И ДОГОВОРНОЕ ПРАВО

ОСОБЕННОСТИ СТРАХОВОГО ИНТЕРЕСА В ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ.....	29
<i>Романова Ирина Николаевна</i>	
К ВОПРОСУ О ДОГОВОРЕ ВОЗМЕЗДНОГО ОКАЗАНИЯ УСЛУГ .....	37
<i>Заведеева Лариса Евгеньевна</i>	
ПЕРСПЕКТИВЫ САМОРЕГУЛИРОВАНИЯ В БАНКРОТСТВЕ .....	43
<i>Давлетшин Дарий Рифович</i>	
ПРАВОВОЙ СТАТУС УЧЕНОГО В СОВРЕМЕННЫХ ЦИФРОВЫХ РЕАЛИЯХ.....	50
<i>Летова Наталия Валерьевна</i>	
НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПРАКТИЧЕСКОЙ РЕАЛИЗАЦИИ МЕХАНИЗМА ЗАЩИТЫ БИЗНЕСА ОТ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ РИСКОВ .....	56
<i>Романова Ирина Николаевна</i>	
О ПОНЯТИИ «ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ».....	64
<i>Токарев Владимир Борисович</i>	

### УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНАЛИСТИКА

ОСОБЕННОСТИ И ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ В ДОКАЗЫВАНИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ .....	71
<i>Теплякова Ольга Алексеевна</i>	
УБИЙСТВО ИЗ РЕВНОСТИ В СРАВНИТЕЛЬНОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ.....	77
<i>Славкович Вукан Радован</i>	

---

## CONTENTS

---

### CONSTITUTIONAL AND MUNICIPAL LAW

RUSSIAN HIGH SCHOOL IN THE PAN-EUROPEAN EDUCATIONAL SPACE: ASSESSMENT OF THE SITUATION.....	5
<i>Baburin S.N.</i>	
PROPORTIONAL ELECTORAL SYSTEM: TYPES, FEATURES OF APPLICATION .....	12
<i>Mityaeva Yu.V.</i>	
SEPARATION FROM THE WORLD NETWORK RUNET AS A NEW FIELD OF LEGAL REGULATION OF RUSSIAN LEGISLATION .....	19
<i>Slyusarenko T.V., Savoshchikova E.V.</i>	
PROBLEMS OF DATA PERSONIFICATION IN THE DIGITAL AGE .....	25
<i>Gireev J.T.</i>	

### CIVIL, BUSINESS AND CONTRACT LAW

FEATURES OF INSURANCE INTEREST IN BUSINESS.....	29
<i>Romanova I.N.</i>	
ON THE ISSUE OF A CONTRACT FOR THE PROVISION OF PAID SERVICES .....	37
<i>Zavedeeva L.E.</i>	
PROSPECTS FOR SELF-REGULATION IN BANKRUPTCY .....	43
<i>Davletshin D.R.</i>	
THE LEGAL STATUS OF A SCIENTIST IN MODERN DIGITAL REALITIES .....	50
<i>Letova N.V.</i>	
SOME ASPECTS OF THE PRACTICAL IMPLEMENTATION OF THE MECHANISM OF PROTECTING BUSINESS FROM ENTREPRENEURIAL RISKS.....	56
<i>Romanova I.N.</i>	
ON THE CONCEPT OF «ABUSE OF THE RIGHT».....	64
<i>Tokarev V.B.</i>	

### CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

FEATURES AND PROBLEMS OF USE IN PROVING RESULTS OF OPERATIONAL-SEARCH ACTIVITY .....	71
<i>TePLYakova O.A.</i>	
MURDER MOTIVATED BY A JEALOUSY IN COMPARATIVE CRIMINAL LAW.....	77
<i>Slavkovich V.R.</i>	

УДК 34.03;37.0;378

## РОССИЙСКАЯ ВЫСШАЯ ШКОЛА В ОБЩЕЕВРОПЕЙСКОМ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОМ ПРОСТРАНСТВЕ: ОЦЕНКА СИТУАЦИИ

**Бабурин Сергей Николаевич,<sup>1,2</sup>**

*д-р юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки Российской Федерации<sup>1</sup>,*

*e-mail: 1357343@mail.ru,*

<sup>1</sup>*Институт государства и права Российской академии наук,*

<sup>2</sup>*Московский университет им. С.Ю. Витте, Москва, Россия*

*Рассматриваются обстоятельства становления европейского пространства высшего образования и трансформация юридического образования в России через требования Болонской системы образования. Используются сравнительно-правовой метод, метод анализа и синтеза, метод аналогии и моделирования. Аргументируется возможность перевода российского юридического образования на сквозную магистратуру, когда абитуриенты будут поступать сразу в магистратуру, учиться традиционные пять или даже шесть лет и получать дипломы магистров. После окончания базовых трех курсов, как и после окончания колледжа или техникума, желающим уйти на практическую работу должен будет выдаваться диплом бакалавра.*

**Ключевые слова:** юридическое образование, право, университет, Болонская система образования, европейское пространство высшего образования, культурно-исторические традиции

## RUSSIAN HIGH SCHOOL IN THE PAN-EUROPEAN EDUCATIONAL SPACE: ASSESSMENT OF THE SITUATION

**Baburin S.N.,<sup>1,2</sup>**

*doctor of juridical sciences, professor, distinguished scientist of Russian Federation,*

*e-mail: 1357343@mail.ru,*

<sup>1</sup>*Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences,*

<sup>2</sup>*Moscow Witte University, Moscow, Russia*

*The circumstances of the formation of the European space of higher education and the transformation of legal education in Russia through the requirements of the Bologna education system are considered. Comparative-legal method, method of analysis and synthesis, method of analogy and modeling are used. The possibility of transferring Russian legal education to a master's degree, when applicants will enter the master's degree, study the traditional five or even six years and receive master's degrees, is argued. After completing the basic three courses, as well as after graduation from college or technical school, those wishing to leave for a practical job will have to be issued a bachelor's degree.*

**Keywords:** legal education, law, university, Bologna education system, European space of higher education, cultural and historical traditions

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-5-11

### Введение

**В** нашем обществе наконец-то формируется понимание, что борьба народов за выживание – это реальность. Идет острая межкультурная борьба, в которой России требуется сохранить свою культурно-историческую самоидентичность и овладеть всеми новейшими цифровыми технологиями [подробнее см.: 1, с. 149–162].

<sup>1</sup>Примечание. Дополнительные сведения об авторе: Сергей Николаевич Бабурин, президент Ассоциации юридических вузов, глав. науч. сотрудник, науч. руководитель Центра интеграционных и цивилизационных исследований Института государства и права Российской академии наук, проф. Московского университета им. С.Ю. Витте, Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, Донецкого национального университета. SPIN-код: 1212-8135.

Среди основных опор России академик Д.С. Львов первой называл интеллект нации, ее образованность. Он видел главную опасность в утрате образованности, научных школ и инженерных кадров, в разрушении самой системы передачи знаний [Цит. по: 2, с. 182]. А ведь ни больше, ни меньше, но сами души людей нужно в первую очередь образовать так, чтобы они смогли воспринять идею, или же саму идею необходимо в определенном виде изложить для тех, кто уже достаточно образован для ее постижения [3, с. 382].

Когда речь идет об образовании, то мы привыкли иметь в виду не только обретение знаний и умений, но и его воспитательную функцию, роль образования в совершенствовании духовно-нравственных качеств нового поколения. Традиционные культурно-исторические и духовные ценности передаются именно через образование. Как подчеркивает фундаментальный принцип Великой Хартии университетов 1988 г., университет, «будучи в сердце различно организованных обществ в силу разнообразных географических условий и различий исторического развития, является автономным учреждением, которое критическим образом создает и распространяет культуру через научные исследования и образование»<sup>2</sup>.

Ныне признано, что «университет, в котором у студента больше прав, чем обязанностей, не может быть местом успеха»<sup>3</sup>. Академическая свобода, без которой немыслим настоящий университет, предполагает огромную наставническую роль профессуры, которая не может быть обеспечена никаким дистанционным способом обучения. Как и искусство, любые навыки и наработки в высшем образовании, если они не практикуются в течение жизни хотя бы одного поколения, безвозвратно утрачиваются<sup>4</sup>. Как подчеркивал академик П.Л. Капица, «руководитель научной работы подобен режиссеру, он создает спектакль, хотя не появляется сам на сцене» [4, с. 180]. В полном объеме это относится к роли вузовского профессора.

Университетские академические свободы должны пониматься адекватно, как гарантия моральной и интеллектуальной независимости по отношению к любой политической и экономической власти при реализации своей деятельности в области исследований и образования. Свобода исследований, образования и подготовки, будучи фундаментальным принципом жизни университетов, должна быть гарантирована как государственными властями, так и самими университетами, каждым в своей области компетенции. В высшем образовании не должно существовать географических и политических границ во взаимном познании и взаимодействии культур [5, с. 7].

Но сегодня нам следует разобраться с технологиями образования. Остановимся именно и только на технологической стороне вопроса. Вы удивитесь, но Болонская система – это способ внедрения в Европе советского опыта высшей школы. Российское общество деградирует потому, что именно оно разрушило свои собственные традиции, лежащие в основе Болонской образовательной системы.

### **Болонская система – это способ адаптации к Европе советского опыта высшей школы**

Важно понимать, что место университетов в мировой культуре, определившееся много веков назад, не изменилось – это корпорации, занятые «вращиванием и защитой высочайших устремлений и идеалов сообщества», которые не ограничиваются той или иной формой экономического подхода [6, с. 124–125]. Именно университеты – источники инноваций и креативного мышления.

Во второй половине XX в. конкурентные преимущества образования в СССР стали столь очевидны, что советский опыт с неизбежностью стал внедряться по всему миру, конечно, везде с учетом собственных политических и иных традиций и без ссылки на автора. В 1988 г., в период празднования 900-летия старейшего в Европе Болонского университета, в ожидании широкой кооперации между европейскими нациями была принята Великая Хартия университетов.

<sup>2</sup> Болонский процесс. основополагающие материалы / сост. А.К. Бурцев, В.А. Звонова; пер. с англ. А.К. Бурцева. – М.: Финансы и статистика, 2006. – С. 5.

<sup>3</sup> Дидье Делиньер. Цит. по: Понкин И.В., Лаптева А.И. Методология научных исследований и прикладной аналитики: учебник. – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Буки Веди, 2021. – С. 72.

<sup>4</sup> Там же. – С. 71.

18 сентября 1988 г. Хартию подписали 250 ректоров университетов различных стран мира. Было подчеркнуто, что будущее человечества в значительной степени зависит от культурного, научного и технологического развития, которое «создается в центрах культуры, знаний и научных исследований, какие представляют собой настоящие университеты»<sup>5</sup>. Приняты фундаментальные принципы, определяющие, что такое университет. Основным инструментом, гарантирующим осуществление современных задач университетов, был взят из советской системы образования:

- мобильность преподавателей и студентов;
- общая политика эквивалентности в области статусов, степеней, экзаменов (при сохранении национальных дипломов) и назначения стипендий<sup>6</sup>.

Уже в развитие этого 11 апреля 1997 г. в Лиссабоне была подписана Конвенция о признании квалификаций, относящихся к высшему образованию в европейском регионе. Наиболее значима для общего понимания ситуации ст. 3 разд. 2 Конвенции: «Ничто в настоящей Конвенции не считается отменяющим любые более благоприятные положения, касающиеся признания квалификаций, выданных в одной из Сторон»<sup>7</sup>.

Лишь 25 мая 1998 г. в Сорбонской совместной декларации о гармонизации архитектуры европейской системы высшего образования провозглашена открытость европейского пространства высшего образования, прежде всего ради вовлечения в него России. И, наконец, 19 июня 1999 г. была подписана Болонская декларация европейских министров образования и окончательно определена суть становления европейского пространства высшего образования:

- 1) система легко понимаемых и сопоставимых степеней, введение приложения к диплому;
- 2) наличие двух основных циклов (ступеней), в первый из которых входит преддипломное (не менее трех лет) и последипломное обучение. Второй цикл должен вести к получению степени магистра и (или) доктора;
- 3) система кредитов в качестве способа, обеспечивающего мобильность студентов;
- 4) развитие мобильности путем сопоставимых учебных планов, интегральных программ обучения, сопоставимых критериев и методологии<sup>8</sup>.

Если посмотреть внимательно, то основные из этих новшеств – и система четких циклов обучения, и возможность для студентов переводиться из одного университета в другой, и система единых образовательных программ – давно существовали в СССР, а в 1999 г. были приватизированы Европой ради трансформации Европейского союза в федеративное государство.

Хотим обратить особое внимание на Саламанкскую конвенцию европейских вузов, выработанную 29–30 марта 2001 г., но игнорируемую российским руководством образования до сих пор. И дело не в учреждении Европейской ассоциации университетов. Подчеркнуты ключевые для любого образования принципы: конкуренция не может быть сведена к коммерческому концепту; нежелательность утечки мозгов внутри Европы; главная академическая ценность – это качество образования<sup>9</sup>.

А главное, отметим принципиально важный для нас тезис Саламанкской конвенции: «При определенных обстоятельствах университет может решить разработать интегральный учебный план, ведущий прямо к степени магистра»<sup>10</sup>. Объясним адептам Европы: в 2001 г. в Европе фактически одобрили российский подход с 5-летней подготовкой специалистов, назвав его сквозной магистратурой. Жаль, но в России на это до сих пор не обращают должного внимания, коверкая хорошее русское слово «специалист» неким «специалитетом».

Европейское пространство высшего образования совершенствуется непрерывно. Стоит обратить наше внимание на то, что в Коммюнике встречи европейских министров, ответственных за выс-

<sup>5</sup> Болонский процесс. основополагающие материалы / сост. А.К. Бурцев, В.А. Звонова; пер. с англ. А.К. Бурцева. – М.: Финансы и статистика, 2006. – С. 4.

<sup>6</sup> Там же. – С. 6.

<sup>7</sup> Там же. – С. 12–13.

<sup>8</sup> Там же. – С. 36–37.

<sup>9</sup> Там же. – С. 39–40.

<sup>10</sup> Там же. – С. 42.

шее образование, от 19 мая 2001 г. в Праге было подчеркнуто, что высшее образование следует рассматривать не как личный интерес, а как общественное благо. И обучение должно продолжаться в течение всей жизни.

19 сентября 2003 г., Берлин. В Коммюнике Конференции министров, ответственных за высшее образование, одобрена система аккредитации, сертификации или сопоставимых процедур. Европейские министры призвали разработать согласованный свод стандартов. Но нам не грех помнить, что в нашем Отечестве единые образовательные стандарты существуют 100 лет. К 2005 г. было намечено начать внедрение системы из двух циклов, а начиная с 2005 г. выдавать приложение к диплому автоматически и бесплатно.

И опять напоминаем, что у нас приложения к диплому обязательны и бесплатны тоже 100 лет. Опыт советской высшей школы востребован в Европе, хотя европейцы и никогда этого не признают.

Европейское образование регулярно корректируется правительственными встречами в рамках болонского процесса, последние из которых проведены в Париже (2018 г.) и Риме (2020 г.). Опыт не осмысливается свободно и вдумчиво лишь в России.

### **Порочность российской модели «болонского образования»**

Таковы общие принципы так называемой Болонской системы высшего образования. Российский вариант вхождения в Единое Европейское пространство высшего образования оказался до крайности нелеп, ибо пошел по пути слома отечественных традиций высшей школы под лозунгом «Сделаем, как Европа!». То, что мы совершили, повергло Европу в шок. Радовались лишь наши недобросовестные конкуренты.

Напомним, что европейское образование имеет много отличий от высшего образования на других континентах, соревнуясь, прежде всего, с США. В США применяется более разнообразная и гибкая система учета учебной нагрузки, чем в Европе, состоящая из системы зачетных единиц (credits), подсчета суммарных оценок по критериям количества и качества, а также дополнительных баллов за успешную учебную и научную работу. Так что, слепо подстраиваясь под Европу, мы увеличиваем свой разрыв с другими мировыми системами образования. Особенно это относится к высшему юридическому образованию, ориентированному на континентальную, романо-германскую систему права. Более того, русское правопонимание с доминированием стремления к справедливости, с превалированием справедливости («правды») над писанным законом, с особенностями русского правосознания напрямую отражается в системе образования.

Губительно само чисто бухгалтерское отношение к образованию, в том числе к высшему, когда социальный смысл образования уходит на второй план, уступая место включению его в сферу услуг. Такой подход базируется «на рассмотрении высшего образования как государственной стандартизированной услуги, которая в любом российском вузе должна быть одного и того же качества и, соответственно, одинаково финансироваться» [7, с. 17].

У нас же в течение последних полутора десятков лет продолжается демонтаж общности российского образовательного пространства через дальнейшее сворачивание академической автономии университетов и разделение вузов на неравноправные касты (МГУ и СПбГУ, федеральные университеты, исследовательские, опорные и остальные – «черносошные» – вузы), создающие систему недобросовестной конкуренции, убивающие в высшей школе само достоинство соперничества уровнями и направленностью научных школ, качеством подготовки специалистов.

В XXI в. в России умудрились повторить те изъяды системы образования, с которыми за 100 лет до этого призывал бороться Д.И. Менделеев. Он осуждал усиление в России недостатков западноевропейского образования, когда «все наше образование направлено преимущественно в сторону индивидуалистическую, подобно древнему или средневековому, и на деле вовсе чуждо задачам жизненным и общегосударственным, для которых истинное знание состоит в умении видеть действительность, уловить условия, принять в расчет и сообразно со всем этим найти выполнимое или в данной частности пригодное решение» [8, с. 233].

Советское высшее образование учло многие менделеевские замечания, а его важной чертой стало разделение вузов на классические университеты, предполагавшие фундаментальные научные и образовательные подходы, и институты, ориентированные на конкретные отрасли народного хозяйства или сферы социальной жизни.

Кроме того, обучение строилось по унаследованной со времен М.В. Ломоносова традиции заложить на первом этапе фундаментальные основы образования, научить будущего специалиста думать, а на старших курсах провести специализацию. Такой подход при внедрении бакалавриата был сломан, фундаментальные науки и дисциплины постарались перенести на уровень магистратуры, строя подготовку кадров без создания фундамента знания. Между тем профессиональный юрист должен знать логику и философию, историю права и государства, обладать методологией познания.

Наиболее ярко выражен абсурд подхода в принципе, что человек без базовых знаний специальности уровня бакалавра может сразу получать степень магистра, подтверждающую его высшую подготовку по специальности. И ведь все понимают, что за два года обучения он не сможет стать большим профессионалом в профессии, чем тот, кто ее осваивает четыре года.

Если кто-то до сих пор надеется, что европейцы поедут к нам учиться в магистратуру, то это иллюзии. Не поедут. Адаптировать уровни различных цивилизационных подходов к образованию невозможно. Вовсе не случайно ученые все чаще напоминают о роли преемственности исторического развития государств и народов в сфере образования и всех социальных и государственно-правовых институтов [9, с. 10], особенно при нарастающем воздействии на образование многофакторного мира виртуальной реальности [подробнее см.: 10].

Подобно тому, как объектом научного исследования является материальная или идеальная система, а предметом – структура системы, взаимодействие ее элементов, различные свойства и закономерности развития<sup>11, 12</sup>, так и в сфере образования следует учитывать как наличие генеральной преемственности, т.е. восприятия наиболее важных, суперзначимых ценностей [см.: 11, с. 58], так и культурно-исторические особенности и привычки образовательных методик.

### Заключение

Что делать? Как создать эффективную высшую школу, без того чтобы наивно просто попятиться назад, в советские времена?

Вариантов представляется два, и выбор оптимального – это политическое решение государства, его высших органов власти, точнее, это воля общества, закреплённая решением государства.

Первый вариант. Можно перейти по юриспруденции и не только к сквозной магистратуре, избавившись одновременно от нелепого понятия «специалитет», вызванного в свое время обоснованным стремлением сохранить от разрушения подготовку специалистов хотя бы по жизненно важным профилям или направлениям. Абитуриенты будут поступать сразу в магистратуру, учиться традиционные пять или даже шесть лет и получать дипломы магистров. После окончания базовых трех курсов, как и после окончания колледжа или техникума, желающим уйти на практическую работу должен выдаваться диплом бакалавра. Аналогами такого диплома в былые годы являлись диплом техникума или справка о получении неполного высшего образования. Одновременно можно переосмыслить функции советских ведомственных институтов и высших училищ, где получение высшего профессионального образования можно укладывать в четыре года.

Всё. Образовательные стандарты могут быть быстро приведены в соответствие с запросами практики и традициями Отечества. Больше ничего не надо ломать.

Второй вариант решения проблем – отождествить магистратуру с аспирантурой, после защиты диссертации выдавать не диплом кандидата наук, а диплом магистра соответствующих наук, а высшее

<sup>11</sup> Понкин И.В., Лаптева А.И. Методология научных исследований и прикладной аналитики: учебник. – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Буки Веди, 2021. – С. 140.

<sup>12</sup> Медицинская диссертация: руководство / авт.-сост. С.А. Трущелёв; под ред. акад. РАМН, проф. И.Н. Денисова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: ГЭОТАР-Медиа, 2009. – С. 33, 59.

образование в течение 4–5 лет завершать выдачей дипломов бакалавров. Но это будут уже полные специалисты в профессии.

Пора перестать наивно и подобострастно копировать что-то иноземное, ориентироваться на признание или непризнание российских дипломов за рубежом, на трудоустройство российских выпускников в других странах. Дипломы тех, кто нужен нашим цивилизационным соперникам, они признавали и признают – посмотрите на массу наших выпускников, работающих в тех же США. Нам пора ориентироваться на нужды своего народного хозяйства и своего, российского общества. Довольно поощрять отъезд молодежи за рубеж. Пора работать не на Европейский союз, а на себя.

Итак, Российской Федерации надо делать выбор, определившись, чего мы хотим от высшей школы. Парадоксально, но любое наше решение будет соответствовать основным принципам Болонской системы.

Предпочтительнее первый вариант: магистратура как системная подготовка специалиста в течение 5–6 лет непрерывного обучения и определение бакалавриата как незаконченного высшего или как законченного и полного среднего профессионального (или специального) образования.

### Список литературы

1. *Бабурин С.Н.* Нравственное государство. Русский взгляд на ценности конституционализма. – М.: Норма, 2020. – 536 с.
2. История русской экономической мысли в XX в. / К.А. Смирнов, И.М. Братищев, Т.Ю. Прокофьева [и др.]; под науч. ред. К.А. Смирнова. – М.: ИНФРА-М, 2013. – 261 с.
3. *Фихте И.Г.* Сочинения. – СПб., 2008.
4. *Катица П.Л.* Эксперимент. Теория. Практика. Статьи и выступления. – 4-е изд., испр. и доп. – М.: Наука, 1987. – 495 с.
5. *Бабурин С.Н.* О социальных ценностях: влияние римского права на российский конституционализм // Вестник Омского университета. Сер. Право. – 2020. – Т. 17. – № 1. – С. 5–14.
6. *Коллини С.* Зачем нужны университеты? / пер. с англ. Д. Кралечкина. – М.: Изд. дом Высш. шк. экономики, 2016. – 261 с.
7. *Клячко Т.Л., Мау В.А.* Будущее университетов. Статья 2. Российские тенденции // Общественные науки и современность. – 2015. – № 4. – С. 5–25.
8. *Менделеев Д.И.* Заветные мысли. Полное издание (впервые после 1905 г.). – М.: Мысль, 1995. – 413 с.
9. *Скуратов Ю.И.* Евразийская парадигма России и современные проблемы ее конституционно-правового развития. – М.: Проспект, 2021. – 416 с.
10. *Бабурин С.Н.* Правовые и духовно-нравственные основы цифрового будущего человечества в эпоху нарастающей экологической катастрофы // Вестник Московского университета им. С.Ю. Витте. Сер. 2. Юридические науки. – 2019. – № 4 (22). – С. 6–12.
11. *Осавелюк А.М.* Бог в Конституции России: новые смыслы и акценты (О некоторых изменениях в Конституции РФ, одобренных в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г.) // Государство и право. – 2020. – № 12. – С. 57–65.

### References

1. *Baburin S.N.* Nравstvennoe gosudarstvo. Russkij vzglyad na cennosti konstitucionalizma. – M.: Norma, 2020. – 536 s.
2. Istoriya russkoj ekonomicheskoy mysli v XX v. / K.A. Smirnov, I.M. Bratishchev, T.Yu. Prokof'eva [i dr.]; pod nauch. red. K.A. Smirnova. – M.: INFRA-M, 2013. – 261 s.
3. *Fichte I.G.* Sochineniya. – SPb., 2008.
4. *Kapica P.L.* Eksperiment. Teoriya. Praktika. Stat'i i vystupleniya. – 4-e izd., ispr. i dop. – M.: Nauka, 1987. – 495 s.
5. *Baburin S.N.* O social'nyh cennostyah: vliyanie rimskogo prava na rossijskij konstitucionalizm // Vestnik Omskogo universiteta. Ser. Pravo. – 2020. – T. 17. – № 1. – S. 5–14.
6. *Kollini S.* Zachem nuzhny universitety? / per. s angl. D. Kralechkina. – M.: Izd. dom Vyssh. shk. ekonomiki, 2016. – 261 s.

7. *Klyachko T.L., Mau V.A.* Budushchee universitetov. Stat'ya 2. Rossijskie tendencii // Obshchestvennye nauki i sovremennost'. – 2015. – № 4. – S. 5–25.
8. *Mendeleev D.I.* Zavetnye mysli. Polnoe izdanie (vpervye posle 1905 g.). – M.: Mysl', 1995. – 413 s.
9. *Skuratov Yu.I.* Evrazijskaya paradigma Rossii i sovremennye problemy ee konstitucionno-pravovogo razvitiya. – M.: Prospekt, 2021. – 416 s.
10. *Baburin S.N.* Pravovye i duhovno-nravstvennye osnovy cifrovogo budushchego chelovechestva v epohu narastayushchej ekologicheskoy katastrofy // Vestnik Moskovskogo universiteta im. S.Yu. Vitte. Ser. 2. Yuridicheskie nauki. – 2019. – № 4 (22). – S. 6–12.
11. *Osavelyuk A.M.* Bog v Konstitucii Rossii: novye smysly i akcenty (O nekotoryh izmeneniyah v Konstitucii RF, odobrennyh v hode obshcherossijskogo golosovaniya 1 iyulya 2020 g.) // Gosudarstvo i pravo. – 2020. – № 12. – S. 57–65.

УДК 342.82

## ПРОПОРЦИОНАЛЬНАЯ ИЗБИРАТЕЛЬНАЯ СИСТЕМА: ВИДЫ, ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ

**Митяева Юлия Владимировна,<sup>1</sup>**

канд. полит. наук, доцент кафедры правовых и гуманитарных дисциплин,

e-mail: jgr021078@icloud.com,

<sup>1</sup>Московский университет им. С.Ю. Витте, филиал в Рязани, Рязань, Россия

*В статье рассматриваются особенности применения пропорциональной избирательной системы в России и за рубежом. Цель автора заключается в том, чтобы проанализировать и сформулировать основные характерные черты наиболее распространенных методов голосования по пропорциональной системе с учетом исторического аспекта, а также практики применения в современных государствах на выборах в представительные органы власти, развития этого политического института. Данная тема является актуальной в связи с использованием при голосовании в те или иные выборные органы государственной власти и местного самоуправления всех трех моделей выборов: мажоритарной, пропорциональной и смешанной. Это зачастую приводит к возникновению непонимания среди электората особенностей применения той или иной модели, ее недостатков и преимуществ, что, в свою очередь, ведет к нежеланию в этом разобратся и принять участие в голосовании, осознавая свои реальные возможности. В условиях падения правовой культуры граждан, снижения интереса к институту выборов при формировании представительных органов на различных уровнях первоочередного внимания заслуживает практика применения наиболее распространенной модели голосования в мире – в рамках пропорциональной избирательной системы. Беря за основу общеевропейский и российский опыт проведения выборов, автор анализирует основные негативные и положительные стороны организации голосования по партийным спискам, а также пропорциональное представительство с точки зрения возможности выделения тех уровней выборов, на которых использование данной модели избирательной системы целесообразно и сочетает ее с особенностями формы правления, существующей в государстве. В качестве основных результатов формулируются характерные черты пропорциональной модели голосования в представительные органы власти, а также даются рекомендации по эффективному применению на выборах пропорциональной избирательной системы.*

**Ключевые слова:** избирательная система, пропорциональная избирательная система, выборы по партийным спискам, выборы, избиратели, политические партии, голосование

## PROPORTIONAL ELECTORAL SYSTEM: TYPES, FEATURES OF APPLICATION

**Mityaeva Yu.V.,<sup>1</sup>**

candidate of political sciences, associate professor of the department

of the legal and humanitarian disciplines,

e-mail: jgr021078@icloud.com,

<sup>1</sup>Moscow Witte University, the branch in Ryazan, Ryazan, Russia

*This article discusses the features of the application of the proportional electoral system in Russia and abroad. The author's goal is to analyze and formulate the main characteristics of the most common methods of voting under the proportional system, taking into account the historical aspect, as well as the practice of applying in modern states in elections to representative bodies of power, and the development of this political institution. This topic is relevant in connection with the use of all three election models in voting for certain elected bodies of state power and local self-government: majority, proportional and mixed. It often leads to a lack of understanding among the*

*electorate of the features of using a particular model, its disadvantages and advantages, which in turn leads to an unwillingness to understand this and take part in voting, realizing their real capabilities. In the fall the legal culture of citizens, the decline of interest in the institution of elections in the formation of representative bodies at various levels of emphasis is the practice of applying the most common voting patterns in the world – under the proportional electoral system. Taking as a basis the European and Russian experience of elections, the author analyzes the main negative and positive aspects of the organization of vote by party-list proportional representation, in terms of the ability to highlight the level of elections that use this model election system is appropriate and combined it with the features of the form of government that existed in the state. As the main results, the characteristic features of the proportional voting model for representative bodies of power are formulated and also recommendations on the effective use of the proportional electoral system in elections are provided.*

**Keywords:** electoral system, proportional electoral system, party list elections, elections, voters, political parties, voting

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-12-18

### Введение

Реформирование избирательной системы является одним из ключевых моментов формирования федеративных основ российского общества и предполагает выбор модели голосования избирателей за своих представителей в законодательно-представительных органах власти: либо это мажоритарная система, либо пропорциональная, либо смешанная.

Актуальность темы исследования состоит в объективной необходимости политологического анализа и сопоставления имеющегося в этой области опыта проведения выборов по пропорциональной системе, наиболее распространенной в мире, как на федеральном или общегосударственном уровне, так и на уровне местного самоуправления в мировой практике, в Российской Федерации. Особую значимость данное исследование приобретает в связи с законодательной допустимостью подобной модели формирования депутатского корпуса представительных муниципальных органов власти в России.

Объектом научного исследования выступает система общественных взаимоотношений, связанных с реализацией гражданами своих избирательных прав.

Предметом исследования является пропорциональная модель избирательной системы, применяемая на выборах в представительные органы власти.

Цель – провести политологический анализ особенностей пропорциональной избирательной системы, обозначить ее достоинства и недостатки относительно современных российских реалий.

Задачами научного исследования являются:

- 1) проанализировать опыт применения пропорциональной избирательной системы в европейских странах и в России;
- 2) выявить варианты эффективного использования системы пропорционального представительства на выборах различного уровня;
- 3) проанализировать отношение избирателей к возможности применения пропорциональной избирательной системы в Российской Федерации;
- 4) привести рекомендации по эффективному применению на выборах пропорциональной избирательной системы.

В качестве научных методов исследования были использованы методы исторического, политологического системно-структурного анализа, синтеза, а также сравнительный метод.

Характеризуя степень научной разработанности темы, следует отметить, что исследование моделей избирательных систем стало актуально в период буржуазных преобразований в Европе, а также с появлением нового государства – США. Практика применения различных моделей на выборах в представительные органы как государственной, так и муниципальной власти показала необходимость создания концептуальных научных разработок, посвященных моделям избирательной системы. Теории, рассматривающие модель пропорциональной избирательной системы, были созданы уже в XVIII–XIX вв. Именно данная модель избирательной системы стала достаточно быстро распространяться в Европе из-за наиболее полной реализации принципа партийного представитель-

ства. Вопросом разработки системы пропорциональных выборов занимались такие теоретики, как С. Роккан, А. Лейпхарт и др.

### Способы голосования при пропорциональной избирательной системе

Теоретические разработки, посвященные институту пропорциональных выборов, можно условно развести на два направления: теории по модели индивидуальных кандидатур; теории выборов по партийным спискам.

В модели индивидуальных кандидатур электорат отдает свои голоса за тех или иных кандидатов в выборные органы, при этом партийные списки не фигурируют. Характерной же чертой системы пропорционального представительства являются выборы по партийным спискам, но не из списка кандидатов.

Таким образом, модель партийных списков, как базовая для пропорциональной избирательной системы, наиболее актуальна для нашего научного исследования. Данная модель подразделяется на систему свободного указания кандидатур в пределах партийного списка, систему «связанных» списков, панаширование.

Система «связанных» списков, предложенная в 1862 г. в Швейцарии, предполагает, что группа избирателей выставляет список актуальных для нее кандидатур на депутатские мандаты по порядку в зависимости от степени желательности, т.е. от наиболее желательных к наименее желательным кандидатам. Избиратель голосует не за тех или иных кандидатов, а за соответствующий список. При этой системе число проголосовавших избирателей делится на число депутатских мандатов, а на каждый список приходится столько депутатов, сколько раз результат деления будет содержаться в числе поданных за него голосов. Согласно данному методу, получается, что, например, если на один из списков приходится пять депутатских мандатов, то избранными будут первые пять кандидатур из него. Негативным последствием применения данного метода является то, что избиратель голосует скорее просто за партийную принадлежность кандидата, а не за него как такового, тем самым происходит усиление роли партийных комитетов и уменьшается влияние самих избирателей.

Система свободного указания кандидатур в рамках партийного списка прошла апробацию еще в 1899 г. в Бельгии и представляет собой механизм, при котором избиратель голосует за партию и, помимо этого, имеет возможность голосовать за конкретного кандидата внутри этого списка. Таким образом, голос избирателя засчитывается, прежде всего, первому кандидату из представленного списка, а если этот кандидат уже набрал достаточное для получения депутатского мандата количество голосов, то голос переходит ко второму кандидату в списке. Голоса, поданные за отдельных кандидатов, засчитываются за список. Депутатские мандаты распределяются между списками по числу голосов, отданных за каждый из них. Данный метод голосования на сегодняшний день является наиболее распространенным в мире<sup>1</sup>.

Панаширование как один из вариантов при применении пропорциональной избирательной системы представляет собой один из самых технически сложных методов голосования. Избирателю дается право составить свой избирательный список кандидатов из разных списков.

Сами же партийные списки могут быть жесткими, гибкими и открытыми. Жесткий список – список, составленный партией, который нельзя корректировать избирателю. Соответственно, избиратель может лишь либо проголосовать за этот список, либо не голосовать за него в том виде, в котором он был представлен изначально. Мандаты распределяются между кандидатами согласно порядку их размещения в списке, определенном партией. Существенным недостатком такого метода голосования является фактическая узурпация права выбора избирателей, т.к. порядок включения в список определяется либо лидером политической партии, либо ее советом. С точки зрения подсчета и распределения голосов избирателей такой метод требует минимальных затрат. На сегодняшний день он применяется в ряде стран Евросоюза.

Гибкий список предполагает, что избиратель может осуществить выбор кандидатов в рамках представленного списка, но при этом не может влиять на процесс включения того или иного кандидата

<sup>1</sup> Конституционное право зарубежных стран: учебник для вузов / под общ. ред. чл.-корр. РАН, проф. М.В. Баглая, д-ра юрид. наук, проф. Ю.И. Лейбо, д-ра юрид. наук, проф. Л.М. Энтина. – М.: Норма, 2004. – С. 207.

в сам список изначально, т.к. это делают сами партии. У избирателя же есть возможность голосовать либо за одного кандидата в списке, либо за нескольких сразу, либо ранжировать весь их список по своему усмотрению. Данный метод голосования по списку кандидатов в представительные органы применяется в Австрии, Нидерландах, Дании, а также в других странах Европы.

Еще один вариант проведения голосования по пропорциональной системе через панаширование – свободные или открытые списки. В случае применения такого метода голосования избиратель сам может влиять на процесс продвижения вверх кандидата по списку, а также часто используется список с уже пронумерованными фамилиями кандидатов, с правом выбора одного кандидата. В таком случае избиратели отмечают в избирательных бюллетенях либо весь список, либо отдельного кандидата из него. При подсчете голосов одновременно осуществляются два процесса, а именно: голоса за конкретных кандидатов плюсятся к голосам, отданным за партию, и влияют на пропорциональное распределение мест в представительном органе, а также продвигают вверх по списку того или иного кандидата. Этот метод максимально соответствует принципу открытости и свободы выбора своих представителей от лица избирателей в рамках пропорциональной системы. Кроме того, и сами кандидаты в высшей степени заинтересованы в голосах избирателей, как следствие, они ведут активную предвыборную кампанию, т.к. именно избиратели влияют напрямую на процесс изменения списка, ранжируя его<sup>2</sup>. Безусловным недостатком такого метода является сложность в подсчете голосов. Обязательными являются высокая явка и активность избирателей, их желание узнать информацию о каждом из представленных в списке кандидате от той или иной политической партии, сформировать свое мнение, а также не только сделать выбор за конкретную политическую партию, но и ранжировать список.

### **Вопросы эффективности реализации пропорциональной системы на общегосударственных и муниципальных выборах**

Пропорциональная избирательная система, безусловно, актуальна для современных выборных механизмов вследствие универсальности учета голосов избирателей и возможности получить депутатские мандаты представителям политических партий, вне зависимости от их размера и политического опыта, основываясь, прежде всего, на предпочтениях и симпатиях электората. Результаты голосования подразумевают наиболее высокую степень учета голосов избирателей. По сравнению с мажоритарной системой при выборах в представительные органы как государственной власти, так и местного самоуправления система партийных выборов исключает потерю голосов избирателей. Безусловно, существуют так называемые «остатки» голосов, т.е. голосов избирателей, не повлиявших на распределение, и они есть в каждом избирательном округе, что делает эту проблему существенной в том случае, если речь идет о выборах на государственном уровне, т.к. избирательных округов по всей стране может быть множество. Корректировка этих оставшихся без внимания голосов возможна при помощи разделения всей территории государства не на множество избирательных округов, а на один единый избирательный округ.

В целом, можно утверждать, что пропорциональная система выборов позволяет более полно представить политические интересы, предпочтения избирателей и, безусловно, дает корректную расстановку политических сил в обществе, а также способствует обновлению политических партий не только в плане широких возможностей для появления и продвижения новых, обеспечивая прохождение в представительные органы даже тем, кто не обладает большой численностью членов партии, но и в плане реализации принципа сменяемости власти.

Плюсы пропорциональной избирательной системы срабатывают, если в государстве имеется развитая система многопартийности. В противном случае такая модель голосования приведет к вероятной смене правительств в парламентских республиках, нестабильности. Кроме того, голосуя за список, избиратели фактически голосуют за его лидеров, и мало кто из них стремится узнать какую-то информацию о других членах партии. Таким образом, получить депутатские мандаты могут либо одни и те же представители партии из выборов в выборы, либо случайные люди, поставленные наверх партийного

<sup>2</sup> Конституционное право зарубежных стран: учебник для вузов / под общ. ред. чл.-корр. РАН, проф. М.В. Баглая, д-ра юрид. наук, проф. Ю.И. Лейбо, д-ра юрид. наук, проф. Л.М. Энтина. – М.: Норма, 2004. – С. 208.

списка в силу различных субъективных причин, но не за личные качества или уже имеющиеся заслуги перед избирателями, которые не смогли бы одержать лично победу в округах. Подобные варианты также не говорят в пользу данной системы.

Безусловно, достоинства пропорциональной системы выборов оправдывают ее распространенность во всем мире. Тенденция последних десяти лет показывает, что многие государства, сохраняя преимущества процедуры голосования в рамках пропорционального представительства, соединяют с ней некоторые процедуры мажоритарной избирательной системы, что говорит о появлении и распространении смешанных избирательных систем.

### **Практика применения пропорциональной системы выборов за рубежом и в Российской Федерации. Основные тенденции в формировании общественного мнения к возможности применения данной системы выборов в России**

Европейский опыт проведения голосования по системе партийных списков свидетельствует об эффективности пропорциональной избирательной системы в странах с небольшой численностью населения, что в принципе характерно для европейских стран. Важным условием для данной модели выборов выступает развитая многопартийная система и длительная практика применения форм непосредственной демократии. Наиболее часто пропорциональная избирательная система используется в парламентских республиках. Другие государства, отказавшись от партийных выборов, попытались использовать в избирательной практике мажоритарную и смешанную системы, однако опыт показал наибольшую эффективность именно пропорциональной системы, после чего был осуществлен переход обратно на партийные выборы (например, Италия). Другие же государства, такие как Австрия, Швеция, Швейцария, Турция, Финляндия, в течение длительного времени применяют пропорциональную систему, считая, что она является наиболее эффективной<sup>3</sup>.

Конституция в 1993 г. учредила формы реализации права народа на осуществление властных полномочий, что повлекло за собой серьезные изменения в избирательной системе. Помимо мажоритарной системы выборов была утверждена пропорциональная избирательная система, а затем и смешанная. При этом Конституция РФ и федеральное законодательство не содержали каких-либо ограничений в использовании той или иной избирательной модели на различных уровнях и допускали их смешанные варианты<sup>4</sup>.

Ведущими субъектами политических отношений на выборах в России на всех уровнях власти становились крупные общероссийские политические партии, отвечавшие требованиям законодательства по количественным и территориальным характеристикам.

Позже последовали поправки к Федеральному закону РФ № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ», в соответствии с которыми не менее половины депутатских мандатов в законодательном органе государственной власти субъекта РФ либо в одной из его палат распределяются между списками политических партий<sup>5</sup>.

На примере выборов в представительные органы местного самоуправления г. Рязани в течение пяти лет можно выделить некоторые аспекты применения пропорциональной избирательной системы. Выборы проводились в соответствии с федеральным и региональным законодательством, регулирующим их порядок и механизм<sup>6</sup>. Выборы по мажоритарному принципу голосования проходили гораздо чаще, чем по пропорциональному, как на федеральном, так и на муниципальном уровне. За последние

<sup>3</sup> Четвериков А.О. Избирательные системы государств-членов ЕС [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.eulaw.edu.ru/publikatsii/stati-po-pravu-evropejskogo-soyuza/izbiratelnye-sistemy-gosudarstv-chlenov-es-a-o-chetverikov> (дата обращения: 25.02.2021).

<sup>4</sup> Конституция РФ. – М.: Юрид. лит., 1997. – 64 с.

<sup>5</sup> Федеральный закон РФ от 12.06.2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ» // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 24. – 17 июня.

<sup>6</sup> Федеральный закон РФ от 18.05.2005 г. № 51-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 2005. – № 21. – 23 мая; Закон Рязанской области от 25.01.1996 г. «О выборах должностных лиц и представительных органов местного самоуправления» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.base.garant.ru/6967065> (дата обращения: 02.03.2021).

десять лет состав политических партий, принимающих участие в выборах, как в выборные органы государственной власти, так и в муниципальные представительные органы, практически не менялся, с сохранением лидирующих позиций за партией «Единая Россия», которая выдвинула в общей сложности практически в три раза больше кандидатур, чем другие партии.

На муниципальном уровне большинство кандидатов в выборные представительные органы власти являются самовыдвиженцами. По итогам выборов на муниципальном уровне в Рязанской области общее число получивших депутатские мандаты по партийным спискам от партии «Единая Россия» насчитывало в два раза больше голосов, чем от остальных партий. Если проанализировать итоги голосования по одномандатным и многомандатным округам, можно констатировать, что «Единая Россия» получила равное количество голосов с самовыдвиженцами, что в 10–15 раз больше количества голосов, набранных другими политическими партиями [1, с. 126]. Таким образом, реальным соперником ведущей российской политической партии стали не иные политические партии, а те кандидаты, которые выдвинули свои кандидатуры независимо.

Анализ общественного мнения электората Рязанской области по вопросу необходимости и возможности реализации в практике выборов пропорциональной модели голосования показал, что на сегодняшний день степень неприятия населением подобной модели на региональных выборах отклоняется от средних показателей в сторону наибольших значений, что, вероятнее всего, связано с восприятием этого способа голосования как наиболее влияющего на возможность ущемления прав избирателей. При этом наблюдается положительное отношение респондентов к возможности применения такой модели избирательной системы на выборах депутатов Государственной Думы РФ.

### Заключение

По результатам проведенного анализа данных в рамках нашего научного исследования можно сделать следующее заключение: сегодняшние тенденции в реформировании избирательной системы в России должны быть связаны с распространением процедур голосования, применяемых в рамках смешанной избирательной системы, т.к. плюсы пропорционального представительства для российских избирателей не столь значимы в глазах избирателей, как ее недостатки, но в то же время система голосования по спискам должна быть задействована на общенациональном уровне, т.е. при формировании депутатского корпуса Государственной Думы РФ. Это обусловлено тем, что именно пропорциональное представительство способствует появлению и развитию новых политических партий в стране и постепенному привыканию населения к идее партийного представительства в выборных органах власти.

В настоящее время, к сожалению, можно констатировать тот факт, что в большинстве случаев избиратели не задумываются над механизмом избрания депутатов в принципе. Высокий уровень абсентеизма в России напрямую зависит от степени недоверия избирателей к механизмам избирательной системы в России, ее уязвимости с точки зрения не только возможности искажения результатов голосования, но и отражения интересов политических партий, а не интересов избирателей. Как следствие, наблюдается низкий уровень доверия населения к избранным ими депутатам и политическим партиям как таковым [2, с. 112].

Важным аргументом «за» включение механизмов голосования по спискам к процедурам голосования по мажоритарному принципу является то обстоятельство, что длительное доминирование одних и тех же политических партий на внутривыборной арене может вести к снижению политической активности граждан и росту политического конформизма избирателей, а именно: пропорциональное представительство способствует обновлению политической конъюнктуры за счет того, что все голоса избирателей засчитываются, а возможность пройти в представительные органы власти появляется у всех политических партий, зарегистрированных в стране и имеющих поддержку избирателей. В то же время не стоит умалять достоинства голосования по мажоритарному принципу, который позволяет персонифицировать процесс выборов и включает в него не только представителей партий, но и беспартийных кандидатов.

Сегодня для России как никогда актуален вопрос формирования гражданских институтов в обществе, т.к. без них невозможно полноценное функционирование механизмов правового государства.

Базовым условием для развития этих институтов является сформированная у граждан политическая активность, в основе которой лежат равнодушие, заинтересованность в общественно-политической жизни, стремление участвовать в управлении государством, осуществлять общественный контроль за действиями властных органов. В этой связи институт выборов выходит на первый план. Понимание его механизмов, доверие к результатам, включенность политических партий в борьбу за внимание и поддержку избирателей – все это должно быть связано с целесообразностью применения той или иной системы проведения выборов в Российской Федерации.

Действующее избирательное законодательство РФ допускает все три формы голосования на выборах различного уровня, что, с одной стороны, дает максимальную свободу в процессе организации и проведения выборов, а с другой – эта же свобода приводит к расфокусировке как в предвыборных стратегиях политических партий, так и в желании избирателей определяться со своим выбором на голосовании. Последние тенденции в политической жизни российского общества связаны с появлением большого числа новых политических партий, которые опробовали свои возможности на региональных и местных выборах, тем самым не просто заявив о себе, но и выстроив путь в большую политику, что особенно актуально в связи с предстоящими выборами в Государственную Думу РФ в 2021 г. Учитывая подобные новации, можно говорить о смещении вектора политических технологий в сторону партийного представительства, а также о возможности, в перспективе, закрепления модели выборов по партийным спискам как основной на выборах в законодательно-представительный орган страны.

#### Список литературы

1. Шапошникова Е.А. Становление избирательной системы партийных списков в современной России (на муниципальном уровне в Рязанской области). – М.: Институт стран СНГ, 2012. – 140 с.
2. Митяева Ю.В. Некоторые вопросы электорального абсентеизма в России // Научные труды Московского университета им. С.Ю. Витте. – 2019. – № 6. – С. 109–115.
3. Иванченко А.В., Кынев А.В., Любарев А.Е. Пропорциональная избирательная система в России: история, современное состояние, перспективы. – М.: Аспект Пресс, 2005. – 332 с.
4. Котегова М.А. Пропорциональная избирательная система: российский и зарубежный опыт: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.02. – М., 2007. – 211 с.

#### References

1. Shaposhnikova E.A. Stanovlenie izbiratel'noj sistemy partijnyh spiskov v sovremennoj Rossii (na municipal'nom urovne v Ryazanskoj oblasti). – M.: Institut stran SNG, 2012. – 140 s.
2. Mityaeva Yu.V. Nekotorye voprosy elektoral'nogo absenteizma v Rossii // Nauchnye trudy Moskovskogo universiteta im. S.Yu. Vitte. – 2019. – № 6. – S. 109–115.
3. Ivanchenko A.V., Kynev A.V., Lyubarev A.E. Proporcional'naya izbiratel'naya sistema v Rossii: istoriya, sovremennoe sostoyanie, perspektivy. – M.: Aspekt Press, 2005. – 332 s.
4. Kotegova M.A. Proporcional'naya izbiratel'naya sistema: rossijskij i zarubezhnyj opyt: avtoref. dis... kand. yurid. nauk: 12.00.02. – M., 2007. – 211 s.

УДК 342.951

## ВЫДЕЛЕНИЕ ИЗ МИРОВОЙ СЕТИ РУНЕТА КАК НОВОГО ПОЛЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

**Слюсаренко Татьяна Валерьевна,<sup>1</sup>**

*канд. юрид. наук, доцент, зав. кафедрой теории и истории государства и права,  
e-mail: tslyusarenko@muiiv.ru,*

**Савошчикова Евгения Васильевна,<sup>1</sup>**

*канд. юрид. наук, доцент, зам. зав. кафедрой теории и истории государства и права,  
e-mail: jene30@muiiv.ru,*

<sup>1</sup>Московский университет им. С.Ю. Витте, Москва, Россия

*В статье рассматривается российский сегмент интернета как площадка для возникновения новых видов регулируемых правом отношений. Отмечается, что нынешняя «мировая паутина» представляет собой крупнейший пласт самой разнообразной информации, насчитывая громадное количество сервисов и более 3,3 млрд абонентов, являясь технологией, которая не обошла стороной практически никого. Показывается, что сегодня интернет открывает для людей и государств безграничные возможности по получению знаний, ведению научной деятельности, улучшению процедуры взаимодействия как между гражданами различных стран, так и самими государствами. Указывается на необходимость детализации правоприменительной деятельности, усиленной координации с техническими отраслями информатики и кибернетики при разработке соответствующего законодательства. Подчеркиваются значимость и актуальность необходимости разграничения национальной части интернета и выделения правового регулирования в российском сегменте сети, установления неэффективных способов регулирования рассматриваемых отношений, а также выделяются причины большого количества проблем в правовом регулировании российского сегмента сети и предлагаются некоторые пути их решения.*

**Ключевые слова:** *нормативно-правовое регулирование сети Интернет, правовое регулирование Рунета, невидимый интернет (темный интернет), Freenet, Level B, доменная зона*

## SEPARATION FROM THE WORLD NETWORK RUNET AS A NEW FIELD OF LEGAL REGULATION OF RUSSIAN LEGISLATION

**Slyusarenko T.V.,<sup>1</sup>**

*candidate of juridical sciences, associate professor, head of the department  
of the theory and history of the state and law,  
e-mail: tslyusarenko@muiiv.ru,*

**Savoshchikova E.V.,<sup>1</sup>**

*candidate of juridical sciences, associate professor, deputy head of the department  
of the theory and history of the state and law,  
e-mail: jene30@muiiv.ru,*

<sup>1</sup>Moscow Witte University, Moscow, Russia

*In the article it is considered the Russian segment of the Internet as a platform for the emergence of new types of relations regulated by law. It is noted that the current “world wide web” is a huge layer of the most diverse information, which counts a huge number of services and more than 3,3 billion subscribers, and this technology has not spared almost anyone. It is displayed that today the Internet opens up endless opportunities for people and states for gaining knowledge, conducting scientific activities, improving the procedure for interaction, both between citizens of different countries and the states themselves. It is pointed out the need to detail law enforcement, the*

*need for enhanced coordination with the technical branches of informatics and cybernetics in the development of relevant legislation. It is emphasized the importance and relevance of the need to delimit the national part of the Internet and highlight legal regulation in the Russian segment of the network, establish ineffective methods of regulating the relations under consideration, also the reasons for a large number of problems in the legal regulation of the Russian segment of the network are highlighted and some ways to solve them are suggested.*

**Keywords:** legal regulation of the Internet, legal regulation of the Runet, invisible Internet (dark Internet), Freenet, Level B, domain zone

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-19-24

История развития сети Интернет показала одну важную особенность – интернет неоднороден по своей природе и состоит из совокупности различных сетей, которые могут классифицироваться по большому спектру оснований: по типу ресурсов, характеру распространения информации, техническим моментам, но наиболее часто упоминаемая фрагментация затрагивает национальную составляющую. Сразу же следует отметить, что отграничить национальную часть сети Интернет от международной или от части сети другого государства крайне проблематично, но сделать это необходимо, т.к., уже отталкиваясь от этого разграничения, нужно предпринимать меры по ее правому регулированию<sup>1</sup>.

Сложности, с которыми сталкивается законодатель, носят правовой, технический и логический характер. С технической стороны реально разобраться, опираясь на доменную зону, которую использует интернет-ресурс, либо по месту регистрации, но зачастую ресурсы, которые касаются информационного поля, например России, зарегистрированы в других странах, усугубляя ситуацию. Исправить окончательно данное положение можно заключив дополнительные соглашения между странами. Определение логического характера трудно тем, что сайт или ресурс может затрагивать отношения неопределенного характера, например, может быть огромным форумом, в рамках которого комьюнити разбирает и общается на самые разнообразные темы, причем следует учитывать, что само комьюнити далеко не всегда представляет из себя пользователей одной страны.

Если все-таки попробовать выделить Рунет, то предварительно необходимо будет не только решить указанные спорные моменты, но и учесть такие два явления всемирной паутины, как глубокий интернет и темный интернет.

Единого определения Рунета на данный момент не существует. Так, например, крупная интернет-компания «Яндекс» считает, что Рунет – это совокупность серверов в доменных зонах *rf, su, ru, at, az, by, ge, kg, kz, md, ua, ukr, uz*. Однако такое определение является не совсем верным и не отражает полностью всех ресурсов, т.к. не указаны некоторые ресурсы в других доменах, таких как *.org, .inc*, а также упущены неиндексированные сегменты интернета. Минкомсвязи России дает предельно простое определение, согласно которому Рунет – российская часть сети Интернет. Ранее преобладала версия, по которой Рунетом считалась доменная зона *.ru* (отсюда и возникло название).

В попытках дать наиболее полное и объемное определение приходим к выводу, что необходимо вобрать лучшие моменты из высказываний «Яндекса», словаря Артемия Лебедева, а также принять во внимание темный и глубинный интернет. Таким образом, Рунет – это совокупность интернет-ресурсов, всевозможных приложений для различных операционных систем, социальных сервисов, а также сайтов, которые используются русскоязычным комьюнити, базируются на российских серверах и (или) расположены на доменах типа *.rf, .ru, .org, .kz, .ua* и др., а также ряд сервисов и ресурсов, которые находятся в неиндексированном сегменте интернета.

В рамках определения Рунета уже неоднократно упоминалось о темном и глубинном интернете. Однако здесь необходимо пояснить, что он сам по себе не является частью какой-либо национальной сети, но некоторые его элементы частично относятся к Рунету. Чтобы определить, какие именно, необходимо раскрыть два этих понятия.

<sup>1</sup> Брэд Чако. Darknet – анонимные и потайные закоулки Сети [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.osp.ru> (дата обращения: 12.06.2020).

Глубинный интернет (невидимый интернет) – совокупность анонимных надгосударственных сетей, которые построены на самоорганизующихся принципах, а сеть является децентрализованной и с открытым исходным кодом. Основная особенность данного типа сетей состоит в том, что сайты не отвечают на внешние поисковые запросы, возможность входа существует только с помощью адресной книги либо специализированного комплекса программного обеспечения, а также данная сеть фактически скрыта как для государственных органов, так и для простых пользователей [1].

I2P (название проекта невидимого интернета) представляет самую серьезную проблему (наравне с темным интернетом) для правительства и законодателя по тем причинам, что у сайтов в данных сетях нет ни места регистрации, ни домена в привычном для нас понимании, а также почти невозможно отследить пользователя. Блокировать или запрещать данные внутри сети технически невозможно, т.к. сеть является децентрализованной и потеря одного элемента не сказывается на общей работоспособности, кроме того, функциональные ее части разрознены и спрятаны, в данных сетях нет IP-адресов (по которым и производится блокировка), существуют сложноустроенные криптографические ключи с динамической системой обновления. Следует еще учесть и то, что сами данные во время передвижения по сети зашифрованы и отправляются определенными группами. Сказанное явно дает понять, что данная сеть является предельно анонимной, но она не всегда несет в себе преступный контент. Та часть I2P, которая ориентирована на преступно настроенных пользователей, называется темным интернетом.

Проблема темного интернета еще острее, чем глубинного, т.к. темная сеть целенаправленно создана для размещения контента сомнительного характера: запрещенных порнографических материалов, информации для террористической деятельности, а также той, которая предназначена для использования и создания самодельных взрывных устройств, и т.д.. Учитывая то, что и в глубинном, и в темном интернете существуют русскоязычные ресурсы, считаем необходимым указывать это в рамках определения Рунета. Кроме того, следует уделить этому должное внимание при разработке будущих законопроектов, т.к. определено, что значительная часть угроз может исходить именно с этой, темной стороны интернета. На данный момент не существует нормативно-правовых актов, в которых хотя бы имело место упоминание Darknet'а, законодатель предпочитает данное явление игнорировать, а в должностных инструкциях Роскомнадзора также нет информации, связанной с Darknet'ом. Почти вся деятельность по регулированию интернета основана на привычных сетях, а выгрузка из единого реестра запрещенных сайтов, по которой проверяются операторы связи, не содержит ресурсов из темного интернета, несмотря на то, что большое количество преступлений организуются и обеспечиваются благодаря именно этой части интернета.

В итоге, наиболее правильное понимание российского сегмента сети Интернет построено на двух основах: в узком и широком смысле. Под Рунетом в узком ключе понимается та часть российской сети, на которую действительно может воздействовать законодатель. Раскрытие широкого смысла уже было сделано ранее, но стоит еще раз подчеркнуть, что нельзя отделять Рунет от русскоязычных ресурсов темного интернета, а особое внимание следует уделить торговым площадкам, посредством которых происходит торговля ограниченными либо полностью изъятыми из гражданского оборота вещами.

В качестве небольшого дополнительного материала можно проанализировать профессиональный взгляд на глубинный и темный интернет. Но сразу нужно оговориться, что тут принимаются во внимание скорее техническая и социальная сторона данного явления и игнорируются юридические особенности. Классификация устроена по уровням, каждый из которых представляет собой сгруппированные сети по признакам доступности, техническому устройству и популярности.

Первым уровнем является Level D – самый высокий уровень сети, представленный официальными новостными сайтами, правительственными ресурсами, социальными сетями. Данный уровень постепенно переходит в Level C – сети, построенные на принципах луковой маршрутизации, определенной удаленности, в которых уже есть некоторые моменты анонимности, включено шифрование. На этом уровне уже начинает функционировать глубинный и темный интернет, представлены сообщества хакеров-энтузиастов, а также имеет место широкое распространение концепции мемов.

Меметика – это эволюционный взгляд на культуру общества, поддержка идей о «мутациях» культурных процессов и самих мемов (единица культурной информации) [2]. Мемом может считаться любая идея, символ, манера или образ действия, осознанно или неосознанно передаваемые от человека к

человеку посредством речи, письма, видео, ритуалов, жестов. На данном уровне широко распространены учения о свободном Интернете, начинает формироваться анонимная сеть Freenet – одноранговая сеть, предназначенная для децентрализованного распределенного хранения данных без возможности их цензуры, созданная с целью предоставить пользователям электронную свободу слова путем обеспечения их строгой анонимности. Freenet работает на основе объединения в общий фонд (пулинга) предоставленной пользователями (членами сети) своей полосы пропускания и дискового пространства своих компьютеров для публикации или получения из Freenet разного рода информации [3].

По существу, основным замыслом Freenet является то, что никому не позволено решать, что приемлемо. В сети поощряется терпимость к ценностям других, а в случае отсутствия последней пользователей просят закрыть глаза на содержание, которое противоречит их взглядам [1].

Следующий уровень – Level B. Данную часть темного интернета можно назвать «темнейшей», которая характеризуется усложненной процедурой входа, использованием нетипичных протоколов связи. Структура сети отличается от ранее созданных, принципы работы которой пока не понятны. В данной сети не бывает случайных пользователей. Для входа используются измененные варианты устаревших браузеров и другого программного обеспечения, а также на данном уровне существует определенный перевал, которым является форум с особой организацией.

Level B имеет еще одну особенность – на данном уровне расположены ресурсы для взаимодействия и управления обычным интернетом, к которым относятся либо ресурсы администрирования сети, либо возможность проникать и использовать сайты провайдеров компаний и правительственные ресурсы.

Кроме того, на данном уровне есть свои аналоги привычных сайтов: свой видеохостинг, свои файлообменники и торрент-трекеры. Используя данную сеть, реально найти кэш-файлы крупных поисковиков, кэш-файлы пользователей, а также в данную сеть утекает информация конфиденциального характера. Периодически в условно открытый доступ выкладывается информация банковского сектора. На стыке уровней B и C находятся правительственные каналы экстренной связи, сети государственных и военных структур, элементы управления взаимодействием государственных органов и резервные радиоканалы на случай боевых действий.

К сожалению, на данном этапе преждевременно говорить о таком вполне логичном, но пока трудно реализуемом шаге, как создание единого кодифицированного акта о сети Интернет, но можно уже сейчас подготавливать как законодателя, так и общественность, постепенно создавая базу для трансформации нормативно-правового регулирования сети Рунет.

Первые шаги в данном направлении уже делаются. Так, 1 мая 2019 г. был принят Федеральный закон РФ № 90-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О связи” и Федеральный закон “Об информации, информационных технологиях и о защите информации”», получивший известность как «Закон о Рунете»<sup>2</sup>. Многие задаются вопросом: для чего был принят этот закон и не ограничил ли он интернет в России?

Ответ на поставленный вопрос был дан Минкомсвязи России на своем официальном сайте: необходимость принятия Федерального закона РФ от 01.05.2019 г. № 90-ФЗ обусловлена возможностью влияния зарубежных стран на киберпространство и цифровую экономику Российской Федерации. В этих условиях необходимы защитные меры для обеспечения целостности, устойчивости и безопасности функционирования сети Интернет на территории РФ<sup>3</sup>.

Данные поправки направлены на сохранение стабильной работы Рунета на случай отключения России от глобальной сети [4]. Закон предусматривает множество новых обязанностей для операторов связи:

1) операторы должны оснастить свои сети связи техническими средствами противодействия угрозам Рунету;

2) при возникновении угроз Рунету Роскомнадзор сможет централизованно управлять сетью связи общего пользования. В рамках такого управления у ведомства будет право передавать операторам

<sup>2</sup> Федеральный закон РФ от 01.05.2019 г. № 90-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "О связи" и Федеральный закон "Об информации, информационных технологиях и о защите информации"» // Собрание законодательства РФ. – 2019. – № 18. – Ст. 2214.

<sup>3</sup> Официальный сайт Минкомсвязи России [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.digital.gov.ru> (дата обращения: 26.04.2021).

связи обязательные для выполнения указания. Кроме того, потребуется соблюдать правила маршрутизации сообщений электросвязи, если их получателем или отправителем выступает пользователь в РФ;

3) у операторов связи появилась обязанность участвовать в учениях для получения практических навыков обеспечения устойчивой, безопасной и целостной работы Рунета [5].

Однако все еще непроработанным в настоящее время остается вопрос, связанный с установлением перечня требований к зарубежным технологическим компаниям, осуществляющим деятельность в Рунете. Так, видится возможным в дальнейшем усилиями профильных Министерств Правительства РФ разработать и представить предложения по установлению дополнительных требований к названным компаниям, в том числе в части, касающейся открытия представительств этих компаний на территории РФ.

Кроме того, в настоящее время в геометрической прогрессии увеличивается количество преступлений в сети Интернет, в том числе и связанных с сохранением и использованием персональных данных, соблюдением безопасности при использовании Рунета [6]. Для предотвращения незаконного распространения указанных данных возможно, по мнению авторов, ужесточить наказания по ст. 13.11 Кодекса об административных правонарушениях РФ (далее – КоАП РФ), а также увеличить срок давности по подобным правонарушениям хотя бы до одного года, т.к. в настоящее время он составляет всего три месяца, что явно не способствует предотвращению совершения подобных правонарушений.

В связи с принятием в 2020 г. «Правил установки, эксплуатации и модернизации в сети связи оператора связи технических средств противодействия угрозам устойчивости, безопасности и целостности функционирования на территории Российской Федерации информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" и сети связи общего пользования»<sup>4</sup> видится необходимым предусмотреть в КоАП РФ отдельную статью, предусматривающую наказания за нарушение интернет-провайдерами указанного порядка установки, эксплуатации и модернизации технических средств борьбы с угрозами Рунету.

В завершение следует еще раз обратить внимание на то, что в настоящее время увеличивается количество интернет-сайтов в Рунете, происходит рост объемов размещенной на них информации, а также увеличивается интенсивность ее использования, в т.ч. за счет мобильных пользователей [7, с. 49]. Перечисленные факторы делают все более актуальной тематику, связанную с формированием в России нового правового института – Рунета, а также показывают необходимость его дальнейшего правового регулирования.

### Список литературы

1. *Каррыев Б.С.* Интернет, краткая история и влияние на общество. – Саарбрюккен, Германия: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2015. – 124 с.
2. *Мирских И.Ю., Минглаев Ж.А.* Правовое регулирование прав на результаты интеллектуальной деятельности в России и за рубежом // Вестник Пермского университета. Сер. Юридические науки. – 2015. – № 3 (29). – С. 44–47.
3. *Разуваев В., Аверина О.* Нужен ли закон об Интернете? // ЭЖ-Юрист. – 2010. – № 39. – С. 34–36.
4. *Нестеров С.Е.* Закон о суверенном Рунете: к чему готовиться операторам связи? // Услуги связи: бухгалтерский учет и налогообложение. – 2019. – № 3. – С. 23–33.
5. *Будакова Н.И.* Правила прохождения операторами связи учений по обеспечению безопасности Рунета // Услуги связи: бухгалтерский учет и налогообложение. – 2020. – № 1. – С. 59–63.
6. *Мельников В.Ю.* Противодействие преступлениям экстремистской направленности в Российской Федерации // Российский следователь. – 2020. – № 7. – С. 57–61.
7. *Брумштейн Ю., Бондарев А.* Сайты Рунета: варианты политики разграничения доступа к информации и ее размещения пользователями // Авторское право и смежные права. – 2016. – № 5. – С. 49–60.

<sup>4</sup> Постановление Правительства РФ от 12.02.2020 г. № 126 «Об установке, эксплуатации и о модернизации в сети связи оператора связи технических средств противодействия угрозам устойчивости, безопасности и целостности функционирования на территории Российской Федерации информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" и сети связи общего пользования» // Собрание законодательства РФ. – 2020. – № 8. – Ст. 1001.

### References

1. *Karryev B.S.* Internet, kratkaya istoriya i vliyanie na obshchestvo. – Saarbryukken, Germaniya: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2015. – 124 s.
2. *Mirskih I.Yu., Minglaev Zh.A.* Pravovoe regulirovanie prav na rezul'taty intellektual'noj deyatel'nosti v Rossii i za rubezhom // Vestnik Permskogo universiteta. Ser. Yuridicheskie nauki. – 2015. – № 3 (29). – S. 44–47.
3. *Razuvaev V., Averina O.* Nuzhen li zakon ob Internetе? // EZH-Yurist. – 2010. – № 39. – S. 34–36.
4. *Nesterov S.E.* Zakon o suverennom Runete: k chemu gotovit'sya operatoram svyazi? // Uslugi svyazi: buhgalterskij uchet i nalogooblozhenie. – 2019. – № 3. – S. 23–33.
5. *Budakova N.I.* Pravila prohozhdeniya operatorami svyazi uchenij po obespecheniyu bezopasnosti Runeta // Uslugi svyazi: buhgalterskij uchet i nalogooblozhenie. – 2020. – № 1. – S. 59–63.
6. *Mel'nikov V.Yu.* Protivodejstvie prestupleniyam ekstremistskoj napravlenosti v Rossijskoj Federacii // Rossijskij sledovatel'. – 2020. – № 7. – S. 57–61.
7. *Brumshtejn Yu., Bondarev A.* Sajty Runeta: varianty politiki razgranicheniya dostupa k informacii i ee razmeshcheniya pol'zovatel'nyami // Avtorskoe pravo i smezhnye prava. – 2016. – № 5. – S. 49–60.

УДК 343.97

## ПРОБЛЕМЫ ПЕРСОНИФИКАЦИИ ДАННЫХ В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ

Гиреев Джафар Темирланович,<sup>1</sup>  
аспирант,

e-mail: Gireev166@mail.ru,

<sup>1</sup>Российская академия народного хозяйства и государственной службы  
при Президенте РФ, Москва, Россия

*В статье анализируются научные подходы и нормы российского законодательства о персональных данных. При этом персональные данные рассматриваются как правовая категория, включающая в себя массив информации, позволяющей отличать одного человека от другого, показывающей способности, которыми обладает субъект персональных данных, а также указывающей на его конституционно-правовой и административно-правовой статус.*

**Ключевые слова:** государство, цифровизация, персональные данные, цифровые права, информационное общество, цифровые технологии

## PROBLEMS OF DATA PERSONIFICATION IN THE DIGITAL AGE

Gireev J.T.,<sup>1</sup>

postgraduate,

e-mail: Gireev166@mail.ru,

<sup>1</sup>Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Moscow, Russia

*The article analyzes the scientific approaches and norms of the Russian legislation on personal data. At the same time personal data is considered as a legal category, which includes an array of information allowing to distinguish one person from another; showing the abilities, that the subject of personal data has, and also indicating its constitutional and administrative status.*

**Keywords:** state, digitalization, personal data, digital rights, information society, digital technologies

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-25-28

В социальной жизни каждый человек в той или иной мере участвует в качестве отдельного субъекта в различных общественных отношениях, связанных с сохранением в секрете своих персональных данных. Согласно некоторым авторам, наиболее часто такие отношения возникают в сферах финансов, образования, здравоохранения, при осуществлении адвокатской и нотариальной деятельности, расследовании уголовных дел. Зачастую в процессе развития данных отношений возникают конфликтные ситуации, которые, по мнению Э.В. Талапиной, могут быть классифицированы на несколько групп по основанию того, с чем вступает в противоречие защита персональных данных при ее осуществлении [1, с. 128].

### *1. Защита персональных данных и публичный интерес.*

В большинстве государств мира установлены специальные правила хранения персональных данных своего населения. В связи с этим зачастую возникает вопрос о том, кто является их собственником, поскольку интересы субъекта данных противопоставляются интересам национальной безопасности и другим публично-правовым интересам государства. Так, Федеральным законом РФ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части уточнения порядка обработки персональных данных в информационно-телекоммуникационных сетях»<sup>1</sup> установлена обязанность

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон РФ от 21.07.2014 г. № 242-ФЗ (ред. от 31.12.2014 г.) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части уточнения порядка обработки персональных данных в информационно-телекоммуникационных сетях» // Российская газета. – 2014. – № 163.

операторов обеспечивать запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение персональных данных граждан Российской Федерации с использованием баз данных, находящихся на территории страны, при сборе персональных данных, в том числе посредством сети Интернет. При этом следует сказать, что не только Россия, но и множество других государств, например Япония, Турция, Аргентина, обязывают операторов электронных ресурсов осуществлять локализацию персональных данных своих пользователей [2, с. 142].

Названный закон не предусматривает обязанность получения согласия субъекта данных на их передачу за пределы России, что не соответствует положениям ст. 23 и ч. 4 ст. 29 Конституции РФ. Неисполнение операторами персональных данных этой обязанности влечет за собой возможность привлечения их к административной ответственности согласно ст. 13.11 «Нарушение законодательства Российской Федерации в области персональных данных» Кодекса РФ об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ). Вместе с тем с иностранной компании-оператора, не открывшей своего представительства в России, взыскать административный штраф, предусмотренный санкцией данной статьи КоАП РФ, практически невозможно [3].

### *2. Защита персональных данных и информация ограниченного доступа.*

Персональные данные и информация ограниченного доступа являются взаимосвязанными между собой правовыми категориями, хотя и относятся соответственно к частному и публичному праву. Из данного обстоятельства вытекает конфликтная ситуация, разрешать которую пришлось Конституционному суду РФ (далее – КС РФ).

Гражданин Круглов обратился в государственное бюджетное учреждение здравоохранения с просьбой удалить со своей базы данных его персональные данные, обрабатываемые, по его мнению, противозаконно. Однако в этом ему было отказано со ссылкой на то, что законодательством такая обязанность для медицинских учреждений не предусмотрена. Гражданин Круглов обратился в КС РФ за разъяснением соответствующих положений законодательства Российской Федерации о персональных данных. На это КС РФ указал, что учреждения здравоохранения вправе хранить информацию о состоянии здоровья своих пациентов только с целью обеспечения их права на его охрану и качественное оказание неотложной медицинской помощи. При этом информация такого характера должна обеспечиваться соблюдением врачебной тайны. В этой связи требование пациента как субъекта персональных данных об удалении информации о состоянии своего здоровья с электронной базы данных медицинского учреждения не подлежит удовлетворению<sup>2</sup>.

Конституционный суд РФ оценивает персональные данные как важнейшую информацию конфиденциального характера, равную по своей значимости банковской, нотариальной, адвокатской тайне, тайне исповеди и другим тайнам человека, охраняемым законом. Кроме того, КС РФ указывает, что запрет на их разглашение обусловлен интересами нераспространения сведений, составляющих соответствующую тайну.

В своем Определении от 06.10.2015 г. № 2443-О КС РФ указал, что разглашение персональных данных, как и иных сведений, в любой мере относящихся к охраняемой законом тайне, является посягательством на права личности, представляющим общественную опасность»<sup>3</sup>.

### *3. Защита персональных данных и технологии обработки больших данных.*

По общему правилу, субъект персональных данных должен давать письменное согласие на их обработку. Данное положение представляется обоснованным. Вместе с тем последствия такого согласия в силу специфики технологий больших данных, применяемых в настоящее время, зачастую предугадать невозможно, что делает согласие субъекта персональных данных не более чем фикцией, поэтому его нельзя оценивать как главное основание, придающее правомерность их обработке.

<sup>2</sup> См.: Определение Конституционного суда РФ от 16.07.2013 г. № 1176-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Круглова Александра Геннадьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 4 части 2 статьи 10 Федерального закона "О персональных данных"» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.legalacts.ru/doc/opredelenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-16072013-n-1176-o-ob> (дата обращения: 21.04.2021).

<sup>3</sup> См.: Определение Конституционного суда РФ от 06.10.2015 г. № 2443-О «По жалобе граждан Динзе Дмитрия Владимировича и Сенцова Олега Геннадьевича на нарушение их конституционных прав положениями пункта 3 части второй статьи 38, части третьей статьи 53 и статьи 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71145924> (дата обращения: 21.04.2021).

Одним из способов предотвращения потенциальных нарушений является процедура обезличивания персональных данных<sup>4</sup>. Однако российское законодательство содержит лишь предложения общего характера, обращенные к контролерам и обработчикам персональных данных, руководствоваться последними достижениями науки и техники по применению методов обезличивания таких данных.

*4. Защита персональных данных, свобода и нейтральность интернета.*

Нейтральность интернета является одним из его основополагающих принципов. Согласно этому принципу, оператор данной электронной сети не должен устанавливать никаких приоритетов и привилегий при предоставлении доступа к веб-сайтам. Скорость доступа к ним должна быть равной для всех пользователей вне зависимости от содержания сайтов, владельцами которых они являются. Наиболее остро данное противоречие проявляется при обнародовании лживых (фейковых), а также устаревших новостей, что не может не касаться и персональных данных.

*5. Защита персональных данных и другие права человека.*

Наиболее распространенными конфликтами являются конфликты между правом на защиту персональных данных и правом на свободу выражения своей точки зрения по тому или иному вопросу. При установлении равновесия между данными правами должно учитываться следующее:

- 1) имеет или нет противоречие общественный интерес;
- 2) является ли лицо, оказавшееся в центре конфликта, публичным и насколько;
- 3) является ли распространяемая информация достоверной и как она была получена;
- 4) каковы последствия обнародования информации;
- 5) насколько суровым является поименное наказание.

Данный конфликт трудно разрешим, поскольку универсального пути его разрешения нет. Данное обстоятельство сказалось на содержании Общего регламента по защите персональных данных<sup>5</sup> (далее – Регламент). Так, в ст. 85 «Обработка и свобода выражения мнений и информации» Регламента закреплена обязанность государств, являющихся членами Европейского союза, в законодательном порядке согласовать право на защиту персональных данных и право на свободу выражения мнений и распространения информации [4, с. 246].

*6. Защита персональных данных и права работодателя.*

В последние годы возникла такая категория споров между работодателями и работниками, как споры, связанные с мониторингом электронной почты последних. Суть данного вопроса КС РФ раскрыл в своем Постановлении от 26.10.2017 г. № 25-П «По делу о проверке конституционности п. 5 ст. 2 Федерального закона "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" в связи с жалобой гражданина А.И. Сушкова»<sup>6</sup>.

Работодатель истолковал отправление Сушковым корпоративной информации с электронного адреса предприятия на свой личный электронный адрес как разглашение конфиденциальной информации. Суд при рассмотрении данного дела принял сторону работодателя. Свою точку зрения суд обосновал действием пользовательского соглашения, согласно которому работодатель вправе как закрывать, так и разрешать доступ к информации, сосредоточенной на его почтовом адресе. Тем самым КС РФ предоставил право организациям включать в свои локальные нормативные правовые акты запрет на передачу ее работниками какой-либо информации с корпоративного электронного адреса на свой личный электронный адрес.

Таким образом, использование гражданами цифровых технологий существенно сокращает время получения ими искомой информации, которая хранится в информационных массивах (учетах) элек-

<sup>4</sup> См.: Приказ Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций РФ от 05.09.2013 г. № 996 «Об утверждении требований и методов по обезличиванию персональных данных» // Российская газета. – 2013. – № 208.

<sup>5</sup> См.: Регламент № 2016/679 Европейского парламента и Совета Европейского союза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС (Общий регламент о защите персональных данных)» [рус., англ.] (принят в г. Брюсселе 27.04.2016 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=INT&n=60453#09554366703568662> (дата обращения: 16.05.2021).

<sup>6</sup> См.: Постановление Конституционного суда РФ от 26.10.2017 г. № 25-П «По делу о проверке конституционности пункта 5 статьи 2 Федерального закона "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" в связи с жалобой гражданина А.И. Сушкова» // Вестник Конституционного суда РФ. – 2017. – № 6.

тронных систем. Вводится туда информация их операторами, которые ее же и обрабатывают. По причине того, что применение цифровых технологий существенно облегчает жизнь человеку, она не может быть закрытой. В цифровую эпоху личная информация, к которой относятся и персональные данные конкретного человека, является товаром, соответственно, она подлежит защите от попыток третьих лиц неправомерно завладеть ею с целью использования в своих корыстных целях. Высокий уровень развития в настоящее время цифровых технологий сделал идентификацию (отождествление) личности человека безошибочной в силу того, что он обладает множеством присущих только ему (субъекту данных) признаков. При этом его идентификация с использованием цифровых технологий все более и более ускоряется, а также упрощается.

### Список литературы

1. *Талапина Э.В.* Защита персональных данных в цифровую эпоху: российское право в европейском контексте // Труды Института государства и права РАН. – 2018. – Т. 13. – № 5. – С. 117–150.
2. *Иванов А.А.* Хранение персональных данных за рубежом с точки зрения российского права // Закон. – 2015. – № 1. – С. 134–143.
3. *Жердина С.А.* Локализация персональных данных россиян для иностранных компаний // ЭЖ-Юрист. – 2017. – № 3.
4. *Постникова Е.В.* Некоторые аспекты правового регулирования защиты персональных данных в рамках внутреннего рынка Европейского союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2018. – № 1. – С. 234–254.

### References

1. *Talapina E.V.* Zashchita personal'nyh dannyh v cifrovuyu epohu: rossijskoe pravo v evropejskom kontekste // Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN. – 2018. – T. 13. – № 5. – S. 117–150.
2. *Ivanov A.A.* Hranenie personal'nyh dannyh za rubezhom s tochki zreniya rossijskogo prava // Zakon. – 2015. – № 1. – S. 134–143.
3. *Zherdina S.A.* Lokalizaciya personal'nyh dannyh rossiyan dlya inostrannyh kompanij // EZh-Yurist. – 2017. – № 3.
4. *Postnikova E.V.* Nekotorye aspekty pravovogo regulirovaniya zashchity personal'nyh dannyh v ramkah vnutrennego rynka Evropejskogo soyuza // Pravo. Zhurnal Vysshej shkoly ekonomiki. – 2018. – № 1. – S. 234–254.

УДК 347.45/.47

## ОСОБЕННОСТИ СТРАХОВОГО ИНТЕРЕСА В ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

**Романова Ирина Николаевна,<sup>1</sup>**

*канд. юрид. наук, доцент, зав. кафедрой гражданского права и процесса,*

*e-mail: iromanovarzn@bk.ru,*

<sup>1</sup>*Московский университет им. С.Ю. Витте, филиал в Рязани, Рязань, Россия*

*В статье на основе изучения научных трудов, анализа действующего законодательства и референтной судебной практики исследуются специфические аспекты интереса субъектов предпринимательской деятельности в обеспечении защиты бизнеса от вероятных рисков, сопряженных с осуществляемой деятельностью, посредством универсального механизма страхования. Отмечается, что событие, рассматриваемое в качестве страхового риска, должно обладать признаками вероятности, т.е. потенциальной возможности наступления, а также случайности, которая обычно ассоциируется с неосведомленностью заинтересованного лица относительно наступления этого события. Обосновывается, что выделение в структуре страхового интереса частных и публичных начал позволяет разрешить существующий в науке спор о целях страхования, которые не могут ограничиваться только защитой интересов слабой стороны даже в отношениях по обязательному страхованию.*

**Ключевые слова:** предпринимательский риск, причинение вреда, страховой интерес, страховая защита, страховой риск, управление рисками, юридическая ответственность

## FEATURES OF INSURANCE INTEREST IN BUSINESS

**Romanova I.N.,<sup>1</sup>**

*candidate of juridical sciences, associate professor, head of the department of the civil law and process,*

*e-mail: iromanovarzn@bk.ru,*

<sup>1</sup>*Moscow Witte University, the branch in Ryazan, Ryazan, Russia*

*In the article, based on the study of scientific works, analysis of the current legislation and reference judicial practice, specific aspects of the interest of business entities in ensuring the protection of business from possible risks associated with the activities carried out through a universal insurance mechanism are investigated. It is noted that an event considered as an insurance risk must have signs of probability, that is the potential for an occurrence, as well as randomness, which is usually associated with the lack of awareness of the interested person regarding the occurrence of this event. It is substantiated that the separation of private and public principles in the structure of the insurance interest allows to resolve the dispute existing in science about the purposes of insurance, which cannot be limited only to the protection of the interests of the weak party, even in compulsory insurance relations.*

**Keywords:** entrepreneurial risk, harm, insurance interest, insurance protection, insurance risk, risk management, legal liability

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-29-36

Категория интереса стала применяться в юриспруденции достаточно рано. Еще Ульпиан использовал ее для разграничения сфер публичного и частного права. Однако ее детальная проработка связывается с трудами немецких юристов второй половины XIX в. В частности, Р. Иеринг рассматривал интересы как жизненные требования в широком смысле, отмечая, что интерес, как мера для права, есть мера непостоянная. Это отчетливо демонстрирует и институт страхования, который как индикатор существующих рисков и связанных с ними интересов породил и порождает все новые и новые виды страхования [1, с. 87].

Теоретики права отмечают, что интерес исполняет роль побудителя, ориентира и регулятора деятельности, что предопределяется различными элементами его структуры (побудительная – потребностью и мотивом, ориентирующая – объектом и целью, регулятивная – правилом, задающим способ деятельности). Соответственно, понятие «страховой интерес» обычно рассматривается как форма выражения потребности субъекта в страховой защите, определяющейся совокупностью условий окружающей действительности (объективная составляющая) и прошедшей через сознание субъекта (субъективная составляющая), заключающейся в защите материального положения страхователя.

Особое значение при этом приобретает определение носителя такого интереса. В сфере предпринимательской деятельности таковым, очевидно, является хозяйствующий субъект, имеющий потребность в защите собственных интересов посредством страхования, которое обоснованно признается одним из наиболее эффективных способов управления рисками. Связь с имущественными интересами, для защиты которых заинтересованным субъектом избран механизм страхования, обуславливает их трансформацию в страховые риски.

В ряде наук выделяется несколько значений понятия «страховой риск», которое рассматривается как возможность наступления события, само событие либо необходимость нести связанные с ним невыгодные последствия. Фактически, это предопределило формирование в отечественной науке следующих концепций риска:

1) объективная, в основе которой лежит понимание риска как возможности (или опасности) наступления неблагоприятных последствий (имущественного или личного характера). Так, «риск – это всегда опасность возникновения неблагоприятных последствий (имущественного или личного характера), относительно которых неизвестно, наступят они или нет» [2, с. 22];

2) субъективная, предполагающая рассмотрение риска как «психического отношения субъектов к результату собственных действий или действий других лиц, а также к результату объективно случайных либо случайно невозможных действий (событий), выражающихся в осознанном допущении отрицательных, в том числе невозместимых, имущественных последствий» [3, с. 11];

2) дуалистическая, в основе которой лежит идея о том, что риски должны рассматриваться в двух аспектах: объективном и субъективном.

Последний подход представляется более обоснованным, поскольку позволяет всесторонне рассмотреть проблему риска.

В первом случае риск рассматривается как объективно существующая возможность наступления вредных последствий, что приобретает особое значение при определении оснований для введения обязательного страхования, которое призвано обеспечить страховую защиту тогда, когда характер осуществляемой деятельности связан с повышенной вероятностью наступления негативных последствий.

Рассмотрение риска в субъективном смысле значимо с точки зрения мотивов выбора страховой защиты конкретным хозяйствующим субъектом исходя из особенностей оценки возможности наступления неблагоприятных последствий вследствие осознанного выбора одного из альтернативных вариантов поведения в ситуации, характеризующейся неопределенностью исхода и вероятностью наступления неблагоприятных имущественных последствий. Осознание подобной опасности и приводит к формированию интереса в защите бизнеса от неблагоприятных имущественных последствий, которые могут быть связаны как с утратой или повреждением имущества, так и с несением дополнительных расходов, обусловленных необходимостью восстановления нарушенного права, а равно с неполучением доходов, которые могли бы быть получены при обычных условиях гражданского оборота. Действительно, необходимо учитывать, что в качестве критерия распределения рисков в сфере предпринимательства превалирует экономическая целесообразность, если только речь не идет об отношениях предпринимателя и потребителя, в которых на первое место выходит критерий социальной защиты. Однако эта экономическая целесообразность понимается хозяйствующими субъектами по-разному. Не без основания считается, что повышение их интереса к страхованию имущества от стихийных бедствий природного характера, в том числе от пожаров, засухи, наводнения, во многом зависит от того, насколько будут оправданы ожидания, связанные с оказанием мер государственной поддержки для ликвидации последствий стихийных бедствий.

В ситуации, когда опасность реализовалась, ее последующее страхование даст основания для признания соответствующего договора ничтожным по ст. 168 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК

РФ). Исключения из этого правила предусмотрены ст. 261 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации от 30.04.1999 г. № 81-ФЗ.

Предполагается, что о случайности события можно говорить лишь в случае добросовестного неведения его участников. При этом дополнительным критерием оценки добросовестности поведения контрагентов служит характер страхового случая. Так, суды отмечают, что наличие скрытых недостатков в оборудовании, повлекших наступление страхового случая, не является основанием для освобождения страховщика от ответственности.

К признакам вероятности и случайности иногда добавляется отсутствие зависимости наступления события от воли участников страхового правоотношения (страховщика, страхователя, выгодоприобретателя). Подобный подход представляется вполне обоснованным, учитывая, что поведение заинтересованного субъекта может стать важным звеном в причинно-следственной связи, способным поставить под сомнение случайность произошедшего события.

Не случайно ученые обращают внимание на то, что юридическая сторона риска заключается не в сути и идентификации рисковых обстоятельств, а в возможности выбора правовых средств, которые бы позволили предвидеть существующую вероятность наступления негативных имущественных последствий, минимизировать их и соотносить с желаемым имущественным интересом. Соответственно, ориентация хозяйствующих субъектов на выбор страхования как основного средства минимизации потерь становится важным компонентом формирования механизма страховой защиты.

Справедливым будет отметить, что финансовый и предпринимательский риски являются пересекающимися понятиями, поскольку финансовый риск может быть присущ различным сферам экономической деятельности, в том числе не связанным с предпринимательством, в силу чего он будет иметь самостоятельное значение для субъектов, осуществляющих финансовые вложения, не приобретая статуса субъекта предпринимательства, учитывая, что любая экономическая деятельность предполагает определенный финансовый риск. В пользу подобной трактовки соотношения данных понятий говорит и законодательная регламентация вопросов страхования в лизинговой деятельности: в ст. 21 Федерального закона РФ от 29.10.1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)» слово «финансовый», заключенное в скобки, используется, как следует из синтаксических правил русского языка, с целью пояснения или дополнения категории предпринимательского риска.

Следует обратить внимание на то, что при отсутствии конкретной правовой регламентации рассматриваемых понятий сложилась довольно противоречивая практика страховых компаний. Так, например, в Правилах страхования предпринимательских и финансовых рисков № 159/1, утвержденных Гендиректором СОАО «ВСК» 20 января 2014 г., при страховании предпринимательских рисков страховым случаем признается нарушение договорных обязательств контрагентом страхователя контрагента, в том числе вследствие его несостоятельности, а также факт возникновения непредвиденных расходов страхователя, относящихся к его предпринимательской деятельности. При страховании финансовых рисков страховым случаем признается неполучение доходов и (или) возникновение непредвиденных расходов, не относящихся к предпринимательской деятельности страхователя и (или) застрахованного лица, из чего следует, что страхование финансовых рисков не рассматривается как разновидность страхования рисков предпринимательских. В то же время в Правилах страхования финансовых рисков они фактически отождествляются с предпринимательскими, учитывая, что в качестве страхового случая в них указывается неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств контрагентом. Причем к убыткам, охватываемым страховым покрытием, отнесен не только реальный ущерб, но и упущенная выгода в виде неполученных ожидаемых доходов, непредвиденных расходов, в том числе судебных. Разница состоит лишь в том, что по договору допускается страхование риска не только страхователя, но и указанного им (застрахованного) лица, из чего следует вывод, что конструкция договора страхования финансового риска в некоторых случаях используется для обхода законодательного ограничения на заключение договора страхования предпринимательского риска не в пользу страхователя.

Проведенный анализ позволяет заключить, что для целей страхования необходимо сформировать самостоятельное понятие предпринимательского риска, определив его как риск возникновения убытков вследствие нарушения обычных для субъекта предпринимательства условий осуществления пред-

принимательской деятельности, вызванных обстоятельствами объективного и (или) субъективного характера, не покрываемый в рамках договора страхования имущества и страхования ответственности.

Финансовые риски предпринимателей представляют собой разновидность предпринимательских рисков, связанных с опасностью неполучения доходов, возникновения непредвиденных расходов, обусловленных покупательной способностью денег, вложением капитала и (или) организацией хозяйственной деятельности.

Представляется целесообразным при построении системы предпринимательских рисков использовать для целей страхования два критерия: отраслевой и предметный. Первый позволит выделить промышленные, строительные, сельскохозяйственные, банковские, торговые и другие риски, специфика которых неизбежно отразится как на содержании взаимных обязательств сторон договора страхования, так и на определении значимых для расчета страховой премии обстоятельств. Второй же критерий позволит обозначить категории опасностей для бизнеса, источник их возникновения, что имеет значение для определения страхового случая и обстоятельств, не признаваемых таковыми.

На основе анализа категорий предпринимательского и финансового рисков можно сформулировать вывод о том, что данные понятия соотносятся как общее с частным. Это стало возможным вследствие предельно широкого толкования законодателем понятия «финансовый риск», хотя слово «финансовый» обычно трактуется как связанный с организацией финансов, денежным обращением и кредитом. При таком подходе становится очевидным, что в сфере предпринимательской деятельности опасность потерь, вызванных макроэкономическими проблемами в финансовой сфере (инфляционный, валютный риск и т.п.) либо просчетами в управлении финансами организации (риск долевого участия и пр.), присутствует наряду с другими рисками, что дает основание рассматривать финансовый риск как разновидность предпринимательского. При этом важно учитывать, что далеко не все финансовые риски подлежат страхованию. Как правило, страховое покрытие охватывает риски, связанные с принятием решения о взаимодействии с теми или иными финансовыми институтами (банками, инвестиционными фондами и т.п.), но не распространяется на риски макроэкономического характера.

При этом возникает закономерный вопрос о соотношении частных интересов, обусловленных присущими предпринимательской деятельности рисками, с публичными, сущность которых в страховании понимается по-разному. Некоторые специалисты полагают, что он состоит в обеспечении стабильности и финансовой надежности страховых организаций [4, с. 9]. Однако подобный подход не позволяет в полной мере раскрыть роль государства в страховой защите предпринимательской деятельности, о чем свидетельствует анализ положений федеральных законов и пояснительных записок к соответствующим законопроектам. Так, согласно ст. 1 Федерального закона РФ от 23.12.2003 г. № 177-ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации», целями принятия данного закона стали наряду с защитой прав и законных интересов вкладчиков банков укрепление доверия к банковской системе Российской Федерации и стимулирование привлечения сбережений населения.

С позиции обеспечения публичного интереса следует рассматривать и страхование ответственности перевозчика. На первый взгляд, он состоит лишь в обеспечении возмещения вреда, причиненного жизни, здоровью и (или) имуществу пассажиров. Однако анализ обозначенных законодателем целей и принципов его осуществления указывает на то, что наряду с обеспечением гарантированного возмещения вреда разработчики проекта закона от 14.06.2012 г. № 67-ФЗ, обосновывая необходимость его принятия, делали акцент и на том, что обязательное страхование гражданской ответственности перевозчиков перед пассажирами дает положительный результат в плане сохранения финансовой состоятельности перевозчиков при решении проблем, связанных с возмещением причиненного вреда [5, с. 11].

Ранее изложенное позволяет сделать вывод о том, что содержание публичного интереса в страховании выходит далеко за пределы обеспечения стабильности функционирования страховых фондов, учитывая, что государство стало воспринимать страхование как инструмент воздействия на сферу предпринимательства, который обеспечивает установление ограничений или стимулирования определенных видов деятельности. Необходимо учитывать и то, что этого расширительного толкования требуют и существующие общетеоретические подходы к пониманию публичного интереса, который определяется через «признанные государством общественные интересы, выраженные в нормах права и обеспеченные принудительной силой государства» либо через «признанный государством и обеспеченный

правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит гарантией ее существования и развития» [2, с. 22].

Соответственно, применительно к рассматриваемой сфере публичный интерес состоит в обеспечении защиты имущественных интересов хозяйствующих субъектов в целях повышения экономической стабильности общества. В этом смысле внедрение механизма обязательного страхования, государственной поддержки в этой сфере, а также принятие мер, направленных на создание условий для стабильного функционирования страховых фондов, следует рассматривать как самостоятельные средства его обеспечения. При таком подходе не возникает проблемы конкуренции частных и публичных интересов в сфере страхования, которые должны рассматриваться в неразрывном единстве, т.к. «не учтенный в должной мере публичный интерес неизбежно ведет к деградации частного» [6, с. 269].

С этой точки зрения можно говорить о возможности выделения в структуре страхового интереса частных и публичных начал. Как представляется, с этой позиции можно разрешить и существующий в науке спор о целях страхования. Одни специалисты указывают на то, что в основе страхования лежит защита интересов слабой стороны, что, впрочем, справедливо лишь для отношений обязательного страхования в интересах третьих лиц. Другие же делают акцент на возмещении внезапно возникающих имущественных потерь путем их распределения между как можно более широким кругом субъектов, что, как было справедливо отмечено еще советскими учеными, «обеспечивает потерпевшего не от наступления вреда, а от неплатежеспособности причинившего вред» [7, с. 97].

Функциональное значение интереса для существования страхового правоотношения состоит в том, что договор, с заключением которого связывается и возникновение, признается недействительным, если при его заключении не существует интерес либо он отпадает во время действия такого соглашения. Следует отметить, что ст. 373 Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. требовала от страхователя при заключении договора точно указать характер своего интереса и интереса выгодоприобретателя.

Однако более важным с практической точки зрения является вопрос о том, кто должен доказывать существование такого интереса. В этом смысле интерес представляют положения бельгийского Закона о страховании 2014 г., где отмечается, что страхователь не только должен быть в состоянии обосновать экономическую заинтересованность в сохранении вещи или целостности страхуемого объекта, но и иметь личный и законный интерес к ненаступлению страхового случая.

Российское законодательство соответствующих предписаний не содержит. Однако суды приходят к выводу, что подобный подход не вполне корректен. Представляется, что речь прямо должна идти о том, что страховщик несет последствия «риска необнаружения», т.е. субъективно определяемой страховщиком вероятности того, что применяемые при выборе контрагента и заключении договора процедуры не позволят обнаружить обстоятельства, имеющие существенный характер по отдельности либо в совокупности, поскольку ст. 945 ГК РФ говорит о праве, а не об обязанности страховщика произвести осмотр страхуемого имущества и назначить экспертизу в целях установления его действительной стоимости.

Страховой интерес имеет значение и для определения предела получаемого страхователем страхового возмещения. Кроме того, он предопределяет содержание отношений сторон договора при дополнительном страховании.

Говоря о совокупности требований к страховому интересу, подлежащему защите, целесообразно относить к ним следующие:

1) имущественный характер интереса. При этом, как отмечается судами, закон связывает существование у страхователя интереса в сохранении имущества не только с наличием у последнего права собственности на страхуемое имущество, но и с иными обстоятельствами – распределением рисков гибели или повреждения. Соответственно, установив, что договор страхования был заключен арендатором имущества в свою пользу, хотя договоры аренды не предусматривали его ответственности за повреждение имущества, происшедшее не по его вине, оценив его содержание и обстоятельства причинения вреда, суды пришли к обоснованному выводу о том, что застрахованный интерес арендатора как пользователя арендованным имуществом не может быть оценен в размере стоимости ремонта или стоимости имущества в случае его гибели, явившихся предметом иска по данному делу, не констатируя невозможности существования такого договора в общем и данного договора в частности;

2) юридический характер интереса, предполагающий, что он основан на законе, ином правовом акте и (или) договоре;

3) субъективный характер интереса, выражающийся в наличии личной заинтересованности в возмещении потенциального ущерба, которая может присутствовать как у одного, так и у нескольких хозяйствующих субъектов. В частности, при осуществлении страхования имущества от имени собственника этого имущества с возложением расходов по оплате сделки страхования на лизингополучателя застрахованного имущества страховой интерес имеется как у собственника застрахованного имущества, так и у арендатора этого имущества;

4) правомерность интереса, поскольку интересы, противоречащие закону, не подлежат страхованию [8, с. 25].

Закон, на первый взгляд, исчерпывающе определяет интересы, страхование которых не допускается. Однако на практике применение категории «противоправные интересы» может вызвать затруднения, которые обусловлены неопределенностью в вопросе о том, возможно ли страхование рисков, связанных с любыми, даже незначительными, отступлениями от предписаний закона и подзаконных актов, заключение договора добросовестными приобретателями имущества, которое было украдено у прежних владельцев, страхование имущества, не зарегистрированного в установленном порядке, но подлежащего регистрации, а также убытков от применения различного рода административных санкций и т.д. В результате формируются диаметрально противоположные позиции судов. В то время как одни суды признают интерес владельца нерастаможенной автомашины противоправным, другие высказывают мнение о том, что отсутствие таможенного оформления само по себе не может являться основанием для признания договора страхования недействительным применительно к п. 1 ст. 928 ГК РФ.

Отдельного внимания заслуживает вопрос о возможности страхования имущественной ответственности за совершение административного правонарушения. Суды в подобных случаях вполне единодушны, указывая на противоправность такого интереса, хотя, как правило, не объясняют причину, по которой интерес при страховании имущественной ответственности за гражданское правонарушение правомерен, а за административное правонарушение – нет. Попытки объяснения существующих отличий довольно редки. Так, Федеральная антимонопольная служба Московского округа в одном из своих определений, указывая на недопустимость страхования такого интереса, связывала ее с тем, что в подобных случаях речь идет об ответственности лиц перед государством за несоблюдение правил, обязательных для всех граждан и организаций без исключения.

Допущение страхования таких интересов создаст условия для фактического уклонения от негативных последствий, связанных с возложением ответственности за нарушение законодательства. Подобная позиция представляется не вполне обоснованной, учитывая правовую природу страхования ответственности в целом. Кроме того, это не объясняет осуществления страховых выплат кредиторам в случае причинения им ущерба умышленными действиями арбитражного управляющего.

Важно учитывать то, что риск нередко изменяется не от одного обстоятельства, а от их совокупности, а оценить, насколько они могут повлиять на увеличение страхового риска по сравнению с обстоятельствами, сообщенными страховщику при заключении договора, возможно лишь в том случае, когда анализируется, как правило, множество иных сопутствующих факторов, которые сами по себе не являются существенными для определения страхового риска. Во избежание неопределенности в данном вопросе законодателем было указано, что значительными во всяком случае признаются изменения, оговоренные в договоре страхования (страховом полисе) и в переданных страхователю правилах страхования. Однако это оставляет открытым вопрос о необходимости информирования об иных обстоятельствах, учитывая, что в этом случае обязанность определения их значительности лежит на самом страхователе.

Проведенный анализ позволяет сформулировать ряд выводов.

В сфере предпринимательской деятельности носителем страхового интереса являются хозяйствующие субъекты, имеющие интерес в защите бизнеса от неблагоприятных имущественных последствий, которые могут быть связаны как с утратой или повреждением имущества, так и с несением дополнительных расходов, обусловленных необходимостью восстановления нарушенного права,

а равно с неполучением доходов, которые могли бы быть получены при обычных условиях гражданского оборота.

В качестве критерия распределения рисков в сфере предпринимательства превалирует экономическая целесообразность, которая понимается хозяйствующими субъектами по-разному и в ряде случаев зависит от того, насколько будут оправданы ожидания, связанные с оказанием мер государственной поддержки для ликвидации последствий стихийных бедствий.

Учитывая, что событие, рассматриваемое в качестве страхового риска, должно обладать признаками вероятности и случайности, принципиальным является вопрос о доказывании данного обстоятельства. О случайности события можно говорить лишь в случае добросовестного неведения его участников. При этом дополнительным критерием оценки добросовестности поведения контрагентов служит характер страхового случая. Значение также имеет отсутствие зависимости наступления события от воли участников страхового правоотношения (страховщика, страхователя, выгодоприобретателя).

Таким образом, признавая присутствие публичного интереса в страховой защите субъектов предпринимательства, следует исходить из того, что он выходит далеко за пределы обеспечения стабильности функционирования страховых фондов, учитывая, что государство стало воспринимать страхование как инструмент воздействия на сферу предпринимательства, который обеспечивает установление ограничений или стимулирование определенных видов деятельности.

Публичный интерес состоит в обеспечении защиты имущественных интересов хозяйствующих субъектов в целях повышения экономической стабильности общества. В этом смысле внедрение механизма обязательного страхования, государственной поддержки в этой сфере, а также принятие мер, направленных на создание условий для стабильного функционирования страховых фондов, следует рассматривать как самостоятельные средства его обеспечения.

#### Список литературы

1. *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. – М.: Проспект, 2019. – 430 с.
2. *Лебединов А.П.* К вопросу о страховании предпринимательских и финансовых рисков // Юридическая и правовая работа в страховании. – 2019. – № 1. – С. 19–24.
3. *Лаптева И.В.* Гражданско-правовое регулирование страхования предпринимательского риска: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – СПб., 2006. – 23 с.
4. *Савин А.Г.* Страхование рисков предпринимательской деятельности: гражданско-правовое регулирование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Волгоград, 2012. – 27 с.
5. *Романова И.Н.* Понятие и сущность рисков в предпринимательской деятельности как предмета страхования // Право и экономика. – 2018. – № 3 (361). – С. 9–13.
6. *Беккин Р.И.* Страхование в мусульманском мире: к истории вопроса // Проблемы современной экономики. – 2018. – Вып. № 1 (45). – С. 268–271.
7. *Никифоров Д.М.* История страхования в зарубежных странах // История государства и права. – 2017. – № 1. – С. 96–102.
8. *Романова И.Н.* Значение страховой защиты субъектов предпринимательской деятельности в современных условиях // Право и экономика. – 2017. – № 1 (347). – С. 22–27.

#### References

1. *Belyh V.S.* Pravovoe regulirovanie predprinimatel'skoj deyatel'nosti v Rossii. – M.: Prospekt, 2019. – 430 s.
2. *Lebedinov A.P.* K voprosu o strahovanii predprinimatel'skih i finansovykh riskov // Yuridicheskaya i pravovaya rabota v strahovanii. – 2019. – № 1. – S. 19–24.
3. *Lapteva I.V.* Grazhdansko-pravovoe regulirovanie strahovaniya predprinimatel'skogo riska: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk: 12.00.03. – SPb., 2006. – 23 s.
4. *Savin A.G.* Strahovanie riskov predprinimatel'skoj deyatel'nosti: grazhdansko-pravovoe regulirovanie: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk: 12.00.03. – Volgograd, 2012. – 27 s.
5. *Romanova I.N.* Ponyatie i sushchnost' riskov v predprinimatel'skoj deyatel'nosti kak predmeta strahovaniya // Pravo i ekonomika. – 2018. – № 3 (361). – S. 9–13.

6. *Bekkin R.I.* Strahovanie v musul'manskom mire: k istorii voprosa // Problemy sovremennoj ekonomiki. – 2018. – Вып. № 1 (45). – S. 268–271.
7. *Nikiforov D.M.* Istoriya strahovaniya v zarubezhnyh stranah // Istoriya gosudarstva i prava. – 2017. – № 1. – S. 96–102.
8. *Romanova I.N.* Znachenie strahovoj zashchity sub'ektov predprinimatel'skoj deyatel'nosti v sovremennyh usloviyah // Pravo i ekonomika. – 2017. – № 1 (347). – S. 22–27.

УДК 347

## К ВОПРОСУ О ДОГОВОРЕ ВОЗМЕЗДНОГО ОКАЗАНИЯ УСЛУГ

Заведеева Лариса Евгеньевна,<sup>1</sup>

аспирант кафедры гражданского права и процесса,

e-mail: 70141523@online.muiiv.ru,

<sup>1</sup>Московский университет им. С.Ю. Витте, Москва, Россия

*В статье дается характеристика современного законодательства, регулирующего отношения, возникающие из договоров возмездного оказания услуг, анализируются юридические дефиниции «услуга» и «оказание услуг», раскрываются особенности договора возмездного оказания услуг в сравнении с договором выполнения работ, обозначаются новые тренды и направления развития договорных конструкций оказания услуг в частноправовой сфере (цифровизация, уберизация), выявляются некоторые пробелы и противоречия правового регулирования договора возмездного оказания услуг, а также вносятся предложения по их устранению. Делается вывод о том, что теоретическая основа договора возмездного оказания услуг нуждается в корректировке, дополнении и уточнении, а правовые нормы, регулирующие договор возмездного оказания услуг, – в законодательном обновлении и совершенствовании. При этом перспективы развития правового института возмездного оказания услуг видятся, во-первых, в расширении и детализации общих положений о договорах возмездного оказания услуг в Гражданском кодексе РФ, во-вторых, в развитии комплекса специальных норм, содержащихся в иных нормативных правовых актах, регулирующих разновидности договорного института возмездного оказания услуг в целом.*

**Ключевые слова:** услуга, выполнение работ и оказание услуг, договор возмездного оказания услуг, результат оказания услуги

## ON THE ISSUE OF A CONTRACT FOR THE PROVISION OF PAID SERVICES

Zavedeeva L.E.,<sup>1</sup>

postgraduate of the department of the civil law and process,

e-mail: 70141523@online.muiiv.ru,

<sup>1</sup>Moscow Witte University, Moscow, Russia

*The article provides a description of the current legislation governing relations arising from contracts paid services, examines the legal definition of “service” and “provision of services”, the peculiarities of the contract of compensated rendering of services in comparison to a contract perform work, shows new trends and directions of development of contractual structures services in the private law sphere (digitalization, uberization), identifies a number of gaps and contradictions in the legal regulation of the contract of compensated rendering of services, the proposals on their elimination. It is concluded that the theoretical basis of the contract for the provision of paid services needs to be adjusted, supplemented and clarified, and the legal norms governing the contract for the provision of paid services need to be updated and improved by law. While the prospects for the development of the legal institution of paid services are seen, firstly, in the expansion and detailing the general provisions on contracts for the paid services in the Civil Code of Russia, secondly, in the development of a set of special rules contained in other legal acts regulating varieties of contractual institute of paid services in general.*

**Keywords:** service, performance of works and rendering of services, contract of paid rendering of services, result of rendering of service

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-37-42

В настоящее время сервисная составляющая занимает одно из ведущих мест в российской экономике. В большинстве случаев оказание услуг – это сфера действия не только крупного, но и малого, среднего бизнеса, индивидуальных предпринимателей, а также самозанятых граждан. Велико разнообразие оказываемых в наши дни услуг, причем с развитием цифровизации экономических отношений наблюдается тенденция появления новых электронных видов сервисных предложений. В связи с огромной востребованностью деятельности по оказанию широкого спектра услуг необходимо ее квалифицированное правовое регламентирование.

Договорные конструкции, регулирующие отношения по возмездному оказанию услуг, представлены в законодательстве как отдельными гражданско-правовыми договорами, например банковского вклада, банковского счета, расчетов, поручения, комиссии, доверительного управления имуществом, перевозки груза и пассажиров, транспортной экспедиции, хранения, поручения комиссии и др.<sup>1</sup>, так и самостоятельным институтом возмездного оказания услуг (гл. 39 Гражданского кодекса РФ), образующим правовую базу для соответствующих обязательственных гражданско-правовых отношений<sup>2</sup>. При этом к услугам, которые регулируются специальными нормами, общие положения о возмездном оказании услуг не применяются (п. 2 ст. 779 Гражданского кодекса РФ).

Специальные нормы, применяемые к форме и порядку заключения договоров о возмездном оказании услуг в гл. 39 и в § 1 и 2 гл. 37 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), отсутствуют. В связи с этим регулирование этих вопросов осуществляется в соответствии с общими положениями ГК РФ о договорах, а также законами и подзаконными нормативными правовыми актами, посвященными конкретному виду услуг.

Сразу необходимо отметить следующее: несмотря на то, что правовое регулирование отношений по возмездному оказанию услуг характеризуется множественностью источников, оно во многом остается пробельным, несовершенным и противоречивым. В п. 1 ст. 779 ГК РФ правовая категория «услуга» трактуется весьма расплывчато: как определенные действия или осуществление определенной деятельности, совершаемые по заданию заказчика. Легальные определения услуги, содержащиеся в других законодательных актах, существенно между собой различаются [1, с. 142]. В официальной статистической информации об объеме платных услуг населению услуга определяется как результат производственной деятельности, осуществляемой по заказу в соответствии со спросом потребителя с целью изменения состояния потребляющих единиц (либо физического или интеллектуального состояния самого потребителя, либо принадлежащих ему предметов) или содействия обмену продуктами или финансовыми активами<sup>3</sup>. В Налоговом кодексе РФ закреплено, что услуга для целей налогообложения – это деятельность, результаты которой не имеют материального выражения, реализуются и потребляются в процессе осуществления этой деятельности (п. 5 ст. 38 Налогового кодекса РФ)<sup>4</sup>.

Правовая категория «услуга» находит широкое применение не только в частноправовой сфере<sup>5</sup>, но и в публично-правовой, например, в сервисах «государственных услуг»<sup>6</sup>, которые вместе с «социальными услугами»<sup>7</sup> относятся к «публичным услугам». Смешение и унификация понятий услуги в частноправовом и публично-правовом смыслах противоречат принципиальному различию правовой природы и назначения публично-правовых и частноправовых услуг.

Законодатель, давая в гл. 39 ГК РФ открытый перечень видов договоров возмездного оказания услуг (услуги связи, медицинские, ветеринарные, аудиторские, консультационные, информационные услуги, услуги по обучению, туристическому обслуживанию и др.), к которым применяются нормы

<sup>1</sup> Гражданский кодекс РФ (ч. 2) от 26.01.1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 27.12.2019 г., с изм. от 28.04.2020 г.). Гл. 37, 38, 40, 41, 44–47, 49, 51, 53.

<sup>2</sup> Гришаев С.П. Договор возмездного оказания услуг: теория и практика применения [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base> (дата обращения: 12.04.2021).

<sup>3</sup> Приказ Росстата от 29.09.2017 г. № 643 «Об утверждении официальной статистической методологии формирования официальной статистической информации об объеме платных услуг населению в разрезе видов услуг».

<sup>4</sup> Налоговый кодекс РФ (ч. 1) от 31.07.1998 г. № 146-ФЗ (ред. от 23.11.2020 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2021 г.).

<sup>5</sup> Сфера услуг: гражданско-правовое регулирование: сб. ст. / под ред. Е.А. Суханова, Л.В. Санниковой. – М.; Берлин: Интропик Медиа, 2011. – С. 8.

<sup>6</sup> Указ Президента РФ от 09.03.2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти».

<sup>7</sup> Федеральный закон РФ от 10.12.1995 г. № 195-ФЗ «Об основах законодательства о социальном обслуживании населения в Российской Федерации».

(п. 2 ст. 779 ГК РФ), вместе с тем не учитывает их специфику. Кроме того, открытый перечень услуг подлежит расширительному толкованию и не исключает возможности отнесения к услугам иных видов деятельности, что влечет, в свою очередь, применение норм других правовых институтов [2]. Значительная часть услуг не получила конкретного отражения в ГК РФ и регулируется либо отдельными законами, либо ведомственными нормативными актами<sup>8</sup>.

Одной из основных проблем правового регулирования договора возмездного оказания услуг является то, что ГК РФ не проводит четкого разграничения между услугами как объектом договорных отношений и работами, выполненными по договору подряда.

Согласно ст. 128 ГК РФ к объектам гражданских прав причислено оказание услуг, а не сами услуги, как это было ранее зафиксировано в законодательстве<sup>9</sup>. В этой же статье в ряду объектов гражданских прав оказание услуг стоит в паре с результатами работ, что порождает немало противоречий и проблем в теории и на практике. Работы и услуги проходят рука об руку через весь Закон о защите прав потребителей<sup>10</sup>, в котором нормы, обеспечивающие эту защиту, имеют универсальный для работ и услуг характер, что не всегда обосновано и целесообразно.

Безусловно, у работ и услуг есть, по крайней мере, две общие черты. Во-первых, работы и услуги – товары, участвующие в экономическом обороте. Во-вторых, они являются объектами обязательственных, а точнее договорных отношений, опосредующих имущественные отношения в динамике (в процессе деятельности).

Однако, как справедливо указывает С.П. Гришаев, работа и услуга – это все-таки два разных объекта, разграничение между которыми имеет не только теоретическое, но и практическое значение<sup>11</sup>. В частности, уяснение их различий необходимо для того, чтобы на практике отличать договоры подряда и возмездного оказания услуг.

Согласно ст. 783 ГК РФ, ввиду относительного сходства работ и услуг, к отдельным видам договоров об оказании услуг субсидиарно применяются общие положения о подряде (ст. 702–729 ГК РФ) и положения о бытовом подряде (ст. 730–739 ГК РФ), если это не противоречит ст. 779–782 ГК РФ, а также особенностям предмета договора возмездного оказания услуг. Однако необоснованное в некоторых случаях применение к договорам возмездного оказания услуг правил, регулирующих договоры подряда, приводит к утяжелению правовой конструкции договора оказания услуг, например посредством необходимости составления к ним технического задания, иной документации.

Чтобы избежать смешения понятий «работа» и «услуга» и произвести между ними четкое различие, представляется необходимым определить критерии их сравнения, одним из которых может стать предмет договоров выполнения работ и оказания услуг, т.е. то, по поводу чего стороны договорились. Подчеркнем, что предмет договора является существенным условием любого договора возмездного оказания услуг. Для отдельных видов услуг перечень существенных условий договора определяется специальными нормативными актами. Например, объемный перечень существенных условий договора о реализации туристского продукта установлен в ст. 10, 10.1, 10.2 Закона об основах туристской деятельности<sup>12</sup>.

В смысловом плане выполнение работы состоит в достижении итогового материального (овеществленного) результата, соответствующего условиям договора. Услуга оказывается и с целью достижения полезного для заказчика результата, наступающего в ходе деятельности исполнителя. Но этот

<sup>8</sup> Федеральный закон РФ от 24.11.1996 г. № 132-ФЗ (ред. от 08.06.2020 г.) «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации»; Федеральный закон РФ от 29.07.1998 г. № 135-ФЗ (ред. от 31.07.2020 г.) «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»; Постановление Правительства РФ от 18.11.2020 г. № 1853 «Об утверждении Правил предоставления гостиничных услуг в Российской Федерации»; Постановление Правительства РФ от 09.12.2014 г. № 1342 (ред. от 18.01.2021 г.) «О порядке оказания услуг телефонной связи» (вместе с «Правилами оказания услуг телефонной связи»); Постановление Правительства РФ от 04.10.2012 г. № 1006 «Об утверждении Правил предоставления медицинскими организациями платных медицинских услуг» и др.

<sup>9</sup> Федеральный закон РФ от 02.07.2013 г. № 142-ФЗ «О внесении изменений в подраздел 3 раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

<sup>10</sup> Закон РФ от 07.02.1992 г. № 2300-1 (ред. от 08.12.2020 г.) «О защите прав потребителей».

<sup>11</sup> Гришаев С.П. Договор возмездного оказания услуг: теория и практика применения [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base> (дата обращения: 12.04.2021).

<sup>12</sup> Федеральный закон РФ от 24.11.1996 г. № 132-ФЗ (ред. от 08.06.2020 г.) «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации».

результат, как правило, имеет нематериальный характер – получение консультации, выздоровление больного, овладение студентом компетенциями, выигрыш судебного процесса, удовольствие от просмотренного концерта и др.

Наличие или отсутствие овеществленного материального результата является, по мнению многих цивилистов, главным отличительным признаком для отграничения работы от услуги и, соответственно, договора по выполнению работ – от договора возмездного оказания услуг<sup>13</sup>. Если в обязательствах подрядного типа результат выполненных работ всегда имеет овеществленную форму, то в обязательствах об оказании услуг результат деятельности исполнителя обычно не имеет вещественного содержания<sup>14</sup>.

Нематериальный характер услуги опосредуется, как правило, видимым эффектом от получения клиентом (заказчиком) этих услуг. Так, абитуриент после проведенных с опытным репетитором занятий поступил в престижный вуз или состояние пациента, прошедшего курс сеансов оздоровительного массажа, стабилизировалось. Результат оказания услуги может быть частично овеществлен, например, вполне ощущаем вживленный хирургом больному имплант, очевидны и осязаемы сотворенная стилистом прическа, приготовленный поваром и сервированный официантом обед, преображенное дизайнером помещение и мн. др. Косвенно материальность полученного полезного эффекта может выражаться в дипломе о получении образования, кубке за победу в чемпионате, благодарственной записи в книге отзывов посетителей спектакля и т.д. Результат оказания услуги может быть полностью овеществленным, как это имеет место при оказании издательско-типографских и жилищно-коммунальных услуг, бытовых услуг по индивидуальному пошиву одежды, обуви, головных уборов и т.д.

В связи с тем, что в результате выполнения работ обязательно должен быть создан оговоренный соглашением материальный объект (вещь, продукт, товар), то в том случае, если его нет, работа считается невыполненной или выполненной ненадлежащим образом. В отличие от этого процесс оказания услуг лишь создает условия для достижения желаемого результата. Даже если желаемый конечный результат не наступил, но услуга была оказана должным образом, считается, что исполнитель выполнил обязательство надлежащим образом [3, с. 488–489]. Так, например, юридические услуги авторитетного и знаменитого адвоката не всегда приводят к оправдательному приговору суда. Упомянем, что даже «король адвокатуры» В.Д. Спасович (1829–1906) выигрывал отнюдь не все дела.

Другим отличием между работами и услугами является то, что в оказании услуг, в сравнении с выполнением работ, определяющее значение имеет сам процесс совместной деятельности исполнителя и заказчика по достижению конечного результата. В договоре возмездного оказания услуг заказчика интересует именно деятельность исполнителя, не приводящая непосредственно к созданию вещественного результата<sup>15</sup>. При этом актом об оказании услуг (который не является обязательным, но часто оформляется на практике) фиксируется именно факт исполнения договора оказания услуг.

Иными словами, предметом договора возмездного оказания услуг является, как правило, сам процесс оказания услуг, когда оба субъекта – заказчик и исполнитель – в той или иной степени участвуют в процессе оказания услуги, т.к. сами услуги потребляются (используются, применяются) заказчиком непосредственно в процессе их оказания. Например, спортсмен своими собственными усилиями готовится к соревнованиям под наблюдением и руководством тренера, врач исцеляет пациента путем назначения лечения, которое сам больной должен пройти (перенести операцию, принимать лекарства и процедуры, соблюдать диету и режим дня). В то же время некоторые услуги исключают совместное действие исполнителя и клиента и оказываются как раз для того, чтобы освободить заказчика от необходимости делать что-то самому (услуги няни и сиделки, приготовление и доставка еды, уборка помещений, выгул собак). В иных же случаях происходит наоборот – исполнитель лишь создает условия, а заказчик сам производит те или иные действия (прачечная самообслуживания, банные услуги, пользование бассейном).

Особенностью отдельных видов услуг может являться то, что эффект от одних проявляется сразу, тогда как от других – лишь спустя какое-то время. Отдельные услуги, например парикмахерские, сохраняют полезный эффект в течение непродолжительного времени. В некоторых случаях полезный эффект

<sup>13</sup> Шмелев Р.В. Понятие услуги как предмета договора возмездного оказания услуг. Отличия услуги от работы [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base> (дата обращения: 18.05.2021).

<sup>14</sup> Гражданское право / под ред. Е.А. Суханова. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – Т. 1. – С. 84.

<sup>15</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 27.04.2010 г. № 18140/09 по делу № А56-59822/2008.

полученной услуги может существовать значительно дольше (занятия фитнесом) и даже длиться всю жизнь, например полученное образование, навыки вождения автомобилем, умение танцевать, знание иностранного языка и т.д.

Нематериальность результатов договоров возмездного оказания услуг, свойственная большинству из них, вызывает определенные трудности подтверждения факта оказания услуги и ее качества. Одним из самых распространенных на практике доказательств оказания услуги является акт об оказании услуг (акт сдачи-приемки), подтверждающий факт исполнения договора. Следует сказать, что в ГК РФ и Законе «О бухгалтерском учете»<sup>16</sup> не предусмотрено обязательное составление подобного документа. В Налоговом кодексе РФ подп. 6 п. 1 ст. 254 требует оформлять акт только в случаях, если речь идет об услугах производственного характера, расходы на которые учтены заказчиком, применяющим метод начисления. Вместе с тем по сложившейся юридической и бухгалтерской практике акт сдачи-приемки оказания услуги составляется.

Как правило, акт включает реквизиты договора возмездного оказания услуг, реквизиты первичных учетных документов, перечень и объем оказанных услуг, а также сведения об обнаруженных недостатках услуг (при необходимости).

Подтвердить оказание услуг, кроме акта, можно и иными документами, в частности отчетом исполнителя, свидетельскими показаниями, перепиской с контрагентом, в которых содержатся соответствующие сведения<sup>17</sup>.

Еще одним важным вопросом рассматриваемой проблемы является то, что название гл. 39 ГК РФ делает договор оказания услуг возмездным по определению. Однако на практике так обстоит не всегда. Имеются в виду, например, рекламные акции, когда сервисная организация объявляет бесплатное оказание услуги, если она предоставляется клиенту в третий (пятый, десятый и т.д.) раз, или в честь дня рождения интернет-магазина постоянные покупатели получают в подарок бесплатную доставку купленного товара по указанному ими адресу. В некоторых торговых домах всем клиентам при покупке верхней одежды предлагается бесплатная услуга стилиста по созданию образа, а также при необходимости производится подгонка одежды по фигуре. Во время пандемии некоторые предприниматели объявили бесплатную доставку продуктов и горячей еды одиноким пожилым людям. Все эти и другие факты свидетельствуют о том, что из названия гл. 39 ГК РФ и, соответственно, из названий и текста ст. 779–783 ГК РФ понятие возмездности услуги вполне можно исключить. Обратим внимание, что в ст. 783.1 «Особенности договора об оказании услуг по предоставлению информации», введенной законодателем в ГК РФ в 2019 г., термин «возмездность» отсутствует.

Еще большее видовое разнообразие получили услуги с цифровизацией гражданского оборота. В настоящее время, когда основными ценностями для потребителя становятся экономия времени, использование цифровых решений, высокий уровень комфорта при получении сервиса, практически каждая услуга содержит в себе цифровые элементы или полностью перенесена в электронную среду [4]. Мировым экономическим трендом стала «уберизация» (от нем. *über* – «сверх, свыше, супер»), означающая переход от традиционной системы оказания услуг к системе оказания услуг по схеме «потребитель – электронная площадка агрегатор – исполнитель». В отдельных случаях законодатель оперативно отреагировал, внося соответствующие изменения в нормативные правовые акты, например, дополнив Закон «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» статьей 10.3 «Особенности обмена информацией в электронной форме между туроператором, турагентом и туристом и (или) иным заказчиком. Электронная путевка»<sup>18</sup>. Однако в правовом плане пока многие процессы цифровизации договоров оказания услуг остаются не урегулированными.

Таким образом, с развитием рынка услуг, возникновением новых экономико-правовых реалий и цифровизацией гражданского оборота теоретическая основа договора возмездного оказания услуг

<sup>16</sup> Федеральный закон РФ «О бухгалтерском учете» от 06.12.2011 г. № 402-ФЗ (ред. от 26.07.2019 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2020 г.).

<sup>17</sup> Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05.05.2017 г. № Ф04-908/2017.

<sup>18</sup> Федеральный закон РФ от 02.03.2016 г. № 49-ФЗ (ред. от 04.06.2018 г.) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях совершенствования законодательства, регулирующего туристскую деятельность» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019 г.).

нуждается в корректировке, дополнении и уточнении, а правовые нормы, регулирующие договор возмездного оказания услуг, – в законодательном обновлении и совершенствовании. При этом перспективы развития правового института возмездного оказания услуг видятся, во-первых, в расширении и детализации общих положений о договорах возмездного оказания услуг в ГК РФ, во-вторых, в развитии комплекса специальных норм, содержащихся в иных нормативных правовых актах, регулирующих разновидности договорного института возмездного оказания услуг в целом.

#### Список литературы

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: Статут, 2002.
2. Гарькушева А.С. Особенности правового регулирования договора возмездного оказания услуг // Отечественная юриспруденция. – 2015. – № 2 (2). – С. 8–10.
3. Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Юрид. лит., 1975. – 880 с.
4. Колонтаевская И.Ф. Правовое обеспечение электронной торговли // Актуальные проблемы современного общества и пути их решения в условиях перехода к цифровой экономике: материалы XIV Междунар. науч. конф. – 2018. – С. 103–110.

#### References

1. *Braginskij M.I., Vitryanskij V.V.* Dogovornoe pravo. Kn. 3. Dogovory o vypolnenii rabot i okazanii uslug. – M.: Statut, 2002.
2. *Gar'kusheva A.S.* Osobennosti pravovogo regulirovaniya dogovora vozmezdno go okazaniya uslug // *Otechestvennaya yurisprudenciya*. – 2015. – № 2 (2). – S. 8–10.
3. *Ioffe O.S.* Obyazatel'stvennoe pravo. – M.: Yurid. lit., 1975. – 880 s.
4. *Kolontaevskaya I.F.* Pravovoe obespechenie elektronnoj trgovli // Aktual'nye problemy sovremennogo obshchestva i puti ih resheniya v usloviyah perekhoda k cifrovoj ekonomike: materialy XIV Mezhdunar. nauch. konf. – 2018. – S. 103–110.

УДК 347.736.3

## ПЕРСПЕКТИВЫ САМОРЕГУЛИРОВАНИЯ В БАНКРОТСТВЕ

Давлетшин Дарий Рифович,<sup>1</sup>

индивидуальный предприниматель, арбитражный управляющий, студент,  
e-mail: ss2201@yandex.ru,

<sup>1</sup>Московский университет им. С.Ю. Витте, Москва, Россия

*Статья посвящена анализу нескольких инициатив, которые включены в законопроект по внесению изменений в Федеральный закон Российской Федерации «О несостоятельности (банкротстве)». Исследуя законопроект, который в случае его принятия окажется большой реформой в отрасли, автор сравнивает новеллы с действующими в настоящее время законодательными нормами и выдвигает свои предположения по возможным последствиям введения законодательных инициатив. Рассматриваются законодательные инициативы в части их влияния на снижение саморегулирования в сфере банкротства и увеличение в ней государственного участия. Метод исследования направлен на поиск обоснованности идей разработчиков законопроекта по реформированию отрасли банкротства, а также отражает отсутствие согласованности законодательных инициатив с профессиональным сообществом арбитражных управляющих.*

**Ключевые слова:** банкротство, законопроект, саморегулируемая организация, арбитражный управляющий, государственный реестр арбитражных управляющих, случайный выбор кандидатуры арбитражного управляющего

## PROSPECTS FOR SELF-REGULATION IN BANKRUPTCY

Davletshin D.R.,<sup>1</sup>

individual entrepreneur, arbitration manager, student,  
e-mail: ss2201@yandex.ru,

<sup>1</sup>Moscow Witte University, Moscow, Russia

*The article is devoted to the analysis of several initiatives that are included in the bill on amendments to the Federal law of Russian Federation “On insolvency (bankruptcy)”. Examining the bill, which, if adopted, will turn out to be a major reform in the industry, the author compares the novelties with the current legislative norms and puts forward his assumptions on the possible consequences of the introduction of legislative initiatives. It is also examined legislative initiatives in terms of their impact on reducing self-regulation in the field of bankruptcy and increasing government participation in it. The research method is aimed at finding the validity of the ideas of the developers of the draft law on reforming the bankruptcy industry and also reflects the lack of coordination of legislative initiatives with the professional community of arbitration managers.*

**Keywords:** bankruptcy, draft law, self-regulatory organization, bankruptcy trustee, state register of bankruptcy trustee, random selection of a bankruptcy trustee

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-43-49

В марте 2020 г. Министерство экономического развития России вынесло на публичное обсуждение текст законопроекта «О внесении изменений в Федеральный закон “О несостоятельности (банкротстве)” и отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>1</sup> (далее – Законопроект).

Комментариев со стороны профессионального сообщества по данному Законопроекту насчитывалось огромное множество, среди которых положительных отзывов не имеется, а наиболее распространенной стала фраза, что это «уничтожит саморегулирование арбитражного управления».

<sup>1</sup> Законопроект (ID проекта 02/04/03-20/00100272) «О внесении изменений в Федеральный закон “О несостоятельности (банкротстве)” и отдельные законодательные акты Российской Федерации» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.regulation.gov.ru/projects#nра=100272> (дата обращения: 09.04.2021).

В первую очередь следует отметить то, что данный Законопроект, на наш взгляд, предусматривает не внесение изменений в действующий Федеральный закон РФ от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>2</sup> (далее – Закон о банкротстве), как его преподносят, а, по сути, является реформой в данной сфере, которая может полностью поменять как регулирование правоотношений в банкротстве и влияние на этот институт государства, так и разрешение отдельных вопросов непосредственно в отдельных процедурах банкротства.

Учитывая нарастающий негатив к Законопроекту и столь пристальное внимание со стороны всего профессионального сообщества, считаем необходимым более детально изучить несколько инициатив данного Законопроекта, сравнивая предполагаемые изменения с действующей редакцией Закона о банкротстве.

Законопроектом предусматривается государственная регистрация арбитражных управляющих (ст. 20<sup>3-1</sup> Закона о банкротстве в редакции Законопроекта) путем включения соответствующих сведений в единый государственный реестр арбитражных управляющих, принципы ведения которого определяются ст. 4 Федерального закона РФ от 08.08.2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»<sup>3</sup>.

В данный реестр в порядке упомянутого закона о регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей должны быть внесены: полное и сокращенное наименование; организационно-правовая форма; адрес юридического лица в пределах места нахождения юридического лица; сведения об учредителях (участниках); подлинник или нотариальная копия учредительного документа; размер уставного капитала; сведения о филиалах и представительствах.

Наряду с указанными сведениями в единый государственный реестр арбитражных управляющих вносятся сведения: о страховом номере индивидуального лицевого счета; об адресе электронной почты; о саморегулируемой организации, членом которой является арбитражный управляющий; о договорах обязательного страхования ответственности арбитражного управляющего; о сдаче лицом экзамена по программе подготовки арбитражных управляющих; о наличии допуска к государственной тайне с указанием формы такого допуска; о соответствии требованиям, являющимся обязательными при утверждении кандидатуры арбитражного управляющего в деле о банкротстве стратегических предприятий или организаций; о соответствии требованиям, являющимся обязательными при утверждении кандидатуры арбитражного управляющего в деле о банкротстве застройщика в соответствии с законодательством об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости; о субъекте (субъектах) Российской Федерации, в которых арбитражный управляющий согласился быть утвержденным; об отказе арбитражного управляющего от учета его кандидатуры при осуществлении случайного выбора с указанием срока действия такого отказа (не менее тридцати календарных дней непрерывно и не более шести месяцев в совокупности в течение одного календарного года); о делах о банкротстве, в которых утвержден арбитражный управляющий; о вступивших в законную силу судебных актах, которые признаны незаконными действиями (бездействием) арбитражного управляющего в связи с исполнением им полномочий в делах о банкротстве; о привлечении арбитражного управляющего в соответствии с вступившим в законную силу судебным актом к уголовной ответственности за преступление в сфере экономики или к административной ответственности за правонарушные действия при банкротстве; о дате и способе прекращения гражданином Российской Федерации профессиональной деятельности в качестве арбитражного управляющего (выход или исключение из членов саморегулируемой организации, принятие судом решения о дисквалификации, введении процедуры, применяемой в деле о банкротстве, либо вступление в силу приговора суда, которым назначено наказание в виде лишения права заниматься профессиональной деятельностью на определенный срок).

Если говорить о сведениях, подлежащих включению в единый государственный реестр арбитражных управляющих в порядке Федерального закона РФ от 08.08.2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», то это в большей степе-

<sup>2</sup> Федеральный закон РФ от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (дата обращения: 23.03.2021).

<sup>3</sup> Федеральный закон РФ от 08.08.2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base> (дата обращения: 05.04.2021).

ни направлено на раскрытие информации в отношении так называемых корпоративных арбитражных управляющих, о которых в Законопроекте упоминается в ст. 168<sup>1</sup>. Но что же тогда должны указывать арбитражные управляющие, действующие в своем лице, в сведениях о себе, допустим, по организационно-правовой форме или об учредителях (участниках) и размере уставного капитала, а также не следует ли при подаче соответствующих сведений отказ в такой регистрации?

По остальным сведениям, которые подлежат включению в единый государственный реестр арбитражных управляющих, следует отметить, что в настоящее время основная их часть уже публикуется в Едином федеральном реестре сведений о банкротстве (далее – ЕФРСБ)<sup>4</sup>, а остальные сведения открыты на сайте соответствующей саморегулируемой организации арбитражного управляющего.

Иными словами, если целью данной новеллы являлось объединение информации по арбитражному управляющему в единый информационный ресурс, то такой ресурс уже существует – ЕФРСБ, в который при необходимости и можно было бы добавить соответствующую информацию.

Действующая редакция Закона о банкротстве тоже предусматривает государственный реестр арбитражных управляющих. Так, в соответствии с абз. 10 ст. 29 Закона о банкротстве орган по контролю включает сведения об арбитражных управляющих в сводный государственный реестр арбитражных управляющих, имеющий информационный характер, и ведет сводный государственный реестр арбитражных управляющих в порядке, установленном регулирующим органом.

Здесь в большей степени настораживают нагроможденность, высокая частота появления и сменяемости необходимой к внесению соответствующей информации в этот единый реестр. В настоящий момент вся необходимая информация публикуется от первоисточников – арбитражного управляющего и саморегулируемой организации, которые в случае не опубликования или не соответствия публикуемой информации несут ответственность. Кроме того, не ясен посыл инициаторов Законопроекта по данным изменениям, т.к. никаких предпосылок и проблем к таким изменениям и вовсе не было.

Кроме того, данная новелла непременно потребует государственных затрат на создание, ведение и обслуживание этого единого государственного реестра арбитражных управляющих, а также негативно повлияет на продолжительность сроков регистрации арбитражных управляющих и их назначений в определенных процедурах (допустим, возможна ситуация, при которой арбитражный управляющий получил аккредитацию по работе с застройщиками, однако не может утвердиться в деле о банкротстве застройщика без внесения соответствующей информации в новый госреестр).

Ввиду изложенного, построенная в Законопроекте, на наш взгляд, настолько сложная и не обоснованная система регистрации, предполагающая в некоторых случаях уже множественную открытую публикацию (например, об утверждении в деле о банкротстве публикуется судебный акт на сайте арбитражного суда, затем – сообщение в ЕФРСБ, сообщение в газете «Коммерсант», теперь еще будет необходимо направлять сведения и в новый госреестр), никак не может являться развитием ни института банкротства, ни системы саморегулирования в нем.

Законопроект коснулся и момента получения лицом статуса арбитражного управляющего. Так, в соответствии с Законопроектом п. 1 ст. 20 Закона о банкротстве, согласно которому «арбитражным управляющим признается гражданин Российской Федерации, являющийся членом одной из саморегулируемых организаций арбитражных управляющих», дополнен словами «и зарегистрированный в едином государственном реестре арбитражных управляющих». Кроме того, предполагается внести изменения и в п. 9 ст. 20 Закона о банкротстве, согласно которым лицо может быть утверждено в деле о банкротстве с даты государственной регистрации в качестве арбитражного управляющего. Согласно действующей редакции п. 9 ст. 20 Закона о банкротстве лицо может быть утверждено в деле о банкротстве с даты вступления в саморегулируемую организацию арбитражных управляющих.

Соответственно, здесь тоже видится снижение роли саморегулируемой организации арбитражных управляющих, которая, по сути, будет лишь передавать соответствующие сведения и документы. Саморегулируемым организациям арбитражных управляющих добавляется немало обязанностей по передаче информации в отношении своих членов.

<sup>4</sup> Единый федеральный реестр сведений о банкротстве [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.bankrot.fedresurs.ru> (дата обращения: 17.04.2021).

Самые значительные споры и дискуссии по Законопроекту вызвали создание некоего государственного регистра и установление балльной системы для утверждения арбитражного управляющего в том или ином деле о банкротстве (ст. 44<sup>1</sup>, 44<sup>2</sup>, 45 Закона о банкротстве в редакции Законопроекта).

Указанный регистр должен быть сформирован и вестись оператором – федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным Правительством Российской Федерации. На наш взгляд, предполагается возложение этих обязанностей на Федеральную налоговую службу России. Регистр подлежит размещению в открытом доступе на своем официальном сайте и должен содержать сведения о каждом арбитражном управляющем, которые будут внесены в единый государственный реестр арбитражных управляющих, а также количество присвоенных арбитражному управляющему баллов, рассчитанных оператором регистра.

На основании имеющихся в регистре сведений его оператор обеспечивает наличие в нем сведений о балле каждой саморегулируемой организации, рассчитываемом как среднее арифметическое значение баллов всех ее членов на конкретный момент, а также рейтинга саморегулируемых организаций. Для определения баллов саморегулируемой организации суммируются баллы членов саморегулируемой организации.

Расчет баллов арбитражных управляющих осуществляется на основании сведений, содержащихся в сообщениях, которые были включены в ЕФРСБ в расчетном периоде, а также сведений, включенных в единый государственный реестр арбитражных управляющих в расчетном периоде. Расчет баллов арбитражных управляющих осуществляется отдельно за процедуры реструктуризации долгов и реструктуризации долгов гражданина и отдельно за процедуры конкурсного производства и реализации имущества гражданина.

При этом в Законопроекте указано, что количество начисленных баллов может быть оспорено арбитражным управляющим или другим заинтересованным лицом путем обращения к саморегулируемой организации, с мотивированным и документально подтвержденным заявлением о пересчете баллов в связи с возможным нарушением правил их расчета и (или) включением сведений о банкротстве в Единый федеральный реестр либо недостоверных сведений в единый государственный реестр арбитражных управляющих. Законопроект предусматривает возможность саморегулируемой организации устанавливать плату за принятие к рассмотрению указанного обращения, составляющую не более 5 тыс. р. В течение десяти календарных дней со дня получения указанного заявления саморегулируемая организация арбитражных управляющих, в свою очередь, будет обязана направить оператору регистра указанное заявление, приложив к нему мотивированное и документально подтвержденное заключение о необходимости включения в регистр соответствующих изменений либо о необходимости отказа. В случае не разрешения вопросов о справедливости (не справедливости) начисленных арбитражному управляющему баллов спор разрешается арбитражным судом.

При этом кратко изложить порядок расчета и начисления баллов не представляется возможным, поскольку конкретной формулы расчета итогового балла Законопроект не содержит, а большое количество показателей и коэффициентов, влияющих на показатели, и вовсе отбивает желание в попытке его самостоятельного расчета на примере среднестатистического арбитражного управляющего.

Полагаем, что присвоение такого итогового балла арбитражным управляющим и не возможность вследствие этого утверждения на ту или иную процедуру банкротства породят немало споров, которыми будут «завалены» арбитражные суды.

Рассмотрим более конкретно то, какие же показатели планируется использовать для расчета и начисления баллов арбитражному управляющему: продолжительность проведения процедур банкротства; средний процент погашения требований, включенных в реестр требований кредиторов, по всем процедурам конкурсного производства и реализации имущества гражданина, завершенным в расчетном периоде; средний процент погашения требований, включенных в реестр требований кредиторов, по десяти процентам от всех процедур конкурсного производства и реализации имущества гражданина, которые в расчетном периоде характеризуются наибольшим процентом погашения (верхний дециль); средний процент погашения требований, включенных в реестр требований кредиторов, по десяти процентам от всех процедур конкурсного производства и реализации имущества гражданина, которые в расчетном периоде характеризуются наименьшим процентом погашения (нижний дециль);

средний процент повышения цены продажи имущества по всем процедурам конкурсного производства и реализации имущества гражданина, завершенным в расчетном периоде; средний процент повышения цены продажи имущества по десяти процентам от всех процедур конкурсного производства и реализации имущества гражданина, которые в расчетном периоде характеризуются наибольшим процентом повышения цены продажи имущества (верхний дециль); средний процент повышения цены продажи имущества по десяти процентам от всех процедур конкурсного производства и реализации имущества гражданина, которые в расчетном периоде характеризуются наименьшим процентом повышения цены продажи имущества (нижний дециль).

Нормами законопроекта для расчета указанных показателей, предусмотрены различные коэффициенты, которые исчисляются исходя из определенных критериев, таких как, например, соотношение суммы требований, включенных в реестр требований кредиторов в составе требований первой – третьей очередей в конкретной процедуре банкротства, и среднего размера суммы таких требований во всех процедурах конкурсного производства и реализации имущества гражданина, завершенных в расчетном периоде.

Общее количество баллов, присвоенных арбитражному управляющему, определяется путем суммирования баллов, начисленных ему за все процедуры реструктуризации долгов и реструктуризации долгов гражданина, а также за все процедуры конкурсного производства и реализации имущества.

Кроме того, Законопроект предусматривает и основания для уменьшения количества баллов. Так, количество баллов арбитражного управляющего снижается: на 5 % за каждый случай признания действий арбитражного управляющего незаконными и (или) привлечения к административной ответственности за неправомерные действия при банкротстве в виде штрафа; на 25 % за каждый случай привлечения к административной ответственности за неправомерные действия при банкротстве в виде дисквалификации; на 50 % за каждый случай взыскания с арбитражного управляющего убытков в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением обязанностей в деле о банкротстве либо привлечения к уголовной ответственности в сфере экономики.

Законопроектом установлено, что уменьшение количества баллов осуществляется не ниже нуля, а уменьшенные баллы могут быть восстановлены в случае отмены судебного акта, в связи с которым к арбитражному управляющему был применен соответствующий уменьшающий коэффициент.

Указанные новшества по распределению арбитражных управляющих на «хороших и плохих» путем начисления и уменьшения им баллов за проведенные процедуры банкротства через сложнейшие вычисления – еще не все, что заложены в Законопроекте по изменению порядка выбора и утверждения арбитражного управляющего в деле о банкротстве.

Так, оператором регистра в программно-аппаратный комплекс сайта регистра включаются сведения о начале процедуры выбора саморегулируемой организации, имеющей право предлагать себя для представления арбитражному суду кандидатуры арбитражного управляющего для утверждения в деле о банкротстве конкретного должника. В предложении саморегулируемой организации должно содержаться указание на количество баллов, которые она заявляет для целей учета при проведении процедуры выбора саморегулируемой организации для данного должника. В дальнейшем проводится процедура выбора саморегулируемой организации посредством случайного выбора с помощью средств, предусмотренных программно-аппаратным комплексом сайта регистра. Выбранная саморегулируемая организация включает в регистр сведения о кандидате, количество учитываемых в регистре баллов которого не должно быть меньше количества баллов, указанных в предложении саморегулируемой организации. Следует отдельно отметить, что Законопроектом не допускается отказ арбитражного управляющего от данного им согласия на утверждение в деле о банкротстве, а в том случае, если арбитражный управляющий все же откажется от данного им согласия, пострадают все члены саморегулируемой организации путем соразмерного уменьшения баллов каждого ее члена.

Кроме того, Законопроектом предусматривается деление должников на три группы. К первой группе должников относятся граждане, а также юридические лица и индивидуальные предприниматели, доход за предшествующий календарный год которых не превышает 800 млн р., а совокупная стоимость активов по данным бухгалтерской отчетности предшествующего календарного года не превышает 300 млн р. Ко второй группе должников относятся юридические лица и индивидуальные пред-

приниматели, доход за предшествующий календарный год которых не превышает 2 млрд р., а стоимость активов по данным бухгалтерской отчетности предшествующего календарного года не превышает 1,5 млрд р. К третьей группе должников относятся должники, которые не отвечают условиям первой и второй групп.

Законопроектом предусмотрено деление на три группы саморегулируемых организаций арбитражных управляющих: подавать заявки для участия в деле о банкротстве по должникам первой группы могут саморегулируемые организации с размером компенсационного фонда в 50 млн р. и численностью не менее 5 членов; по должникам второй группы – саморегулируемые организации с размером компенсационного фонда в 100 млн р. и численностью не менее 10 членов; по должникам третьей группы – саморегулируемые организации с размером компенсационного фонда в 200 млн р. и численностью не менее 10 членов.

Считаем необходимым здесь отступить от Законопроекта и рассмотреть порядок утверждения арбитражных управляющих, установленный ст. 45 текущей редакции Закона о банкротстве.

В настоящее время право выбора персональной кандидатуры арбитражного управляющего при подаче иска о банкротстве имеется только у заявителя – кредитора, сам же должник лишен этой возможности уже с 2015 г. (с принятием Федерального закона РФ от 29.12.2014 г. № 482-ФЗ). Так, по заявлениям должников указывается определенная посредством случайного выбора саморегулируемая организация арбитражных управляющих, которая, в свою очередь, уже комиссионно принимает решение о предоставлении в суд для утверждения той или иной кандидатуры из числа своих членов исходя из данных должника и информации о соответствии арбитражных управляющих, изъявивших согласие на утверждение в деле о банкротстве, требованиям закона и внутренних документов саморегулируемой организации. Саморегулируемая организация несет ответственность за предоставленные сведения в отношении арбитражного управляющего. Кстати, в действующую процедуру случайного выбора саморегулируемой организации никакие лица, кроме суда, не вовлечены, а также ни государство, ни саморегулируемые организации, ни иные лица не несут каких-либо расходов по данной процедуре.

Имеются мнения о возможности утверждения в деле о банкротстве кандидатуры арбитражного управляющего по заявлению аффилированного с должником кредитора или лица, которое так или иначе имеет или имело влияние на должника, но, по нашему мнению, в таких случаях судебная практика расставила все по своим местам. Так, судами в настоящее время пресекается утверждение аффилированных и заинтересованных арбитражных управляющих в целях обеспечения независимости управляющего и предотвращения конфликта интересов. По заявлениям лиц, участвующих в деле, либо по собственной инициативе судом удовлетворяются заявления о пересмотре вопросов по утверждению арбитражных управляющих, кандидатуры которых выдвигались аффилированными или заинтересованными с должником лицами (п. 12 «Обзора Верховного суда РФ судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц», утвержденного Президиумом Верховного суда РФ 29.01.2020 г.; п. 20 «Обзора судебной практики Верховного суда Российской Федерации № 4 (2019)», утвержденного Президиумом Верховного суда РФ 25.12.2019 г. п. 27.1 «Обзора Верховного суда РФ судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства», утвержденного Президиумом Верховного суда РФ 20.12.2016 г.; Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного суда РФ от 28.10.2019 г. № 301-ЭС19-12957 по делу № А31-8779/2018; Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного суда Российской Федерации от 29.05.2020 г. № 305-ЭС19-26656 по делу № А41-23442/2019 и пр.).

Необходимо отметить, что «повального» утверждения в процедурах банкротства аффилированных или заинтересованных с должником арбитражных управляющих не замечается. Такие случаи на фоне общего количества рассматриваемых дел о банкротстве носят в большей степени характер статистической погрешности.

Полагаем, что абсолютно полностью новый проект закона не решает проблемы назначения заинтересованных с должником арбитражных управляющих (как говорится, «мир тесен»). Более того, в случае принятия нового проекта у добросовестных кредиторов уже не будет законодательно обоснованного механизма для отстранения таких управляющих, т.к. в Законопроекте планируется признать

утратившим силу п. 5 ст. 37 Закона о банкротстве, руководствуясь которым суды в настоящее время рассматривают такие споры.

Учитывая изложенное, введение новой системы в представленном в Законопроекте варианте не видится обоснованным. Для введения новой процедуры случайного выбора потребуются крупные государственные затраты на создание и обеспечение деятельности нового государственного реестра арбитражных управляющих, создание регистра арбитражных управляющих, обеспечение деятельности оператора регистра, оплата которых потребует не только одноразовых вложений, но и ежемесячную оплату работы вновь образованной чиновничьей структуры.

Кроме того, введение рассмотренных новелл Законопроекта неизбежно отразится и на нагрузке, в том числе и финансовой, на крупные саморегулируемые организации. Получается, что у саморегулируемых организаций арбитражных управляющих могут появиться новые обязанности, однако роль саморегулируемых организаций, да и саморегулирование в области арбитражного управления, снижается.

Если обратиться к основам и целям саморегулирования, то одной из важнейших ее задач является снижение бюджетных затрат в регулируемой области путем уменьшения государственного участия, но под его контролем. Инициаторы Законопроекта не хотят воспользоваться наработанным 17-летним опытом саморегулирования отрасли. Действующая сейчас система утверждения арбитражных управляющих уже «обросла» практикой и, на наш взгляд, справляется с поставленными задачами, саморегулируемые организации арбитражных управляющих, представляя в суд на утверждение кандидатуры, стараются сохранять свои позиции и репутацию, а профессиональное сообщество уже давно ставит на повестку совершенно другие наиболее важные и назревшие вопросы в области банкротства.

#### Список литературы

1. Законопроект (ID проекта 02/04/03-20/00100272) «О внесении изменений в Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" и отдельные законодательные акты Российской Федерации» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.regulation.gov.ru/projects#npa=100272> (дата обращения: 09.04.2021).
2. Федеральный закон РФ от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (дата обращения: 23.03.2021).
3. Федеральный закон РФ от 08.08.2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base> (дата обращения: 05.04.2021).
4. Единый федеральный реестр сведений о банкротстве [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.bankrot.fedresurs.ru> (дата обращения: 17.04.2021).

#### References

1. Zakonoproekt (ID proekta 02/04/03-20/00100272) «O vnesenii izmenenij v Federal'nyj zakon "O nesostoyatel'nosti (bankrotstve)" i ot del'nye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii» [Elektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: <http://www.regulation.gov.ru/projects#npa=100272> (data obrashcheniya: 09.04.2021).
2. Federal'nyj zakon RF ot 26.10.2002 g. № 127-FZ «O nesostoyatel'nosti (bankrotstve)» [Elektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (data obrashcheniya: 23.03.2021).
3. Federal'nyj zakon RF ot 08.08.2001 g. № 129-FZ «O gosudarstvennoj registracii yuridicheskikh lic i individual'nyh predprinimatelej» [Elektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base> (data obrashcheniya: 05.04.2021).
4. Edinyj federal'nyj reestr svedenij o bankrotstve [Elektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: <http://www.bankrot.fedresurs.ru> (data obrashcheniya: 17.04.2021).

УДК 349

## ПРАВОВОЙ СТАТУС УЧЕНОГО В СОВРЕМЕННЫХ ЦИФРОВЫХ РЕАЛИЯХ

Летова Наталия Валерьевна,<sup>1</sup>

*д-р юрид. наук, глав. науч. сотрудник сектора гражданского права,  
гражданского и арбитражного процесса,  
e-mail: letovanv@mail.ru,*

<sup>1</sup>*Институт государства и права Российской академии наук, Москва, Россия*

*В статье рассмотрены теоретические вопросы, связанные с определением правового статуса ученых в Российской Федерации, обозначены потребности практики в установлении их положения в сфере науки, а также в самых разных общественных отношениях: научно-технологических и инновационных, включая цифровые технологии, трудовых. Акцентировано внимание на том, что в законодательстве Российской Федерации отсутствует единое определение понятия «ученый», не систематизированы критерии, согласно которым лица, занимающиеся наукой и исследованиями, могут быть отнесены к данной категории субъектов, а также не определен их правовой статус.*

**Ключевые слова:** наука, научные достижения, ученый, научный сотрудник, научный работник, исследователь, цифра, цифровые технологии в науке, образование, аттестация, персональные данные, право на творчество, право на труд, особенности труда научных работников, квалификационные требования, штатное расписание, заработная плата сотрудников

## THE LEGAL STATUS OF A SCIENTIST IN MODERN DIGITAL REALITIES

Letova N.V.,<sup>1</sup>

*doctor of law, chief researcher of the sector of the civil law,  
civil and arbitration process,  
e-mail: letovanv@mail.ru,*

<sup>1</sup>*Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow, Russian Federation*

*In the article some theoretical issues, which are related to determining the legal status of scientists in Russian Federation, are examined, the needs of the practice in establishing their position in the field of science, as well as in a variety of social relations: scientific, technological and innovative, including digital technologies, labor; are identified. It is paid attention on the fact that there is no single definition of the concept of “scientist” in the legislation of Russian Federation, are not systematized the criteria, according to which persons, engaged in science and research, can be attributed to this category of subjects, and is not determined their legal status.*

**Keywords:** science, scientific achievements, scientist, researcher, scientific worker, investigator, numeral, digital technologies in science, education, certification, personal information, right to be creative, right to work, peculiarities of the work of scientific workers, qualification requirements, staffing table, staff salaries

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-50-55

Россия исторически славилась человеческим потенциалом, высокими научными достижениями и справедливо была и остается одной из ведущих мировых научных держав. Современное состояние нашего общества, переход страны к новому технологическому укладу, цифровизации услуг предполагают решение таких глобальных задач, которые поставлены перед государством и обществом, как сохранение человеческого потенциала страны и приоритетное развитие науки, научных достижений в Российской Федерации.

Особое отношение государства к науке в широком значении этого слова, научному сообществу, творчеству научных работников сегодня определено на уровне основного закона нашей страны – Конституции Российской Федерации. Пожалуй, впервые на конституционном уровне полномочие прави-

тельства РФ, касающиеся определения и реализации государственной политики в сфере науки и научно-технических достижений, провозглашено в качестве одного из фундаментальных.

Общеизвестно, что Конституция РФ является фундаментом всей правовой системы любого государства, нормы которой оказывают формирующее воздействие на различные аспекты общественной жизни: государственно-политический, экономический, социальный, нравственный, духовный, патриотический. Иными словами, Конституция РФ представляет собой выражение, «проекцию» основных традиций и ценностей нашего общества, облеченных в правовую форму [1].

Законом о поправке РФ к Конституции РФ от 14.03.2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти»<sup>1</sup> определено новое полномочие правительства РФ по обеспечению государственной поддержки научно-технологического развития Российской Федерации, реализации ее научного потенциала, что, безусловно, свидетельствует о повышенном внимании государства к науке, научным достижениям и лицам, деятельность которых связана с ней. Согласно ч. 1 п. «в. 1» ст. 114 Конституции РФ новое полномочие правительства РФ определено как обеспечение проведения в Российской Федерации единой социально ориентированной государственной политики в области культуры, науки и образования.

Нам представляется, что включение в Конституцию РФ новых норм в части регулирования именно научного, научно-технологического развития позволит не только усилить правовую основу нашего государства, но и восстановить преемственность поколений, сохранить то лучшее и фундаментальное, что было создано ранее, в советский период, когда наука была подлинным «локомотивом» развития страны, а научные достижения лежали в основе экономического, социального развития государства. Как справедливо отмечают отдельные авторы, «развитие любого общества нуждается в объединении сил и настроений народа; поиск эффективных форм такого объединения – задача социальных наук, а реализация предложений ученых – задача государственных деятелей» [2, с. 16–17].

В настоящее время масштабность задач, стоящих перед современной наукой, стремление государства не только сохранить научный потенциал страны, но и приблизить научные достижения к лучшим зарубежным практикам, иметь возможность использовать то лучшее, что есть в сфере научных достижений в мире, являются одним из приоритетных направлений политики государства, включая и сферу образования.

Решение таких задач на государственном уровне возможно только путем определения комплексного подхода, вовлечения представителей не только научного сообщества, но и всех уровней публичной власти, создания надежного конституционно-правового фундамента и, прежде всего, закрепления обязательств в этой сфере [3, с. 7]<sup>2</sup>. До внесения поправки в основной закон страны упоминания отдельных положений о науке, в частности при осуществлении регламентации вопросов и предметов совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов (п. «е» ч. 1 ст. 72), было явно недостаточно, поскольку процесс научного и технологического развития, ускорение темпов цифровизации услуг в нашей стране обусловили их указание в качестве одного из приоритетных национальных направлений и целей Российской Федерации. Как справедливо отмечает член-корреспондент А.Н. Савенков, «цифровизация и глобализация уже превратили пассивных потребителей в активных производителей и инвесторов» [4, с. 192].

Считаем, что действующая Конституция РФ, по существу, содержит завершенную форму, модель регулирования отношений в области науки, что позволяет говорить о нормативном закреплении адекватной основы для развития государства в условиях перехода к цифровым технологиям и формированию нового технологического уклада. Кроме того, присутствие таких положений в законе, на наш взгляд, свидетельствует о системном усилении, в первую очередь, именно социальных функций правительства РФ, что обусловлено решением одновременно иных, не менее стратегически важных целей и задач, стоящих перед государством: «народосбережение», сохранение численности российского народа, обеспечение условий для благополучия человека, которое невозможно, в том числе, и без науки и научных достижений.

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 2020. – № 11. – Ст. 1416.

<sup>2</sup> См., например: Керимов Д.А. Проблемы общей теории права и государства: в 3 т. Т. 3. Правовое государство. – М.: СГУ, 2003. – С. 156.

Следует признать, что содержание новой Конституции РФ наполнено нормами-принципами и нормами-целями, выражающими очень значимые для российского общества, прежде всего духовно-нравственные, приоритеты. Солидарны с мнением отдельных авторов, утверждающих, что «гораздо важнее ценностные изменения российского конституционализма и начавшееся устранение из Конституции РФ ее социальной обедненности» [5, с. 19–20].

Аналогичный, системный подход прослеживается и в Конституциях других стран, положения которых посвящены основам политики того или иного государства в сфере образования или науки. Так, например, правительство Монголии осуществляет разработку комплексной политики в области науки и техники, руководящих принципов национального экономического, социального развития и представляет их в Великий Государственный Хурал (парламент), а также обеспечивает исполнение принятых по ним решений (ст. 38). Конституция Китая к компетенции правительства относит вопросы разработки и реализации плана социально-экономического развития страны, руководства работой в области образования, науки, культуры и здравоохранения, физической культуры и планирования семьи (ст. 89). Согласно ст. 96 Конституции Вьетнама правительство осуществляет единое управление экономикой, культурой, обществом, образованием, медициной, наукой, техникой, окружающей средой, информацией, средствами массовой информации, международными отношениями, национальной обороной, национальной безопасностью, социальным порядком и безопасностью, принимает решения о мобилизации и чрезвычайном положении, а также осуществляет другие необходимые меры для защиты страны и сохранения жизни и имущества народа. Правительство Республики Казахстан разрабатывает основные направления социально-экономической политики государства, его обороноспособности, безопасности, обеспечения общественного порядка и организует их осуществление (ст. 66). Конституцией Армении (ст. 89) за правительством закреплено полномочие по осуществлению государственной политики в области науки, образования, культуры, здравоохранения, социального обеспечения и охраны природы [6, с. 10].

Не трудно заметить, что во всех указанных Конституциях государство выделяет науку и образование в качестве фундаментальных основ развития каждого государства, причем во взаимосвязи с семейными отношениями и здравоохранением, а в отдельных случаях – с безопасностью страны, что свидетельствует о повышенном внимании государства к сфере науки и образования, реализация основных направлений которых возложена на исполнительный орган соответствующих стран – правительство<sup>3</sup>.

Считаем, что наука, научные достижения и научные результаты в самом широком их понимании и значении являются глобальным общим благом, основополагающим правом человека, которое должно быть доступно каждому в любой стране мира. В этой связи в качестве общемировой задачи для всех государств в сфере науки и образовании целесообразно разработать институциональную и национальную политику и правовые рамки в области «открытой науки», для того чтобы обеспечить всеобщий и открытый доступ к научным знаниям в общемировом значении и их совместное использование, взаимный «обмен» между государствами исключительно в целях достижения высоких научных результатов, их применения в интересах человечества и благополучия каждого отдельно взятого человека.

Кроме того, при определении конкретных направлений и задач в сфере науки и образования каждому государству можно принимать для формирования соответствующей политики общие, учитывать рекомендации ЮНЕСКО в отношении научной деятельности и научных работников (исследователей) в каждой стране. Так, в частности, в обязанности каждого научного работника входят содействие повышению доступности результатов научных исследований и участие в обмене научными данными между исследователями, а также по мере возможности и с учетом существующих прав содействие их доступности для разработчиков политики и широкой общественности<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Примечание. Как справедливо отмечают отдельные авторы, для каждого государства важно сохранить их конституционную идентичность. См.: *Клишас А.А.* Юридический код государства: вопросы теории и практики. – М., 2019. – С. 302.

<sup>4</sup> Федеральный закон РФ от 27.07.2006 г. № 149-ФЗ (ред. от 09.03.2021 г.) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 20.03.2021 г.) // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 31 (ч. 1). – Ст. 3448; Постановление Правительства РФ от 02.03.2019 г. № 234 (ред. от 21.08.2020 г.) «О системе управления реализацией национальной программы "Цифровая экономика Российской Федерации"» (вместе с «Положением о системе управления реализацией национальной программы "Цифровая экономика Российской Федерации"»).

Научным учреждениям, в которых работают ученые, исследователи, предлагается оказывать всестороннюю поддержку в той или иной конкретной области науки. Вместе с тем государствам-членам рекомендовано поощрять и поддерживать открытые стипендиальные программы для научных работников (исследователей), содействовать открытому доступу к научной литературе и исследовательским данным, а также корректировать системы аттестации для обеспечения условий, стимулирующих переход к «открытой науке». В целях достижения задачи в части популяризации научных достижений в мировом значении и масштабе необходимо создавать условия для обеспечения беспрепятственной публикации результатов всех научных исследований, поощрять участие научных работников в деятельности международного научного сообщества, осуществлять обмен научными знаниями, публиковать материалы в открытом доступе.

Особо следует отметить, что выполнение указанных предложений в рамках «открытой науки» носит рекомендательный характер в том смысле, что, с одной стороны, Россия не может остаться в стороне, в «изолированном формате» в сфере научных достижений от всего мира, а с другой – нам необходимо сохранить свою «эксклюзивность» в научных достижениях, обеспечить независимость и защитить свои национальные интересы в сфере науки и образования. В этом смысле практическая реализация указанных положений должна осуществляться крайне осторожно, умеренно, с четким пониманием того, что «лучшие умы, научные достижения» должны «остаться» в России, обеспечивая интересы нашей страны и нашего народа, российского научного потенциала.

Необходимо признать, что выполнение данных рекомендаций потребует пересмотра целого ряда норм российского законодательства, которые направлены на регулирование отношений в сфере науки, научно-технической политики, а также законодательства, относящегося к инновационной деятельности. Считаем, что для достижения и выработки наиболее эффективных механизмов на практике существует объективная потребность, прежде всего, в определении позиции Российской Федерации в вопросах формирования широкого партнерства и межгосударственного сотрудничества в области науки, не допустить изолированности ученых и их достижений в мире, в целях обеспечения всемерной защиты российской науки и продвижения интересов наших ученых на площадках мировых университетов и научных учреждений.

К числу проблем доктринального порядка относится отсутствие в нормах действующего законодательства определения понятия «ученый». При этом законодатель использует разные категории для определения лиц, которые занимаются наукой, среди которых такие как «научный работник», «научный сотрудник», «научно-педагогический работник», «исследователь», «научно-исследовательский работник» и другие категории, конструкции, используемые в отечественном и зарубежном законодательстве, а также в иных научных доктринах и практиках.

Если вернуться к содержанию Конституции РФ, то и здесь мы не найдем определения понятия «научный работник». Если говорить о положениях, направленных на регулирование определенных отношений в сфере науки и субъектов, которые занимаются ей, то можно напомнить содержание ч. 1 ст. 44 Конституции РФ, согласно которой «каждому гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества». Сама по себе норма не является регулятором соответствующих общественных отношений. Тем не менее, она декларирует и гарантирует, прежде всего, право любого человека на свободу творчества, не предлагая собственно решений относительно дефиниций указанных терминов.

Системное толкование норм позволяет найти легальное определение понятия «научный работник» в ч. 1 ст. 4 Федерального закона РФ от 23.08.1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»<sup>5</sup>, согласно которой научным работником (исследователем) является гражданин, обладающий необходимой квалификацией и профессионально занимающийся научной и (или) научно-технической деятельностью. Однако и в данном определении мы видим, что научный работник отождествляется с исследователем, сферой деятельности которого может быть и научная, и научно-исследовательская, но не инновационная. Видимо, это является техническим упущением законодателя, поскольку представить научную деятельность, которая бы не могла быть признана инновационной,

<sup>5</sup> Федеральный закон РФ от 23.08.1996 г. № 127-ФЗ (ред. от 08.12.2020 г.) «О науке и государственной научно-технической политике» // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 35. – Ст. 4137.

не отвечала бы новым требованиям, уровню научно-технологического процесса, достаточно сложно, иначе такие научные достижения не могут быть признаны современными, востребованными на практике. В данном случае понятно, что происходит отождествление понятий «научный работник» и «исследователь». По нашему мнению, это понятие является самым широким по смыслу при обозначении субъектов научной деятельности.

В других нормативно правовых актах, в частности в Федеральном законе РФ «Об образовании в Российской Федерации», поименованы научно-педагогические работники, а именно: «В организациях, осуществляющих образовательную деятельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных профессиональных программ, предусматриваются должности педагогических работников и научных работников, которые относятся к научно-педагогическим работникам. Педагогические работники относятся к профессорско-преподавательскому составу указанных организаций» (ст. 50)<sup>6</sup>.

Содержание данной нормы тоже не добавляет определенности в определении правового статуса научных работников, ученых. С одной стороны, можно признать, что работники науки обладают определенным правовым статусом, а их труд регулируется как общими правовыми нормами, так и специальными, которые обеспечивают учет самых разных факторов и обстоятельств, регламентирующих их труд, отражающий многообразие видов их профессиональной деятельности. Так, гл. 52.1 Трудового кодекса РФ<sup>7</sup>, которая посвящена особенностям регулирования труда научных организаций, их заместителей, тоже не предлагает определения понятия «научный работник». В данном случае акцент законодателя сфокусирован именно на занимаемой научным работником должности, которые предусматриваются в штатных расписаниях научных организаций, организаций, осуществляющих образовательную деятельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных профессиональных программ. Штатное расписание научных организаций формируется на основании разд. 2 «Квалификационные характеристики должностей работников, занятых в научно-исследовательских учреждениях», соответственно, квалификационный справочник должностей руководителей, специалистов и других служащих содержит квалификационные характеристики более 240 наименований должностей, в том числе по должностям научных работников. Квалификационные характеристики по каждой должности состоят из трех разделов: «Должностные обязанности», «Должен знать», «Требования к квалификации».

В разделе «Должностные обязанности» приведен перечень квалификационных характеристик, основных функций, которые могут быть полностью поручены сотруднику, занимающему данную должность. Раздел «Должен знать» содержит основные требования, предъявляемые к работнику в отношении специальных знаний, а также знаний нормативных актов, методов и средств, которые работник должен уметь применять при выполнении должностных обязанностей. Раздел «Требования к квалификации» определяет уровень профессиональной подготовки работника, необходимой для выполнения возложенных на него обязанностей, требуемый стаж работы. Наименование должностей научных работников в штатном расписании научной организации и их квалификационные характеристики должны соответствовать Постановлению Минтруда России от 21.08.1998 г. № 37<sup>8</sup>.

Применительно к определению и характеристике правового статуса научного работника должностная инструкция является важным документом, содержание которого фактически определяет квалификационные требования, предъявляемые к занимаемой должности. Следует отметить, что порядок составления инструкции не определен нормативными актами, поэтому работодатель может самостоятельно определять то, в каком порядке и какие изменения следует вносить в инструкцию, а также кто именно будет это делать.

Единообразия в определении понятия «научный работник» не добавляют и формулировки Указа Президента от 07.05.2012 г. № 597 «О мероприятиях по реализации государственной социальной

<sup>6</sup> Федеральный закон РФ от 29.12.2012 г. № 273-ФЗ (ред. от 24.03.2021 г.) «Об образовании в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 2012. – № 53 (ч. 1). – Ст. 7598.

<sup>7</sup> Трудовой кодекс РФ от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 05.04.2021 г.) // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 1 (ч. 1). – Ст. 3.

<sup>8</sup> Квалификационный справочник должностей руководителей, специалистов и других служащих (утв. Постановлением Минтруда России от 21.08.1998 г. № 37) (ред. от 27.03.2018 г.). *Примечание.* Текст редакции от 20.06.2002 г. опубликован в издании Минтруда РФ (Москва, 2002).

политики»<sup>9</sup>, согласно которому Правительство РФ должно обеспечить повышение к 2018 г. средней заработной платы научных сотрудников до 200 % исходя из средней заработной платы соответствующего региона. Как следует из содержания данного документа, в качестве лиц, имеющих право на повышение заработной платы, указаны «научные сотрудники». Можем предположить, что это техническая ошибка, упущение, но не намеренное исключение научных сотрудников из списка лиц, имеющих право на получение заработной платы в указанном размере. Вместе с тем можно предположить, что термин «научный сотрудник» является лишь частью названия должности, которую занимают научные работники по таким должностям, как главный, ведущий, научный и младший сотрудник, имея в виду, прежде всего, содержание квалификационного справочника.

Нам представляется, что законодательное регулирование более приемлемо для лиц (научных работников), аффилированных с определенными научными или образовательными организациями, чем для «просто» ученых, статус которых лишь подчеркивает их социальное положение, сферу деятельности и свободу научного творчества.

Безусловно, интенсивное последующее развитие законодательства в сфере науки, научно-технического прогресса и инновационной деятельности потребует от законодателя единообразного определения понятий «ученый», «научный работник», «научный сотрудник», определения их правового статуса, специфики статуса и внедрения соответствующей терминологии в нормы действующего законодательства. Решение такой доктринальной задачи не только позволит выработать наиболее эффективные механизмы регулирования отношений в сфере науки, но и поможет сформулировать научный и доктринальный подход к выявлению правового положения ученого в нашей стране.

#### Список литературы

1. *Летова Н.В.* Основы защиты материнства, детства, семьи в свете новелл Конституции Российской Федерации // Пробелы в российском законодательстве. – 2021. – Т. 14. – № 1. – С. 34–39.
2. *Бабурин С.Н.* Нравственное государство. Русский взгляд на ценности конституционализма. – М.: Норма, 2020. – 536 с.
3. *Зорькин В.Д.* Суть права // Вопросы философии. – 2018. – № 1. – С. 5–16.
4. *Савенков А.Н.* Государство и право в период кризиса современной цивилизации. – М.: Проспект, 2020. – 448 с.
5. *Хабриева Т.Я.* Теория современного основного закона и российская Конституция // Журнал российского права. – 2008. – № 12 (144). – С. 15–23.
6. *Яценко И.С.* Современный парламентаризм и парламентские системы в Российской Федерации и зарубежных странах: конституционно-правовое и сравнительное исследование. – М., 2002.
7. *Клишас А.А.* Юридический код государства: вопросы теории и практики. – М.: Междунар. отношения, 2019. – 760 с.

#### References

1. *Letova N.V.* Osnovy zashchity materinstva, detstva, sem'i v svete novell Konstitucii Rossijskoj Federacii // Probely v rossijskom zakonodatel'stve. – 2021. – T. 14. – № 1. – S. 34–39.
2. *Baburin S.N.* Nravstvennoe gosudarstvo. Russkij vzglyad na cennosti konstitucionalizma. – M.: Norma, 2020. – 536 s.
3. *Zor'kin V.D.* Sut' prava // Voprosy filosofii. – 2018. – № 1. – S. 5–16.
4. *Savenkov A.N.* Gosudarstvo i pravo v period krizisa sovremennoj civilizacii. – M.: Prospekt, 2020. – 448 s.
5. *Habrieva T.Ya.* Teoriya sovremennogo osnovnogo zakona i rossijskaya Konstituciya // Zhurnal rossijskogo prava. – 2008. – № 12 (144). – S. 15–23.
6. *Yacenko I.S.* Sovremennyyj parlamentarizm i parlamentskie sistemy v Rossijskoj Federacii i zarubezhnyh stranah: konstitucionno-pravovoe i sravnitel'noe issledovanie. – M., 2002.
7. *Klishas A.A.* Yuridicheskij kod gosudarstva: voprosy teorii i praktiki. – M.: Mezhdunar. otnosheniya, 2019. – 760 s.

<sup>9</sup> Собрание законодательства РФ. – 2012. – № 19. – Ст. 2334.

УДК 347.45/.47

## НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПРАКТИЧЕСКОЙ РЕАЛИЗАЦИИ МЕХАНИЗМА ЗАЩИТЫ БИЗНЕСА ОТ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ РИСКОВ

**Романова Ирина Николаевна,<sup>1</sup>**

канд. юрид. наук, доцент, зав. кафедрой гражданского права и процесса,  
e-mail: iromanovarzn@bk.ru,

<sup>1</sup>Московский университет им. С.Ю. Витте, филиал в Рязани, Рязань, Россия

*В рамках настоящей статьи на основе изучения научных трудов, анализа действующего законодательства и референтной судебной практики исследуются юридические механизмы, направленные на обеспечение защиты субъектов сферы предпринимательской деятельности от вероятных рисков, с которыми данная деятельность сопряжена. Отмечается, что круг субъектов, вовлеченных в реализацию механизма страховой защиты субъектов предпринимательства, включает, помимо субъектов страхового дела, страхователей, застрахованных лиц, выгодоприобретателей, и объединения страховщиков, а в ряде случаев государство в лице уполномоченных на то субъектов. Обосновывается, что появление страховщиков на рынке финансовых услуг обусловило трансформацию самострахования в более совершенные формы взаимного и коммерческого страхования. Их роль в механизме страховой защиты определяется возложенными на них функциями по оценке страхового риска, формированию страховых резервов для обеспечения страхового покрытия, определению размера убытков или ущерба, осуществлению страховых выплат.*

**Ключевые слова:** страховая защита, договор страхования, страховой риск, союз страховщиков, субъекты предпринимательства, возмещение убытков

## SOME ASPECTS OF THE PRACTICAL IMPLEMENTATION OF THE MECHANISM OF PROTECTING BUSINESS FROM ENTREPRENEURIAL RISKS

**Romanova I.N.,<sup>1</sup>**

candidate of juridical sciences, associate professor, head of the department of the civil law and process,  
e-mail: iromanovarzn@bk.ru,

<sup>1</sup>Moscow Witte University, the branch in Ryazan, Ryazan, Russia

*Within the framework of this article, based on the study of scientific works, analysis of the current legislation and reference judicial practice, legal mechanisms are investigated aimed at ensuring the protection of subjects of the sphere of entrepreneurial activity from the possible risks with which this activity is associated. It is noted that the range of entities involved in the implementation of the mechanism of insurance protection of business entities includes, in addition to insurance entities, policyholders, insured persons, beneficiaries, also associations of insurers, and in some cases the state represented by authorized entities. It is substantiated that the appearance of insurers in the financial services market led to the transformation of self-insurance into more advanced forms of mutual and commercial insurance. Their role in the mechanism of insurance protection is determined by the functions assigned to them for assessing insurance risk, forming insurance reserves to provide insurance coverage, determining the amount of losses or damage, making insurance payments.*

**Keywords:** insurance protection, insurance contract, insurance risk, union of insurers, business entities, compensation for losses

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-56-63

Реализация страховой защиты предполагает функционирование соответствующего механизма, который может быть рассмотрен в статике и динамике. В первом случае это предполагает определение его структуры, а во втором – процесса применения правовых норм, направленных на восстановление нарушенных прав и законных интересов субъектов предпринимательской деятельности.

Структуру механизма страховой защиты образуют следующие элементы:

- 1) субъекты страховых отношений;
- 2) объекты страховой защиты;
- 3) организационно-правовые формы страхования;
- 4) правовые гарантии, включая юридическую ответственность.

В связи с тем что страховая защита не сводится к заключению договора и исполнению вытекающих из него обязательств сторон, круг субъектов, вовлеченных в реализацию соответствующего механизма, оказывается несколько шире и включает, помимо субъектов страхового дела, страхователей, застрахованных лиц, выгодоприобретателей, и объединения страховщиков, а в ряде случаев государство в лице уполномоченных на то субъектов.

Субъектов страхового дела, правовой статус которых определен Законом об организации страхового дела, в зависимости от их роли в страховой защите субъектов предпринимательства можно подразделить на две группы: участники страхового обязательства; субъекты, обеспечивающие его реализацию. К числу первых относятся страховщики, страхователи, застрахованные лица и выгодоприобретатели. Вторую же группу субъектов образуют страховые посредники и актуарии, которых Д.В. Акимочкин относит к числу субъектов, обеспечивающих страховую деятельность [1, с. 14], а также профессиональные объединения страховщиков.

Определяя особенности правового статуса страховщика как ключевого элемента в механизме страховой защиты субъектов предпринимательства, следует отметить, что исходя из положений ст. 5 Закона об организации страхового дела, применяемых во взаимосвязи с положениями Федерального закона РФ от 29.11.2007 г. № 286-ФЗ «О взаимном страховании», они обусловлены их статусом юридического лица, как правило создаваемого в форме хозяйственного общества (кроме обществ взаимного страхования) с целью извлечения прибыли от страховой деятельности, осуществляемой на основании лицензии, выдаваемой Центральным банком России. Их роль в механизме страховой защиты определяется возложенными на них функциями по оценке страхового риска, формированию страховых резервов для обеспечения страхового покрытия, определению размера убытков или ущерба, осуществлению страховых выплат. Их появление на рынке финансовых услуг в свое время обусловило трансформацию самострахования в более совершенные формы взаимного и коммерческого страхования.

Страхователями признаются юридические и дееспособные физические лица, заключившие со страховщиками договоры страхования либо являющиеся страхователями в силу закона. Последнее характерно для отношений по обязательному страхованию, где страхователем является лицо, указанное в законе, или лицо, определяемое правовой природой самого договора. Так, при обязательном страховании автогражданской ответственности им признается владелец транспортного средства, в том числе его собственник, а также лицо, владеющее транспортным средством на любом законном основании. Не является таковым лицо, управляющее транспортным средством в силу исполнения своих служебных или трудовых обязанностей, в том числе на основании трудового или гражданско-правового договора с собственником или иным владельцем транспортного средства. Специфика отдельных видов страхования обуславливает получение статуса страхователя осуществлением соответствующего вида деятельности (банковской, оценочной, деятельности по кадастровой оценке и т.п.).

Говоря о фигуре выгодоприобретателя, следует отметить, что действующее законодательство не содержит соответствующего легального определения, хотя данный субъект упоминается во всех статьях Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), посвященных различным видам договоров страхования, анализ которых позволяет рассматривать его как лицо, в пользу которого заключен договор страхования. При этом не вполне обоснованной представляется критика используемого понятия «выгодоприобретатель» при страховании деликтной ответственности, ввиду того что непосредственно выгоду потерпевший не приобретает, а страховые выплаты идут исключительно на возмещение ущерба. Как

представляется, выгода потерпевшего как раз и состоит в том, что существующий механизм страхования позволяет защитить его материальные интересы.

В этом смысле вызывает возражения использование законодателем применительно к отдельным видам страхования термина «потерпевший», не имеющего значимой для системы страховых отношений смысловой нагрузки. При этом в понятие «выгодоприобретатель» по не вполне понятной причине вкладывается общегражданский смысл: таковым признается лицо, которое имеет право на возмещение вреда в случае смерти потерпевшего (ч. 4 ст. 11). В результате указанные субъекты фактически противопоставляются при определении порядка осуществления страховой выплаты. Согласно ч. 9 ст. 12 указанного закона обязанность предоставить страховщику все документы и доказательства, а также сообщить все известные ему сведения, подтверждающие объем и характер вреда, причиненного жизни или здоровью потерпевшего, возлагается на потерпевшего или выгодоприобретателя.

Более корректно этот вопрос решается в Законе об обязательном страховании гражданской ответственности, который хотя и использует понятие «потерпевший», однако относит его к выгодоприобретателям, одновременно рассматривая в качестве таковых лиц, фактически понесших расходы на погребение, и граждан, имеющих право на возмещение вреда в случае смерти кормильца в соответствии с гражданским законодательством, а при отсутствии таких граждан – супруга, родителей, детей умершего, граждан, у которых потерпевший находился на иждивении, если он не имел самостоятельного дохода (п. 10 ч. 1 ст. 3).

Гораздо реже в механизме страховой защиты субъектов предпринимательства фигурируют застрахованные лица, т.е. те, чьи личные (неимущественные) качества или блага застрахованы. Обычно присутствие данного субъекта характеризует личное страхование, что не исключает появления такого участника правоотношения при страховании гражданской ответственности. В частности, при страховании строительно-монтажных работ в этом качестве могут выступать субподрядчики, а в некоторых случаях – изыскатели и проектировщики, работавшие над соответствующим проектом. Если же в таком договоре предусматривается секция личного страхования, застрахованными будут признаваться работники страхователя [2, с. 6]. Их место в механизме страховой защиты всегда определяется страхователем, который при страховании гражданской ответственности вправе указать в договоре и застрахованных лиц.

Развитие саморегулирования обусловило возрастание роли профессиональных объединений страховщиков, деятельность которых, особенно в механизме обязательного негосударственного страхования, служит гарантией защиты прав и законных интересов застрахованных лиц и выгодоприобретателей. Предпосылкой для этого стало установление законодательного требования обязательного членства в таком объединении для страховщиков, осуществляющих отдельные виды страхования.

Особое значение имеет их деятельность по формированию и обеспечению сохранности средств фонда компенсационных выплат, а также по осуществлению компенсационных выплат, предусмотренных законом при невозможности выполнения обязательств по договору страхования страховой организацией, являющейся членом такого объединения. При этом оговаривается, что при недостаточности средств компенсационного фонда для осуществления предъявленных компенсационных выплат члены профессионального объединения страховщиков производят в установленном им порядке дополнительные отчисления в указанный фонд, суммарный размер которых позволит обеспечить исполнение обязанности данного объединения по компенсационным выплатам.

Учитывая наличие публичных интересов в страховой защите субъектов предпринимательства, следует обратиться и к вопросу о месте государства в этом механизме. Очевидно, что ему принадлежит ведущая роль в самом его существовании, определяемом проводимой в этой сфере государственной политикой и организационно-правовым обеспечением ее реализации, которое предполагает не только создание правовой основы страхования, принятие мер по обеспечению устойчивости формируемой в этом сегменте финансового рынка инфраструктуры, но и осуществление надзорных функций. Наряду с этим можно выделить несколько форм непосредственного участия государства в страховой защите субъектов предпринимательства.

Первой из них является создание субъектов страхового дела. Так, в целях осуществления обязательного страхования вкладов Российской Федерацией была создана государственная корпорация «Агентство по страхованию вкладов», которая наряду с выполнением функций страховщика обеспечи-

вает функционирование всей системы страхования вкладов. Кроме того, в целях обеспечения финансовой устойчивости российских страховщиков и защиты имущественных интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, а также физических и юридических лиц в условиях существующей внешнеполитической обстановки и действующих санкций было принято решение о создании российской перестраховочной компании в форме акционерного общества и формировании ее уставного капитала за счет имущественного вноса Банка России. Это призвано снизить зависимость субъектов экономической деятельности от политической ситуации в мире и намерений отдельно взятых стран влиять на решения субъектов международных экономических отношений, в том числе международного страхового рынка, в части применения избирательного подхода к оказанию услуг по перестрахованию путем введения дополнительных условий перестрахования (оговорок).

Самостоятельной формой участия государства в страховании является субсидирование соответствующих мероприятий. В частности, предоставление субсидий в целях оказания финансовой поддержки при исполнении расходных обязательств субъектов Федерации, связанных с реализацией ими государственных и (или) муниципальных программ, предусматривающих возмещение части затрат сельскохозяйственных товаропроизводителей на уплату страховых премий, начисленных по договорам сельскохозяйственного страхования в области растениеводства и животноводства, предусмотрено Федеральным законом РФ от 25.07.2011 г. № 260-ФЗ «О государственной поддержке в сфере сельскохозяйственного страхования и о внесении изменений в Федеральный закон "О развитии сельского хозяйства"». Предполагается, что реализация его положений обеспечит создание комплексной системы правоотношений, направленной на снижение финансового бремени для государства в части возмещения затрат на ликвидацию последствий страховых событий, возможности эффективной реализации государственной политики в области развития сельского хозяйства в Российской Федерации путем закрепления приоритетных направлений сельскохозяйственного страхования в плане сельскохозяйственного страхования, создания экономических основ для эффективной реализации собственно страховых отношений, формирования системы мотивации сельскохозяйственных товаропроизводителей к заключению договоров страхования, недопущения злоупотребления со стороны не только страховщиков, но и страхователей.

Таким образом, государство играет активную роль в механизме страховой защиты предпринимательской деятельности, осуществляемой в тех сегментах рынка, где коммерческие финансовые институты в настоящее время не готовы принимать на себя значительную часть рисков по причине их высокого уровня, трудностей управления ими, затратного механизма реализации и невысокого уровня рентабельности этой деятельности, отсутствия гарантирования государством их обязательств.

Говоря о субъектах, обеспечивающих функционирование механизма страховой защиты, следует отметить, что в некоторых правопорядках их круг значительно шире. В частности, Закон Республики Казахстан от 18.12.2000 г. № 126-II «О страховой деятельности» относит к таковым страхового омбудсмена, который, будучи независимым в своей деятельности физическим лицом, осуществляет урегулирование взаимоотношений между участниками страхового рынка, а также андеррайтера, т.е. работника страховой (перестраховочной) организации, в функции которого входят оценка страховых рисков, принимаемых на страхование, и определение условий договоров страхования (перестрахования)<sup>1</sup>.

Важным элементом механизма страховой защиты субъектов предпринимательства является объект страхования, в качестве которого выступают различные страховые интересы, перечень которых законодатель изложил весьма бессистемно. В частности, имущественные интересы, связанные с получением доходов, возникновением непредвиденных расходов физических и юридических лиц (финансовые риски), образовали самостоятельную категорию объектов страхования без необходимого соотнесения с предпринимательскими рисками. При этом объекты страхования последних ограничиваются имущественными интересами, связанными с риском возникновения убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения своих обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе с риском неполучения ожидаемых доходов [3, с. 11].

<sup>1</sup> Law of the Republic of Kazakhstan dated December 18, 2000. No. 126-II "On insurance activities" [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.online.zakon.kz> (дата обращения: 13.02.2021).

Соответственно, из сферы правового регулирования выпали деликтные риски, представляющие собой возможность возникновения убытков субъекта предпринимательства от противоправных действий иных лиц (сторон отношений), реализуемых вне рамок установленных договорных отношений [4, с. 18], которые, очевидно, не охватываются страхованием гражданской ответственности, направленным на защиту имущественных интересов, связанных с риском несения расходов на возмещение вреда жизни, здоровью или имуществу граждан, имуществу юридических лиц, муниципальных образований, субъектов Российской Федерации или Российской Федерации.

Достаточно традиционным объектом страхования выступают имущественные интересы, связанные с риском утраты (гибели), недостачи или повреждения имущества. Однако практика показывает, что наряду с поименованными страховыми интересами встречаются и те, которые непосредственно не подпадают под установленные законодателем критерии. В этом случае, очевидно, следует исходить из общегражданского принципа свободы договора с учетом ограничения на страхование противоправных интересов и законодательного допущения существования комбинированного страхования, сущность которого составляет комбинация объектов, относящихся к разным видам имущественного и личного страхования. Исключением является запрет на комбинацию объектов имущественного страхования и страхования жизни.

Возникающие при реализации страховой защиты отношения облекаются в определенную организационно-правовую форму, характеризующуюся присущим ей составом субъектов отношений, спецификой оснований возникновения и содержания их взаимных обязательств, правового режима создаваемого фонда денежных средств, включая порядок его формирования и распределения.

Оценивая субъектный состав страховых правоотношений, присущий той или иной форме их организации, должны приниматься во внимание следующие обстоятельства:

- 1) наличие или отсутствие четкого распределения функций страховщика и страхователя, следовательно, возможности влиять на формирование страхового продукта;
- 2) специфика прав страхователей и застрахованных ими лиц на получение страховых продуктов;
- 3) распределение ответственности по обязательствам, связанным с созданием страховых продуктов между страховщиком и страхователями.

Очевидно, что в классической модели страхования функции страховщика и страхователя достаточно четко разграничены, чего нельзя сказать о взаимном страховании, которое определяется законодателем как страхование имущественных интересов членов общества на взаимной основе путем объединения в обществе взаимного страхования необходимых для этого средств (ст. 2 Закона о взаимном страховании). Использование данной модели построения страховых отношений приводит к тому, что функции страховщика и страхователя четко не разграничиваются.

Говоря об основаниях возникновения взаимных обязательств сторон, важно учитывать наличие или отсутствие юридической обязанности вступления в страховые правоотношения, обуславливающей:

- мотивы и цели участия в страховых отношениях;
- возможность влиять на выбор способа их оформления, условия страхования и выбор контрагента.

Выявление мотивов вступления в страховые правоотношения имеет значение при разграничении обязательного и добровольного страхования. В первом случае законодатель не только возлагает на хозяйствующих субъектов соответствующую обязанность, но и предписывает определенную форму организации и условия страхования, а бывает и предопределяет выбор контрагента.

Проблема предписываемого выбора контрагента возникает в случае реализации некоторых видов обязательного негосударственного страхования. В частности, заключение договора страхования гражданской ответственности владельца транспортных средств, а также опасных объектов за причинение вреда в результате их эксплуатации возможно только со страховщиком, являющимся членом соответствующего профессионального объединения.

Определяя специфику правового режима создаваемого фонда денежных средств, как критерия для разграничения организационно-правовых форм страховой защиты в сфере предпринимательства, следует исходить из особенностей его формирования, распределения и использования, выражающихся в наличии или отсутствии у страхователей соответствующих прав и обязанностей. Так, при взаимном страховании источниками формирования имущества общества фактически являются средства самих

страхователей, которые объединяют имеющиеся в них ресурсы посредством внесения вступительного, дополнительного взноса, добровольных денежных и иных имущественных взносов и пожертвований, а также взносов на покрытие расходов, связанных с уставной деятельностью общества, которые непосредственно не связаны с реализацией страховой защиты каждого из них [5, с. 13].

В системе коммерческого страхования вопрос формирования, распределения и использования страхового фонда составляет исключительную компетенцию страховщиков, хотя законодатель в целях обеспечения их финансовой устойчивости устанавливает требования к формированию страховых резервов и определяет возможные направления инвестирования находящихся в них денежных средств.

Еще одним критерием разграничения организационно-правовых форм страховой защиты субъектов предпринимательства является способ оформления отношений участников страховых отношений. При этом необходимо обратить внимание на законодательную коллизию, присущую оформлению отношений по взаимному страхованию. С одной стороны, ч. 1 ст. 3 Закона о взаимном страховании допускает страхование обществом имущественных интересов своих членов непосредственно на основании устава общества, а если уставом общества предусмотрено заключение договора страхования, то и на основании такого договора. С другой же стороны, обязательства по уплате страховой премии связываются с соблюдением порядка и сроков, установленных договором страхования и (или) правилами страхования. Не коррелирует данная норма и с положениями п. 2 ч. 1 ст. 7, закрепляющими право членов общества «страховать свои имущественные интересы на взаимной основе в соответствии с договором страхования и (или) правилами страхования». То же самое можно сказать и о соотношении нормы о страховании на основании устава с общими положениями Закона об организации страхового дела, предполагающими осуществление добровольного страхования на основании договора страхования и правил страхования, определяющих общие условия и порядок его осуществления. Безусловно, можно говорить о приоритете специальных норм, однако целесообразность подобной страховой практики весьма сомнительна, учитывая, что для ее реализации правила страхования придется включить непосредственно в устав общества.

Обоснованную критику вызывает и упоминание сходных условий взаимного страхования для всех членов общества, наводящее на мысль о возможности установления некоторых различий в объеме и порядке предоставления страховой защиты, что противоречит смыслу взаимного страхования.

Ранее изложенное позволяет прийти к выводу о том, что правовой формой существования отношений по взаимному страхованию следует признавать договор, хотя условия участия в них подлежат определению в уставе общества и утверждаются им в правилах страхования.

Следовательно, договор страхования является универсальным способом оформления страховых отношений, выступая в качестве гражданско-правовой формы взаимного согласия сторон об обязательстве либо формы выражения соглашения сторон о действиях по обязательству. В науке договор страхования справедливо рассматривается как средство регулирования предпринимательского риска, поскольку его конструкция позволяет отнести такой риск на специального субъекта – страховщика. Для нее характерны такие элементы, как наличие согласованного волеизъявления, построение правоотношений сторон по модели гражданско-правового обязательства, строго формальный механизм взаимоотношений сторон, сопровождаемый предусмотренным законом и подзаконными нормативными правовыми актами документооборотом.

Требование наличия согласованного волеизъявления вытекает из свободы договора как основополагающего принципа гражданского права. Однако следует отметить, что в случаях, когда негативные последствия возникновения тех или иных фактов предпринимательской деятельности могут затронуть публичные интересы, действие принципа свободы договора, закрепленного в ст. 421 ГК РФ, ограничивается в части не только проявления инициативы в заключении договора посредством закрепления соответствующей юридической обязанности, но и выработки его условий, в отношении которых нередко устанавливаются достаточно жесткие нормативные предписания.

Помимо этого имеют место не вполне обоснованные ограничения свободы договора и в части выбора его вида. Примером может служить страхование риска ответственности за нарушение договора, которое допускается только в случаях, предусмотренных законом. Причем в одних случаях это признается правом, а в других – обязанностью субъекта предпринимательства. В остальных же случаях

подобная договорная конструкция оказывается недоступной, хотя суды проявляют в этом вопросе достаточную гибкость, защищая интересы страхователей.

В частности, судебная правовая позиция, выраженная в свое время Президиумом Высшего арбитражного суда РФ, позволяет прийти к выводу о том, что этот запрет можно обойти путем заключения комплексного договора, по которому будут застрахованы как собственные имущественные риски страхователя, так и связанные с его деятельностью имущественные риски третьих лиц. С общетеоретических позиций в подобных случаях можно говорить об альтернативе использования договора страхования предпринимательского риска либо страхования ответственности за причинение вреда.

Судебной оценке подверглась и практика отдельных страховщиков заключать договоры вопреки предписаниям закона. Отмечается, что отсутствие соответствующего правового регулирования означает подчинение отношений сторон условиям заключенного договора. Соответственно, если он заключен на условиях, предложенных страховой компанией, которая, являясь профессиональным участником рынка страховых услуг и считая себя добросовестным контрагентом, должна осознавать правовые последствия данных договоров, то отличие условий договора страхования ответственности от содержания п. 1 ст. 932 ГК РФ само по себе не может служить основанием освобождения страховщика от выплаты страхового возмещения. Подобный вывод, очевидно, опирается на положения п. 5 ст. 166 ГК РФ.

В целом, вопрос о степени эффективности той или иной организационно-правовой формы страховой защиты субъектов предпринимательской деятельности является весьма спорным, учитывая, что для обществ взаимного страхования закрыта сфера обязательного негосударственного страхования, кроме тех случаев, которые предусмотрены федеральным законом о конкретном виде обязательного страхования. Взаимное страхование, постоянно конкурируя с коммерческой формой страхования на рынках США, Великобритании, Франции и Германии, не утратило своих специфических характеристик. Необходимо отметить и доминирующее значение взаимного страхования в Японии, учитывая, что 8 из 9 крупнейших страховых компаний Азии составляют японские общества взаимного страхования [6, с. 24].

Действенность страховой защиты субъектов предпринимательства во многом обеспечивается системой политических, экономических, организационных и правовых гарантий, которые должны быть адекватны правовой природе и целям такого страхования, а также характеру соответствующих правоотношений.

К числу политических гарантий реализации механизма страховой защиты относится как политическая организация общества, создающая необходимые условия для широкого использования процессов саморегулирования в сфере страхования, так и проводимая государством политика, направленная на создание, в целом, условий для развития рынка страховых услуг и, в частности, отдельных форм и видов страхования.

Следует отметить, что попытки обозначить основные направления государственной политики в сфере страхования предпринимались еще в первой половине 90-х гг. XX в. Еще не так давно они определялись Стратегией развития страховой деятельности в Российской Федерации до 2021 г., утвержденной Распоряжением Правительства РФ от 22.07.2013 г. № 1293-р. В настоящее время эти направления определяются Стратегией развития страховой отрасли Российской Федерации на 2019–2021 гг., утвержденной решением Общего собрания членов Всероссийского союза страховщиков (протокол № 21 от 28.11.2018 г.), и включают вопросы укрепления стабильности, надежности и прозрачности деятельности субъектов страхового дела, обеспечения защиты прав страхователей, застрахованных лиц и выгодоприобретателей, развития правовых основ деятельности участников страхового дела и конкуренции среди них, а также выработку направлений и подходов к осуществлению видов страхования в добровольной и обязательной формах.

Экономические гарантии страховой защиты субъектов предпринимательства состоят в обеспечении финансовой устойчивости страховщиков, чему должны способствовать разработка экономически обоснованных страховых тарифов, формирование страховых резервов, реализация механизмов сострахования и перестрахования. Особое значение в последнее время стали приобретать компенсационные фонды, создаваемые объединениями страховщиков для осуществления компенсационных выплат по отдельным видам обязательного негосударственного страхования.

Организационные гарантии связаны с формированием инфраструктуры страхового рынка, а также с установлением требований к его участникам с целью обеспечения на должном уровне страховой защиты субъектов предпринимательства.

Система правовых гарантий представляет собой совокупность юридических средств, установленных актами действующего законодательства и обеспечивающих возникновение, осуществление и защиту субъективных прав участников страховых правоотношений, включая механизмы юридической ответственности, состоящей в обязанности лица претерпевать меры государственного воздействия вследствие нарушения установленных нормативных предписаний. К числу таких гарантий можно отнести законодательное закрепление права страхователя требовать от страховщика разъяснения условий обязательного страхования, консультаций по заключению договора обязательного страхования, определения страховой суммы по договорам обязательного страхования, размера страховой премии и т.д.

Соответственно, рассмотрение механизма страховой защиты в динамике предполагает определение момента ее предоставления и специфики дальнейшей реализации, которую целесообразно рассмотреть применительно к конкретным видам страхования.

Как уже было отмечено нами, анализ специфики практической реализации юридического механизма страховой защиты предпринимательских рисков, проведенный как в статике, так и в динамике, позволяет точно определять в первом случае его структуру, а во втором – процесс применения правовых норм, направленных на восстановление нарушенных прав и законных интересов субъектов предпринимательской деятельности.

Структуру механизма страховой защиты образуют следующие элементы:

- 1) субъекты страховых отношений;
- 2) объекты страховой защиты;
- 3) организационно-правовые формы страхования;
- 4) правовые гарантии, включая юридическую ответственность.

#### Список литературы

1. *Акимочкин Д.В.* Правовое положение участников страхового обязательства и субъектов, обеспечивающих страховую деятельность, по законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2005. – 26 с.
2. *Дедиков С.В.* Договор страхования строительно-монтажных рисков: гражданско-правовые аспекты // *Законы России: опыт, анализ, практика.* – 2017. – № 5. – С. 3–8.
3. *Романова И.Н.* Понятие и сущность рисков в предпринимательской деятельности как предмета страхования // *Право и экономика.* – 2018. – № 3 (361). – С. 9–13.
4. *Обласов А.А.* Деликтные риски предпринимательства и методы управления ими: автореф. дис. ... канд. экон. наук: 08.00.05. – Комсомольск-на-Амуре, 2012. – 26 с.
5. *Четырус Е.И.* Страхование гражданско-правовой ответственности за причинение вреда: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2015. – 26 с.
6. *Романова И.Н.* Значение страховой защиты субъектов предпринимательской деятельности в современных условиях // *Право и экономика.* – 2017. – № 1 (347). – С. 22–27.

#### References

1. *Akimochkin D.V.* Pravovoe polozhenie uchastnikov strahovogo obyazatel'stva i sub'ektov, obespechivayushchih strahovuyu deyatel'nost', po zakonodatel'stvu Rossijskoj Federacii: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk: 12.00.03. – M., 2005. – 26 s.
2. *Dedikov S.V.* Dogovor strahovaniya stroitel'no-montazhnyh riskov: grazhdansko-pravovye aspekty // *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika.* – 2017. – № 5. – S. 3–8.
3. *Romanova I.N.* Ponyatie i sushchnost' riskov v predprinimatel'skoj deyatel'nosti kak predmeta strahovaniya // *Pravo i ekonomika.* – 2018. – № 3 (361). – S. 9–13.
4. *Oblasov A.A.* Deliktnye riski predprinimatel'stva i metody upravleniya imi: avtoref. dis. ... kand. ekon. nauk: 08.00.05. – Komsomol'sk-na-Amure, 2012. – 26 s.
5. *Chetyrus E.I.* Strahovanie grazhdansko-pravovoj otvetstvennosti za prichinenie vreda: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk: 12.00.03. – M., 2015. – 26 s.
6. *Romanova I.N.* Znachenie strahovoj zashchity sub'ektov predprinimatel'skoj deyatel'nosti v sovremennyh usloviyah // *Pravo i ekonomika.* – 2017. – № 1 (347). – S. 22–27.

УДК 34.03

## О ПОНЯТИИ «ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ»

Токарев Владимир Борисович,<sup>1</sup>

магистрант юридического факультета,

e-mail: 70161137@online.muiiv.ru,

<sup>1</sup>Московский университет им. С.Ю. Витте, Москва, Россия

*В статье раскрывается понятие «злоупотребление правом», которое часто ошибочно отождествляется с пределами осуществления субъективных прав, отдельными формами злоупотреблений. Статья 10 Гражданского кодекса РФ «Пределы осуществления гражданских прав» не дает определения приведенному понятию, а также критериев определения пределов, как должно следовать из ее названия. Отечественная доктрина злоупотребления правом пока еще не разработана, что влечет сложности в распознавании феномена для правоприменителей, снижает качество отправления правосудия, в связи с чем интерес исследователей к проблеме никогда не снижался. Злоупотребление правом может существовать в разнообразных формах, а раскрытие правовой природы понятия необходимо для распознавания социально вредного и опасного для правового регулирования сложного феномена. Для раскрытия понятия целесообразно применение диалектического метода, сравнительно-правового, историко-правового и телеологического подходов. Недопустимость злоупотребления правом в качестве общеправового принципа, закрепленного в Конституции РФ, определяет необходимость обращения по большей части к общетеоретическим исследованиям.*

**Ключевые слова:** злоупотребление правом, пределы осуществления субъективных прав, шикана, правомерное поведение, правонарушение

## ON THE CONCEPT OF "ABUSE OF THE RIGHT"

Tokarev V.B.,<sup>1</sup>

master's degree student of the faculty of law,

e-mail: 70161137@online.muiiv.ru,

<sup>1</sup>Moscow Witte University, Moscow, Russia

*The article reveals the concept of "abuse of the right", which is often mistakenly identified with the limits of the exercise of subjective rights, individual forms of abuse. Article 10 of the Civil code of Russian Federation, which is named as «Limits to the exercise of civil rights», does not define the given concept, the criteria for determining the limits, as its name should imply. The domestic doctrine of abuse of the right has not yet been developed, which leads to difficulties in recognizing the phenomenon for law enforcement officers, reduces the quality of the administration of justice, therefore the interest of researchers in the problem has never decreased. Abuse of the right can exist in various forms, and disclosure of the legal nature of the concept is necessary to recognize a complex phenomenon that is socially harmful and dangerous for legal regulation. To reveal the concept, it is advisable to use the dialectical method, comparative legal, historical-legal and teleological approaches. The inadmissibility of abuse of the right as a general legal principle, which is enshrined in the Constitution of Russian Federation, determines the need to refer mostly to general theoretical research.*

**Keywords:** abuse of the right, limits on the exercise of subjective rights, chicanery, lawful conduct, offence

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-64-70

Феномен «злоупотребление правом» был известен еще римскому праву, причем в весьма разнообразных формах, среди которых так называемая шикана – действие с исключительным намерением причинить вред другому лицу: «Я строю на границе своего участка высокую стену с исключительной целью лишить света окна вашего дома» [1, с. 115].

В.П. Грибанов, являющийся основоположником теории пределов осуществления гражданских субъективных прав, название которой нашло отражение в ст. 10 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), тем не менее полагал, что в целом «римское право еще не знает самого понятия злоупотребления правом и не формулирует недозволенность злоупотребления правом в качестве общего принципа права» [2, с. 29].

Однако анализ первоисточников позволяет сделать и иной вывод. Так, О.А. Поротиковой было показано, как из отдельных казусов складывается довольно устойчивый комплекс требований к осуществлению гражданских прав: «необходимость осуществлять субъективное право с осмотрительностью, недопустимость осуществлять право без заинтересованности в нем лишь с целью причинить ущерб, условия квалификации ненадлежащего осуществления права» [3, с. 107]. Учитывая, что такой комплекс складывался постепенно преторскими эдиктами, вынужденными преодолевать писаную презумпцию «тот, кто пользуется своим правом, никому не причиняет вреда» («*qui iure suo utitur, neminem laedit*») [2, с. 26] в целях разумного разрешения дела, получаем весьма устойчивую тенденцию формирования нового, непоименованного принципа.

По мнению А.В. Волкова, термины «зловредность», «добрая совесть», «добрые нравы» в римских памятниках права используются неоднократно с целью поиска критериев соответствия права здравому смыслу, как общему принципу добросовестного осуществления права [4, с. 30]. В современных реалиях это означает судебское усмотрение в случаях, когда суду приходится искать некую общую норму-принцип в отсутствие норм специальных.

Наличие общего запрета шиканы и одновременно специального запрета на злоупотребление правом собственности впервые среди европейских кодификаций появилось в Прусском земском уложении 1794 г. «Наличие общих и специальных запретов в настоящее время характерно для законодательства различных правовых систем и не в коей мере не должно рассматриваться как недостаток», и, как обр-азно отмечает А.А. Малиновский, «общий запрет – это «дух» гражданского права, а запрет специальный – его «буква»» [5, с. 39].

В Прусском уложении впервые появляется назначение субъективного права – общественное благо, во имя которого ограничивается абсолютное право собственности землевладельца введением запрета на бесхозяйственное владение: «Всякий земледелец обязан культивировать свой участок, и в интересах удовлетворения общей нужды он может быть принужден к этому» [1, с. 112]. В уложении признаком шиканы по-прежнему является умысел на причинение вреда, даже угрозы причинения вреда: если земля не будет обрабатываться, может настать голод, что выявляется субъективным предположением. Для правоприменителя задача решалась следующим образом: если из обстоятельств дела следовало, что у собственника был выбор из нескольких способов осуществления своего права, но им был выбран способ «со злым умыслом», налицо злоупотребление правом.

Германское гражданское уложение 1896 г. (далее – ГГУ) было очередным шагом: «Осуществление права недопустимо, если оно может иметь своей исключительной целью причинение вреда другому» (§ 226 ГГУ); «Тот, кто действиями, грешащими против добрых нравов, умышленно причиняет вред другому лицу, обязан возместить последнему причиненный вред» (§ 826 ГГУ) [1, с. 115, 277].

И.А. Покровский лексическим анализом показывает, что помимо действия она распространяется и на бездействие [1, с. 282]. Отсюда следует, что средством злоупотребления признается само субъективное право, а злоупотребительными действиями – любые действия, направленные на безнравственную цель. Первоначально германская судебная практика столкнулась с тем, что безнравственным может быть и отказ заключения договора, и социальная борьба рабочих.

К началу XX в. дальше всех продвинулось Гражданское уложение Швейцарии 1907 г.: «Всякий при осуществлении своих прав и исполнении своих обязанностей должен поступать по доброй совести. Очевидное злоупотребление правом недопустимо» [1, с. 116]. Классическая критика таких «каучуковых», по определению И.А. Покровского, норм весьма убедительна: «Всякую область превратит в область дискреционного судебного усмотрения и юридической неизвестности ... не будет регулиро-

вать общественного порядка» [1, с. 280]. Однако § 826 ГГУ уже в течение последующего десятилетия был воспринят в обязательственном, вещном, семейном праве, показал свою полезность и не исчерпал свои возможности [4, с. 40]. И.А. Покровский увидел, что «в широком «объективном» понимании шиканы непременно проглянет мысль о некоторой социальной функции всякого права», но отрицал наличие содержания в этой функции [1, с. 119].

В Гражданском кодексе Испании 1889 г. злоупотребление правом определяется как «любое действие или бездействие, осуществляемое с намерением, явно выходящим за нормальные границы осуществления права» [5, с. 37], что однозначно выходит за рамки шиканы – причинение вреда даже не упоминается.

Иным образом пресечение злоупотреблений гражданским правом складывалось в законодательстве Франции. Кодекс Наполеона 1804 г. не содержал запрета на злоупотребление правом. Однако явление существовало, а французская судебная практика вынужденно обходилась нормами о деликте, причем настолько успешно, что во второй половине XIX в. выработала и широко применяла понятие «шикана» как осуществление субъективного права с целью причинения вреда другому, «злоупотребление правом» либо осуществление права «с нарушением его пределов либо содержания» [2, с. 36]. Вероятно, именно судебная практика оказала влияние на понимание злоупотребления правом во французской доктрине: «Не может признаваться законным осуществление права действия, совершаемое лицом без ощутимой и правомерной для себя выгоды, но имеющее в качестве единственно возможного результата причинение вреда другому лицу» [1, с. 116]. Данная формулировка – поправка в очередную редакцию Гражданского кодекса Франции, хотя и не реализованная. Ее важно упомянуть в связи с тем, что устанавливается не намерение субъекта, а факт отсутствия выгоды. Кроме того, речь идет не о факте причинения вреда, а об угрозе причинения вреда, что в наибольшей степени соответствует цели законодателя – пресечение попыток злоупотребления правом.

В законодательстве дореволюционной России не существовало запрета ни на злоупотребление правом, ни на шикану в ее классическом «узком» понимании – исключительно с намерением нанесения вреда другому лицу. Следует отметить, что в Соборном уложении 1649 г. имеются нормы, предписывающие не чинить препятствий при использовании угодий, постройке домов, но к концу XIX в. их уже не существовало. Известны отдельные случаи, когда Сенат, являвшийся высшей судебной инстанцией, разрешал соседские споры исходя из превышения законного права, но в целом довлел принцип, согласно которому никто не отвечает за действия, совершенные в пределах своего права. Итогом попыток российских цивилистов начала XX в. ввести запрет на злоупотребление правом в проект Гражданского уложения было отрицательное заключение редакционной комиссии. В проект обязательственного права запретительная норма была утверждена, но в самом «узком» виде – классической шиканы, однако в связи с событиями 1917 г. проект не был принят [4, с. 52–55].

Раскрытие сущности злоупотребления правом в его историческом развитии следует зафиксировать на рубеже XIX–XX вв., когда сформировалось следующее доктринальное представление об изучаемом феномене:

- 1) шикана является частным случаем злоупотребления правом, одной из форм;
- 2) формы злоупотребления субъективным правом слишком разнообразны, что требует наличия общих норм-принципов, выявления назначения нормы права для признания их правонарушениями и соотнесения с нравственными, неправовыми категориями (совести, добра, морали);
- 3) эгоистический экономический интерес признается законным, а целесообразность действий субъектов при конфликте интересов остается на усмотрение суда.

Запрет на злоупотребление правом был освоен рядом национальных европейских законодательств, причем даже в отсутствие нормативного запрета. Дальнейшее использование сравнительно-правового метода не представляется необходимым, т.к. отечественное развитие феномена злоупотребления правом происходило в весьма любопытном направлении.

Советское правоведение проводило фундаментальные научные исследования в области злоупотребления гражданскими правами. Следует отметить, что тезисы об отсутствии необходимости в самом понятии «злоупотребление правом» также принадлежат этому периоду времени. Не останавливаясь на подобных выводах, которые ничего, кроме факта изучения явления, не доказывают, обратимся к ключевым научным достижениям.

А.А. Агарков, считая термин лишенным правового смысла, утверждал, что действия, которые называют злоупотреблением правом, на самом деле совершены за его пределами [Цит. по: 2, с. 36]. Теория пределов осуществления гражданских прав своими корнями уходит именно к позиции А.А. Агаркова, который подразделял пределы на внешние границы права, очерченные законом, и внутренние границы, определяемые судом в каждом конкретном случае. Злоупотребление происходит тогда, когда субъект остается во внешних границах, но преступает границы внутренние. Данного подхода, в несколько измененном виде, придерживаются большинство современных исследователей, в частности О.А. Поротикова [3, с. 61], А.В. Волков [4, с. 278], А.А. Малиновский [5, с. 121], Н.А. Дурново [6, с. 61–62].

Отправной точкой для современных отечественных цивилистов является определение феномена, которое было разработано В.П. Грибановым в 60–70-х гг. XX в.: «Злоупотребление правом есть особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения» [2, с. 63]. Границы (пределы) возникают вследствие различия между мерой возможного поведения управомоченного лица (общего типа поведения, дозволенного законом) и реализацией этих возможностей (действительными действиями субъекта). Он пояснял, что «проблема злоупотребления правом связана не с субъективным правом вообще, не с его содержанием, а с процессом его реализации, с его осуществлением» [2, с. 43].

Основным недостатком приведенной формулировки является отсутствие критериев определения пределов, что влечет невозможность его практического применения, – до сих пор не преодолен. Споры о видах таких границ (пределов осуществления гражданских прав), критериев их определения составляют содержание научных дискуссий по настоящее время, причем до сих пор не выработано единообразного мнения.

Для выявления сущности феномена помимо теории пределов осуществления гражданских прав были разработаны и другие теории: целевых прав-обязанностей, «легальной видимости», теория интереса, детальному анализу недостатков которых, включая теорию пределов, посвящена работа С.Д. Радченко [7]. Принимая во внимание, что ни одна из существующих теорий не свободна от существенных недостатков, для цели понимания феномена более целесообразно обратиться к тем его аспектам, которые были выявлены в ходе эволюционного развития явления или связаны с классическим определением.

Уже первый Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. в ст. 1 ввел назначение права – социально-хозяйственное: «Гражданские права охраняются законом, за исключением тех случаев, когда они осуществляются в противоречии с их социально-хозяйственным назначением» [Цит. по: 2, с. 64]. «Социально-хозяйственное назначение» включает и назначение социальное, которое правоведы того времени применяли даже к сфере договорных отношений. Если отбросить политические аспекты, это означает, что предоставленные права не подлежат правовой охране в том случае, если они осуществляются не по назначению. В приведенной норме объективный критерий – причинение вреда – отсутствует, так же как и субъективная сторона – умысел на причинение вреда. Имеет место норма-принцип, однако норма слишком абстрактна и не может решить задачу определения границ предоставленного права. Возникает та самая опасность «прочности правопорядка» вследствие судейского произвола, которой опасался А.А. Агарков [Цит. по: 5, с. 49].

Вместе с тем назначение права неразрывно связывалось с целью, закрепленной в ст. 4 Гражданского кодекса РСФСР 1922 г., – развитие производительных сил страны. Цель является тем результатом, который законодатель стремится получить. Таким образом, гражданские субъективные права предоставлялись для определенной законом цели. В результате при отсутствии критериев определения того, что есть «социально-хозяйственное назначение» права, правоприменитель мог путем экстраполяции действий субъекта на возможный их результат определить, насколько получаемый результат, причем, заметим, не только полученный, но и предполагаемый, соответствует цели законодателя.

К примеру, судебной практикой тех лет злоупотреблением правом могло признаваться бесхозяйственное содержание строения [2, с. 61]. Аналогичные нормы содержали и Основы гражданского законодательства СССР 1961 и 1991 гг., в которых тоже отсутствовали критерии определения пределов. С некоторыми допущениями можно заключить, что судебная практика тех лет выработала понимание решения проблемы злоупотребления правом. Трудно не согласиться с выводом Н.А. Дурново: если за-

конодатель указывает назначение правовой нормы, а также то, ради какой цели оно предоставляется или не должно предоставляться, проблема определения пределов субъективного права решена. Однако как указать в каждом административном акте, в каждом договоре назначение и цель [6, с. 40]?

При использовании законодателем назначения и цели правовой нормы происходит качественный скачок в понимании феномена злоупотребления правом. На всем протяжении развития данного понятия применяется философская категория зла как противопоставления нравственному началу. Именно «зло», трансформированное в правовую категорию, и стало квалифицирующим признаком злоупотребления правом. Более того, О.Н. Бармина, выявляя структурные связи явления, показывает, что злоупотребление правом следует рассматривать как «общеправовую категорию, посягающую на конструктивные принципы правового регулирования» [8, с. 22, 164].

Позиции отечественных правоведов сходятся в едином мнении о том, что злоупотребление правом всегда является недобросовестным, социально вредоносным поведением, посягающим на общие принципы правового регулирования, назначения права, которое преследует неприемлемые цели правосуществования.

Дальнейшее изучение соотносимости нравственных категорий и норм права разводит правоведов на разные позиции. Крайние взгляды выражены в работах С.Г. Зайцевой и Н.А. Дурново. Так, С.Г. Зайцева категорически отрицает возможность отнесения к злоупотреблению правом любых ситуаций, «противоречащих нормам морали и другим социальным нормам, действующим в обществе» [9, с. 9]. Н.А. Дурново, напротив, полагает необходимость установления обязанности управомоченного лица соразмерять свое поведение с нормами морали, которыми могут определяться пределы осуществления прав, а также считает, что «общественное порицание» недопустимо [6, с. 52–53]. Последнее нельзя отнести к непрактичным фантазиям, т.к. отечественное правоведение имеет длительную традицию использования в гражданском законодательстве «правил социалистического общежития» и «норм коммунистической морали» [2, с. 85].

Примером наличия назначения нормы может служить ст. 293 ГК РФ, которая гласит, что субъективное право собственника признается неправомерно используемым, т.е. за пределами осуществления субъективного права, а если жилое помещение используется собственником не по назначению, в том числе бесхозяйственное обращение, допускается его разрушение<sup>1</sup>.

Позиции правоведов сходятся в том, что недопустимость злоупотребления правом как общий принцип закреплена в ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, которая гласит, что осуществление прав и свобод человека не должно нарушать прав, свобод других лиц и имеет воплощение на практике. Так, отказывая в парламентской неприкосновенности депутату Законодательного собрания Красноярского края А.П. Быкову, Конституционный суд РФ изложил следующую позицию: «... в силу недопустимости общеправового принципа злоупотребления правом, неприкосновенность не может служить основанием для освобождения от ответственности за публичные оскорбления, клевету и другие подобные им несовместимые с назначением данного института...»<sup>2</sup>.

Соглашаясь в том, что вредоносность поведения определяет сущность злоупотребления правом, при попытке определить степень этой вредоносности позиции исследователей вновь расходятся. Классическое определение относит злоупотребление правом к правонарушениям, что одни правоведы не подвергают сомнению [9, с. 9], другие же считают особым видом правового поведения [6, с. 138], а третьи полагают, что оно не является правонарушением [8, с. 15]. Анализ приводимых обоснований позволяет заключить, что в каждом случае вывод формируется исходя из тех критериев определения пределов прав либо классификации форм злоупотреблений, которые исследователь берет за основу, что несколько не приближает к пониманию феномена.

<sup>1</sup> Гражданский кодекс РФ (ч. 1) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 31.07.2020 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_5142](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142) (дата обращения: 11.12.2020).

<sup>2</sup> Постановление Конституционного суда РФ от 12.04.2002 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности положений статей 13 и 14 Федерального закона "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" в связи с жалобой гражданина А.П. Быкова, а также запросами Верховного суда Российской Федерации и Законодательного собрания Красноярского края» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_36278](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_36278) (дата обращения: 06.12.2020).

Представляется, что ближе всех к выявлению сущности феномена подводит концепция А.А. Малиновского, которая заключается в следующем. Поведение субъекта может быть либо правомерным, либо противоправным, когда законодатель определяет его социально опасным и прописывает в запрещающих императивных правовых нормах. Законодательное регулирование этих типов поведения различается: «Правомерное поведение регламентировано менее детально, чем противоправное, поскольку диспозитивный метод правового регулирования предоставляет субъекту большую свободу усмотрения, чем императивный» [5, с. 242].

Следовательно, поведение может быть правомерным, но при этом социально вредным, т.к. законодатель в данный момент времени не признал его настолько вредоносным, чтобы перевести в противоправные. В этой ситуации и возникает явление, называемое злоупотреблением субъективным гражданским правом, – пока еще отсутствует запретительная специальная норма. Приведенное явление А.А. Малиновский определяет как «правомерное злоупотребление правом», возникновение которого объясняется формально-юридическими причинами. Кроме того, хотя назначение и цель предоставленного права возможно вывести из отраслевых принципов, тем не менее они не всегда ясно прописаны. Субъект действует вопреки не прописанной или неоднозначно понимаемой цели, а его действия не являются противоправными либо правонарушением. Подобное поведение А.А. Малиновский рассматривает в качестве социального отклонения [5, с. 257–258].

Сложилась парадоксальная ситуация: общеправовой принцип закреплен на конституциональном уровне, теоретическая разработка отсутствует, соответственно, возникает проблема с отраслевыми нормами. В цепочке «доктрина – принцип – правовая норма» выпало первое звено [5, с. 206]. В результате, как утверждает О.Н. Бармина, в конечном звене регулирование имеет бессистемный характер [8, с. 45], что и влечет затруднения у правоприменителей. Получает объяснение тот факт, который отмечала О.А. Поротикова [3, с. 71]: в практике по гражданским делам из типично гражданских правоотношений суды предпочитают ссылаться на ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, а не на норму ГК РФ, поскольку конституционная норма содержит наиболее общие пределы осуществления прав, а ст. 10 ГК РФ их вообще не содержит.

Понятие «интерес», как было показано, сопровождало всю эволюцию феномена злоупотребления правом. «Я могу взыскивать с Вас долг, хотя бы мне деньги в данный момент не нужны, а Вы будете вследствие взыскания совершенно разорены», – писал И.А. Покровский на рубеже XIX–XX вв. [1, с. 114], поставив под сомнение охрану законом эгоистического экономического интереса. Взаимосвязь категорий субъективного права и интереса очевидна. В настоящее время законный интерес как правовая категория может выполнять функцию цели, что позволяет определить предел субъективного права [8, с. 134]. Проблема заключается в том, что реализация прав и законных интересов одних лиц не должна превалировать над соблюдением прав и законных интересов других. В противном случае имеет место превышение предела субъективного права через реализацию интереса, который перестает быть законным в силу того, что нарушаются права и законные интересы других лиц. Задача состоит в том, чтобы распознать злоупотребление правом в процессе его правоосуществления.

В заключение следует отметить, что проблема злоупотребления субъективным гражданским правом возникает в тот момент, когда субъект наделяется им и имеет возможность использовать его в столкновении с соответствующими правами других субъектов. Злоупотребление правом – всегда волевое действие, действие с незаконной целью, именно поэтому оно является действием без законного интереса. С момента введения в гражданское законодательство РФ понятия «злоупотребление правом» научное сообщество пока не пришло к единому мнению, определяющему его, а также формы его существования. Кроме того, имеются разночтения в понимании сущности явления в различных отраслях права, в связи с чем научный прорыв в теоретических разработках находится, вероятно, за теорией общего права. К последним относится исследование А.А. Малиновского, в котором наиболее блестящим образом раскрывается природа явления и отстаивается недопустимость злоупотребления правом как общеправового принципа, являющееся фундаментальной работой в форме докторской диссертации.

Таким образом, в сложившихся условиях глубокое понимание правовой природы этого непростого феномена необходимо для его своевременного распознавания, что является ключевым условием для практического применения противодействия путем квалификации поведения в качестве злоупотре-

бления правом, которое может осуществляться в новых, ранее неизвестных и неописанных в научной литературе формах.

### Список литературы

1. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. – 5-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2009. – 351 с.
2. *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000. – 411 с.
3. *Поротикова О.А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 256 с.
4. *Волков А.В.* Теория концепции «Злоупотребление гражданскими правами». – Волгоград: Станица-2, 2007. – 352 с.
5. *Малиновский А.А.* Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. – М., 2009. – 404 с.
6. *Дурново Н.А.* Злоупотребление правом как особый вид правового поведения (теоретико-правовой анализ): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Н. Новгород, 2006. – 170 с.
7. *Радченко С.Д.* Злоупотребление правом в гражданском праве России. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – 216 с.
8. *Бармина О.Н.* Злоупотребление правом как общеправовая категория: теоретико-правовой анализ: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Киров, 2014. – 195 с.
9. *Зайцева С.Г.* «Злоупотребление правом» как правовая категория (вопросы теории и практики): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Коломна, 2003. – 198 с.

### References

1. *Pokrovskij I.A.* Osnovnye problemy grazhdanskogo prava. – 5-e izd., stereotip. – M.: Statut, 2009. – 351 s.
2. *Gribanov V.P.* Osushchestvlenie i zashchita grazhdanskih prav. – M.: Statut, 2000. – 411 s.
3. *Porotikova O.A.* Problema zloupotrebleniya sub"ektivnym grazhdanskim pravom. – M.: Volters Kluver, 2007. – 256 s.
4. *Volkov A.V.* Teoriya koncepcii «Zloupotreblenie grazhdanskimi pravami». – Volgograd: Stanica-2, 2007. – 352 s.
5. *Malinovskij A.A.* Zloupotreblenie sub"ektivnym pravom kak yuridicheskij fenomen: dis. ... d-ra yurid. nauk: 12.00.01. – M., 2009. – 404 s.
6. *Durnovo N.A.* Zloupotreblenie pravom kak osobyj vid pravovogo povedeniya (teoretiko-pravovoj analiz): dis. ... kand. yurid. nauk: 12.00.01. – N. Novgorod, 2006. – 170 s.
7. *Radchenko S.D.* Zloupotreblenie pravom v grazhdanskom prave Rossii. – M.: Volters Kluver, 2010. – 216 s.
8. *Barmina O.N.* Zloupotreblenie pravom kak obshcheppravovaya kategoriya: teoretiko-pravovoj analiz: dis. ... kand. yurid. nauk: 12.00.01. – Kirov, 2014. – 195 s.
9. *Zajceva S.G.* «Zloupotreblenie pravom» kak pravovaya kategoriya (voprosy teorii i praktiki): dis. ... kand. yurid. nauk: 12.00.01. – Kolomna, 2003. – 198 s.

УДК 343.131

## ОСОБЕННОСТИ И ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ В ДОКАЗЫВАНИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Теплякова Ольга Алексеевна,<sup>1</sup>

зам. зав. кафедрой уголовного права и процесса,

e-mail: oteplyakova@miiv.ru,

<sup>1</sup>Московский университет им. С.Ю. Витте, Москва, Россия

*В статье рассматриваются проблемы уголовно-процессуального доказывания и требования, предъявляемые к доказательствам, а именно: относимость, достоверность, допустимость и достаточность. Проводится анализ проблемы уголовно-процессуального законодательства в части норм, регулирующих использование в уголовном процессе результатов оперативно-розыскной деятельности. Затрагивается проблемный вопрос об оценке косвенных доказательств. Указывается, что при относимости, достоверности, допустимости и достаточности сведений, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, они могут стать доказательствами по уголовному делу. Показано, что данные, полученные в ходе проведения различных оперативно-розыскных мероприятий, могут содержать сведения, непосредственно имеющие значение для определенного уголовного дела, а также входящие в предмет доказывания. Обобщаются требования к информации, содержащейся в материалах дел оперативного учета, в которых должны быть указания на оперативно-розыскное мероприятие, при проведении которого были получены сведения и данные, позволяющие проверить их.*

**Ключевые слова:** уголовно-процессуальное доказывание, доказательства, относимость и допустимость доказательств, оперативно-розыскная деятельность, оперативно-розыскные мероприятия

## FEATURES AND PROBLEMS OF USE IN PROVING RESULTS OF OPERATIONAL-SEARCH ACTIVITY

Teplyakova O.A.,<sup>1</sup>

deputy head of the department of the criminal law and procedure,

e-mail: oteplyakova@miiv.ru,

<sup>1</sup>Moscow Witte University, Moscow, Russia

*The article examines the problems of criminal procedural evidence and the requirements for evidence, namely: relevance, reliability, admissibility and sufficiency. The analysis of the problem of criminal procedural legislation in terms of the norms governing the use of the results of operational-search activities in the criminal process is carried out. The problematic issue of the assessment of indirect evidence is touched upon. It is pointed out that, given the relevance, reliability, admissibility and sufficiency of information obtained in the course of operational-search activities, they can become evidence in a criminal case. It is shown that the data obtained in the course of various operational-search measures may contain information directly relevant to a certain criminal case, as well as contain information included in the subject of proof. The requirements for the information contained in the materials of the operational accounting files are generalized, in which there should be indications of the operational-search measure, during which information and data were obtained, allowing to verify this information.*

**Keywords:** criminal procedural proof, evidence, relevance and admissibility of evidence, operational-search activity, operational-search measures

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-71-76

Проблемы доказывания в уголовном судопроизводстве неоднократно рассматривались в научных работах не только процессуалистов-теоретиков, но и практиков. Институт уголовно-процессуального доказывания является стержнем уголовного процесса. Целью уголовно-процессуального доказывания является установление истины по уголовному делу, достижение назначения уголовного судопроизводства, что обязывает должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, получать доказательства законными способами.

Содержанием доказательств в уголовном судопроизводстве выступают фактические данные, т.е. информация, на основе которой субъекты доказывания устанавливают входящие в предмет доказывания обстоятельства, предусмотренные ст. 73 Уголовно-процессуального кодекса РФ (далее – УПК РФ)<sup>1</sup>. Указанные сведения могут вовлекаться в уголовное судопроизводство только в строго предусмотренных ч. 2 ст. 74 УПК РФ процессуальных формах, а именно в виде: показаний подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетеля; заключений, показаний эксперта и специалиста; вещественных доказательств; протоколов следственных и судебных действий; иных документов.

Процедура осуществления следственных и процессуальных действий детально регламентирована уголовно-процессуальным законодательством. Нормативное установление порядка фиксации сведений, имеющих значение для уголовного дела, правовая регламентация процессуальных форм доказательств призваны обеспечить полноту и точность отображения исследуемого события при формировании доказательств, а также законность их дальнейшего использования в уголовном судопроизводстве. Кроме того, требования, предъявляемые УПК РФ к правилам производства процессуальных действий, составляют важные гарантии достоверности при установлении виновности лица, привлекаемого к уголовной ответственности, а также обеспечивают охрану прав и законных интересов участников процесса от необоснованного обвинения. В соответствии с ч. 1 ст. 144 УПК РФ в качестве одного из средств проверки сообщения о преступлении выступает получение объяснений.

Статья 75 УПК РФ в ч. 1 указывает на общее основание признания доказательств недопустимыми, в качестве которого выступает нарушение требований уголовно-процессуального законодательства, допущенное в процессе получения доказательства. Часть 2 ст. 75 УПК РФ содержит специальные основания недопустимости таких доказательств, среди которых показания подозреваемого и обвиняемого, свидетеля и потерпевшего, предметы, документы, сведения, входящие в производство адвоката по делам его доверителей.

Статья 89 УПК РФ регламентирует порядок использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности, основным требованием к которым является их соответствие порядку получения и закрепления уголовно-процессуальных доказательств.

Оценка доказательств представляет собой один из этапов собирания доказательств. Уголовно-процессуальный кодекс РФ выделяет два направления оценки доказательств: оценка каждого доказательства в отдельности; оценка всей совокупности доказательств. Абсолютизировать данное положение невозможно. Например, установлено, что обвинительный приговор не может основываться исключительно на признании подсудимым своей вины или на показаниях так называемых анонимных свидетелей, что служит защитой от давления на обвиняемого и неправосудного приговора.

Однако в ряде случаев, которые прямо указаны в законе, органы предварительного расследования и суд могут принять итоговое решение и вопреки своему внутреннему убеждению. Основанием для этого служит презумпция невиновности – как бы не были уверены в виновности лица субъекты доказывания, лицо не должно быть признано виновным при недоказанности его виновности в установленном законом порядке<sup>2</sup>. Следует рассмотреть требования, предъявляемые к доказательствам: относимость, достоверность, допустимость и достаточность, т.к. именно с позиций соответствия сведений данным требованиям и оцениваются каждое доказательство в отдельности и вся совокупность доказательств.

Первое требование, которому должно соответствовать доказательство, – относимость, под которым понимают способность доказательства устанавливать обстоятельства, подлежащие доказыванию.

<sup>1</sup> Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18.12.2001 г. № 174-ФЗ (ред. от 24.04.2020 г.) // Российская газета. – 2001. – № 249. – 22 дек.

<sup>2</sup> Якимович Ю.К. Доказательства и доказывание в уголовном процессе России: учеб. пособие. – Томск: Изд-во ТГУ, 2015. – С. 63.

Далеко не всегда можно понять, относимо ли доказательство с самого начала. Например, в ходе осмотра места происшествия по факту обнаружения трупа с колото-резаными ранениями рядом с ним обнаружен нож с пятнами вещества бурого цвета. Естественно, возникает предположение, что совершено убийство, причем именно этим ножом. В последующем может выясниться, что бурые пятна на ноже являются краской, а убийство совершено другим орудием.

Таким образом, нож, получив сначала оценку в качестве относимого, перестанет быть таковым впоследствии. Относимость доказательств тесно связана с предметом доказывания. Более того, относимыми доказательствами будут именно те из них, которые устанавливают обстоятельства, входящие в предмет доказывания. В ч.2 ст. 6 УПК РФ содержится положение, согласно которому уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания в той же мере отвечают назначению уголовного судопроизводства, что и отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение их от наказания, реабилитация каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию.

Из этого можно сделать вывод о том, что доказательство, не подтверждающее виновность лица, вовсе не будет не относимым.

Проблемным представляется вопрос об оценке косвенных доказательств. Если с прямыми, как правило, не возникает сложностей в определении их относимости, то при оценке косвенных доказательств возможны прямо противоположные выводы.

Следующее свойство доказательств – допустимость. Важность данного свойства доказательств подчеркивается его закреплением в Конституции РФ<sup>3</sup>. В частности, ч. 2 ст. 50 Конституции РФ гласит: при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона. Однако не все так просто. Допустимость доказательств – это соответствие их закону. В чем же должно выражаться соответствие закону?

Принято выделять три аспекта допустимости доказательств.

Первый из этих аспектов – надлежащий источник. Источники доказательств имеют закрытый перечень, установленный в ч. 2 ст. 74 УПК РФ. Никакие другие источники использоваться не могут.

Второй аспект допустимости доказательств – надлежащий субъект. Субъект должен быть уполномочен производить процессуальные действия и принимать процессуальные решения. Важно то, что понятие надлежащего субъекта включает в себя не только требования проведения соответствующих действий субъектами доказывания, но и более детализированные требования. Например, при проведении обыска следователем, не принявшим уголовное дело к своему производству, протокол данного обыска будет недопустимым доказательством.

И последний, самый сложный и интересный, на наш взгляд, аспект – надлежащий способ собирания, который включает в себя как соответствие установленной законом процедуре, так и обязательное соблюдение всех гарантий прав участников. На практике наблюдается разделение нарушений закона на существенные и несущественные. Несущественные нарушения могут не повлечь за собой признание доказательства недопустимым.

Существует точка зрения, согласно которой доказательство является недопустимым в силу не любого, а лишь существенного нарушения закона. Имеется и прямо противоположная точка зрения, согласно которой «недопустимо использование доказательств, полученных с нарушением закона, независимо от характера такового» [1, с. 77]. На наш взгляд, сущность допустимости доказательств заключается в обеспечении прав участников процесса и получении действительно качественных сведений. Если, например, в протоколе допроса не стоит дата, есть ли смысл признавать его недопустимым? В УПК РФ прямо указаны доказательства, являющиеся недопустимыми, однако практика ими не ограничивается.

При рассмотрении вопроса о недопустимости доказательств необходимо слегка заострить внимание на двух проблемных концепциях: плодах отравленного дерева и асимметрии доказательств. Обе концепции берут начало в англосаксонском порядке. Российская практика восприняла концепцию плодов отравленного дерева. Например, в Кассационном определении Кассационной коллегии Верховного

<sup>3</sup> Конституция РФ (принята всенар. голос. 12.12.1993 г.) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 г. № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 г. № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 г. № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. – 2014. – № 31. – Ст. 4398.

суда РФ от 16.06.2005 г. по делу № КАС05-247<sup>4</sup> указывается, что признание обыска незаконным влечет за собой недопустимость всех действий, проведенных с полученными во время обыска денежными купюрами, а также недопустимость их исследования в присутствии присяжных заседателей. Правило о плодах отравленного дерева означает, что «доказательства, полученные на основании незаконно добытых доказательств, являются производными от них и поэтому недопустимыми» [2, с. 80].

Концепция, противоположная данной, именуется концепцией автономности доказательств. Самым распространенным примером является ситуация, когда вещественные доказательства, полученные во время обыска, признанного незаконным, становятся недопустимыми вслед за протоколом обыска.

Концепция асимметрии доказательств вызывает ожесточенные споры. Почему сторона защиты должна расплачиваться за ошибки стороны обвинения? Так, Н.М. Кипнис настаивает на том, что «когда сторона защиты говорит об асимметрии с просьбой разрешить огласить то, что изначально получалось обвинением с целью изобличить лицо, но объективно доказательство получилось защитительным, и когда защите отказывают в ходатайстве об исследовании этого доказательства, по сути, к ней применяют процессуальную санкцию при отсутствии нарушения»<sup>5</sup>.

Приведенное утверждение представляется крайне логичным. Предположим, что при проведении предъявления для опознания следователь поставил рядом одно лицо белой расы и двух лиц монголоидной. Однако потерпевшая все равно не опознала подозреваемого. С какой целью признавать полученное доказательство недопустимым? Если лицо невиновно, то это может разрушить его шансы на свободу. Если же лицо виновно, а потерпевшая испугалась или забыла, сторона обвинения может доказать его виновность совокупностью других доказательств.

С другой стороны, почему при наличии принципа состязательности (который, стоит заметить, в российском праве в полном объеме распространяется только на судебную стадию, потому как сторона защиты на этапе предварительного следствия обладает достаточно скудными полномочиями) необходимо благоприятствовать стороне защиты? Если исходить из законодательных положений и практики, то в российском праве данная концепция, к сожалению, не нашла отражения. В совокупности доказательства должны отвечать требованию достаточности, которая подразумевает, что у судьи не должно оставаться разумных сомнений в виновности лица. Интересным представляется тот факт, что не во всех правопорядках одинаково решен вопрос о свойствах доказательств [3, с. 96].

Например, в некоторых государствах выделяется такое свойство доказательств, как их лояльность, т.е. необходимость получения доказательств исключительно в порядке, требующем соблюдения прав граждан, в том числе без воздействия на психику лиц (запрет использования обмана, уловок, обещаний и пр.).

Впрочем, не будучи закрепленным в УПК РФ, данное свойство все же находит свое отражение в российской действительности. Лояльность доказательств тесно связана с проблемой провокации. Не лояльность используемых методов может привести к превращению законных методов оперативно-розыскной деятельности в провокацию, без которой преступление могло быть не совершено [4, с. 61]. Статья 89 УПК РФ закрепляет, что в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым данным кодексом РФ к доказательствам.

Из приведенного определения можно сделать вывод, что при относимости, достоверности, допустимости и достаточности сведений, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, они могут стать доказательствами по уголовному делу. Не вызывает сомнений и то, что данные, полученные в ходе проведения различных оперативно-розыскных мероприятий, могут содержать сведения, непосредственно имеющие значение для определенного уголовного дела, а также входящие в предмет доказывания.

А.В. Гуштин выделяет следующие условия, при которых оперативно-розыскная информация может использоваться в процессе доказывания: отражение обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу; получение из установленных источников и в установленном порядке; обеспечение безопасности лиц, ведущих оперативно-розыскную деятельность [5, с. 67]. Информация, полученная в ходе опе-

<sup>4</sup> Кассационное определение Кассационной коллегии Верховного суда РФ от 16.06.2005 г. по делу № КАС05-247 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 18.05.2021).

<sup>5</sup> Кипнис Н.М. Участие адвоката в доказывании по Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации: сб. справ.-метод. материалов. – М.: Информ-Право, 2018. – С. 26.

ративно-розыскной деятельности, не будет являться доказательством сама по себе. Она в обязательном порядке должна быть приведена в соответствие с УПК РФ путем проведения следственных действий.

Что же представляет собой процессуализация сведений, полученных при проведении оперативно-розыскных мероприятий?

Во-первых, как следует из сказанного, сведения должны быть относимы к уголовному делу, т.е. быть пригодными для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию.

Во-вторых, они должны быть превращены в надлежащий источник доказательств. Так, сведения, полученные во время опроса граждан, сами по себе не будут являться доказательством. Однако они станут доказательством после проведения допроса граждан в соответствии с УПК РФ. Помимо УПК РФ и Федерального закона РФ «Об оперативно-розыскной деятельности»<sup>6</sup> существует Инструкция от 27.09.2013 г. «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд»<sup>7</sup>, согласно которой данные результаты должны позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям, предъявляемым к доказательствам в целом [6, с. 9].

Некоторые правила оценки результатов оперативно-розыскной деятельности содержатся в позициях судов РФ. Так, в Постановлении Пленума Верховного суда РФ от 31.10.1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»<sup>8</sup> содержится следующее положение: результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также с проникновением в жилище против воли проживающих в нем лиц (кроме случаев, установленных федеральным законом), могут быть использованы в качестве доказательств по делам лишь тогда, когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством.

Можно заметить параллель с доказательствами, которые будут признаны недопустимыми, если получены без судебного решения или суд впоследствии не признал данные действия законными. Важно отметить, что для того, чтобы результаты оперативно-розыскной деятельности могли стать доказательством, необходимо, чтобы само оперативно-розыскное мероприятие было проведено в соответствии с законом.

Так, в одном из дел отсутствовало постановление о проведении оперативного мероприятия – наблюдения, в связи с чем фотография, полученная в ходе его проведения, не использовалась в качестве доказательства. Согласно п. 20 межведомственной Инструкции, результаты оперативно-розыскной деятельности, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, должны позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым к доказательствам в целом, соответствующим видам доказательств, содержать сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, указания на оперативно-розыскные мероприятия, при проведении которых получены предполагаемые доказательства, а также данные, позволяющие проверить в условиях уголовного судопроизводства доказательства, сформированные на их основе. Данный пункт инструкции не только раскрывает требования к информации, содержащейся в материалах дел оперативного учета (указания на оперативно-розыскные мероприятия, при проведении которых они были получены, и данные, позволяющие проверить эти данные), но и уточняет характер данных сведений (они должны иметь значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию).

Итак, процесс трансформации сведений, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, в доказательства можно представить следующим образом:

- 1) проведение оперативно-розыскных мероприятий в соответствии с законом;

<sup>6</sup> Федеральный закон РФ от 12.08.1995 г. № 144-ФЗ (ред. от 02.08.2019 г.) «Об оперативно-розыскной деятельности» // Российская газета. – 1995. – № 160. – 18 авг.

<sup>7</sup> Приказ МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27.09.2013 г. «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд» (зарегистр. в Минюсте России 05.12.2013 г. № 30544) // Российская газета. – 2013. – № 282. – 13 дек.

<sup>8</sup> Постановление Пленума Верховного суда РФ от 31.10.1995 г. № 8 (ред. от 03.03.2015 г.) «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // Бюллетень Верховного суда РФ. – 1996. – № 1.

2) проверка и оценка следователем или дознавателем полученной информации на предмет ее относимости и достоверности;

3) проведение следственного действия или принятие процессуального решения для получения доказательств;

4) проверка и оценка полученного доказательства.

Если и имеют место нарушения прав лиц, в отношении которых проводятся оперативно-розыскные мероприятия, то вероятность того, что они будут выявлены и устранены на первоначальных стадиях уголовного процесса, очень мала, а точнее ее нет вообще. Все это подтверждает невысокое качество проведения оперативно-розыскных мероприятий.

На наш взгляд, необходимо закрепить в УПК РФ понятия относимости, достоверности и достаточности доказательств. Отсутствие их закрепления становится причиной различного их понимания, что может привести к значительному искажению сущности уголовного процесса.

Доказывание является наиболее желательным способом получения сведений, необходимых для расследования и рассмотрения уголовного дела, но в силу того, что без оперативно-розыскной информации обойтись невозможно, необходима лучшая проработка путей перевода подобной информации в доказательства.

Представляется возможным избавиться от рудиментов формальной теории доказательств, закрепив в УПК РФ доказывание с помощью метода запрета, когда разрешено все, что не запрещено законом. Это позволит увеличить объем использования оперативно-розыскных данных. Однако данная работа должна вестись постепенно и быть завершена исключительно в тот момент, когда правосознание граждан, правовая реальность позволяют использовать данное положение для установления истины по делу, а не для поиска простого пути быстро, но неверно разрешить дело, не соблюдая при этом прав участников процесса.

### Список литературы

1. *Россинский С.Б.* Проблема использования в уголовном процессе результатов оперативно-розыскной деятельности требует окончательного разрешения // *Lex russica*. – 2018. – № 10. – С. 70–84.
2. *Гаспарян Н.С.* Недопустимые доказательства: теория и систематизированная судебная практика. – Ставрополь: Литера, 2010. – 181 с.
3. *Панько Н.К.* Проблема использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве // *Судебная власть и уголовный процесс*. – 2018. – № 2. – С. 96–103.
4. *Зенкин А.Н.* Подмена уголовно-процессуальных действий оперативно-розыскными мероприятиями // *Законность*. – 2017. – № 1 (987). – С. 61–63.
5. *Гущин А.Н.* Проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Саратов, 2002. – 180 с.
6. *Галахов С.С., Барсова Ю.К.* Проблемы уголовно-процессуального регулирования использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании // *Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление*. – 2020. – № 3. – С. 9–13.

### References

1. *Rossinskij S.B.* Problema ispol'zovaniya v ugolovnom processe rezul'tatov operativno-rozysknoj deyatel'nosti trebuet okonchatel'nogo razresheniya // *Lex russica*. – 2018. – № 10. – С. 70–84.
2. *Gasparyan N.S.* Nedopustimye dokazatel'stva: teoriya i sistematizirovannaya sudebnaya praktika. – Stavropol': Litera, 2010. – 181 s.
3. *Pan'ko N.K.* Problema ispol'zovaniya rezul'tatov operativno-rozysknoj deyatel'nosti v ugolovnom sudoproizvodstve // *Sudebnaya vlast' i ugolovnyj process*. – 2018. – № 2. – S. 96–103.
4. *Zenkin A.N.* Podmena ugolovno-processual'nyh dejstvij operativno-rozysknymi meropriyatiyami // *Zakonnost'*. – 2017. – № 1 (987). – S. 61–63.
5. *Gushchin A.N.* Problemy ispol'zovaniya rezul'tatov operativno-rozysknoj deyatel'nosti v dokazyvanii po ugolovnym delam: dis. ... kand. yurid. nauk: 12.00.09. – Saratov, 2002. – 180 s.
6. *Galahov S.S., Barsova Yu.K.* Problemy ugolovno-processual'nogo regulirovaniya ispol'zovaniya rezul'tatov operativno-rozysknoj deyatel'nosti v dokazyvanii // *Ugolovno-ispolnitel'naya sistema: pravo, ekonomika, upravlenie*. – 2020. – № 3. – S. 9–13.

УДК 343.97+34.05

## УБИЙСТВО ИЗ РЕВНОСТИ В СРАВНИТЕЛЬНОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Славкович Вукан Радован,<sup>1,2</sup>

д-р юрид. наук, проф.,

e-mail: vukan.s@ucg.ac.me,

<sup>1</sup>Колледж криминалистики и безопасности в Сербии, Ниш, Сербия,

<sup>2</sup>Университет Черногории, Котор, Черногория

*В статье рассматривается сравнительный подход к убийству из ревности. Правовое регулирование данного преступления на протяжении всей истории рассматривалось как справедливое наказание для прелюбодеев, как убийство (с возможностью смягчения наказания или без того), а в последнее время оно может принимать форму убийства при отягчающих обстоятельствах. По этим причинам был проведен анализ законодательства с различными формами решения данного вопроса (Древний Рим, США, Франция и Российская Федерация). Ревность характеризуется сложной психологической структурой, поскольку представляет собой комплекс душевных страданий в случае фактической или кажущейся измены любимой особы.*

**Ключевые слова:** прелюбодеевие, наказание, ревность, уголовное право, мотив

## MURDER MOTIVATED BY A JEALOUSY IN COMPARATIVE CRIMINAL LAW

Slavkovich V.R.,<sup>1,2</sup>

doctor of juridical sciences, professor,

e-mail: vukan.s@ucg.ac.me,

<sup>1</sup>College of criminalistics and security, Nish, Serbia,

<sup>2</sup>University of Montenegro, Kotor, Montenegro

*In the present article is considered the comparative approach to the murder caused by a jealousy. The legal regulation of this crime throughout history has been interpreted as a righteous punishment for adulterers, murder (with or without the possibility to mitigate a penalty) and in recent times it can take the form of aggravated murder. For these reasons legislations with various forms of this issue resolving are analyzed (ancient Rome, USA, France and Russian Federation). Jealousy is characterized by a complex psychological structure, because it is a set of mental suffering during the real or illusory adultery of loving person.*

**Keywords:** adultery, punishment, jealousy, criminal law, motive

DOI 10.21777/2587-9472-2020-3-77-88

*In the blindness of love – one becomes a criminal without remorse  
Sigmund Freud [1, p. 75]*

### 1. Introduction

Jealousy exists in its various forms, it is a feature of man's nature, but if it is only a sense of concern that has not endangered or harmed any legal good, then it cannot be studied by criminal law. Only if we determine a motive of behaviour, jealousy falls within the scope of a lawyer's point of view, when it makes sufficiently versatile feeling that can lead to different consequences in the system of human opinion.

Determining and analyzing the motivational sphere of criminal activity are important for the social-psychological characteristics of the perpetrator of criminal offence. The motive gives a notion of the depth and

degree of perseverance of his antisocial views. The base motives are characterized not only by insensitivity, but also by amorality, and assessment of the motivation of human behaviour is decisive. The motives are considered as base when they are associated with public disregard of society and recognized moral norms, which results in devaluation of human life [2, p. 48].

Motive can appear as a source of activity of a person, a factor that encourages on execution of an action and the circumstance with which awareness of the perpetrated act is associated. First of all, it has a dynamic role, because it stimulates behaviour, initiates a willing process and it is the driving force for the perpetrating of an action. The etymological meaning of this term is directly related to the specified function of the motive. The Latin term “*motus*”, “*moveo*” (“to encourage”), on the best possible way expresses the given distinctive of the motive<sup>1</sup>.

Motive is a moral category. It is the criterion of our judgments about people, their intentions and actions, in other words, it has an important moral-ethical function. The reasons for arising a jealousy are usually adultery or unrequited love. Quite often the favourable environment for jealousy is doubt in fidelity, love, friendship, etc. Exactly in this suspicion grows malice, resentment, hate, that gives jealousy a special dynamism and timidity. In all cases of jealousy it is expressed insult, displeasure regarding the victim's actions, his behaviour and relation, as well as a feeling of exclusive right to attention, affection and love.

At the base of jealousy lies irritated hubris, sometimes driven by malice and anger to a state or mental disorder. Therefore, jealousy always acts as a hostile feeling, personifies the egoism in relations between people and essentially represents expression of proprietary relationships transferred to people close to them. It is not coincidence when K. Marks says that a jealous man is primarily a private owner [3, p. 22]. In this regard T. More notes that the law cannot be vague, dark, suspicious, ambiguous, elastic, predictable or almighty. By mastering the power to create good, the law will be powerless to do evil. The greatest injustice would be to shackle a man with iron laws, too extensive to read and sometimes too vague to understand them [4, p. 21].

Sometimes it is not dangerous jealousy in itself, but negative forms in which it manifests itself. It is not the jealousy terrible, but the ultimate and unbridled forms of its expression. If a jealousy is manifested, it is always accompanied by some pretensions towards the object of jealousy, limiting the freedoms and rights of another person. If the feeling of unrequited love is not expressed externally, it will not be the subject neither of moral, nor a legal appraisal. Criminal law deals only with jealousy, which is associated with unbridled forms of its expression [5, pp. 63–64].

The characteristics and evaluation of the motives of jealousy are of great importance for the qualification of homicide. Murder motivated by a jealousy is perpetrated in order to satisfy base motives, which are characterized by amoral nature. In some legislations it can be qualified as aggravated murder, which is committed in such a way, under such circumstances or with consequences, that gives it a greater degree of severity and danger and causes more serious punishment [6, p. 729]. In each particular case will be estimated what will be considered as base motive, with regard to its relation to the ruling socio-ethical norms. These motives are contrary to such rules and they are condemned by majority of society. Base motives reflect weak character of the personality, its amorality, unscrupulousness, etc. As base motives are considered all those motives that are not worthy of man and which disagree with adopted moral principles of society [7, pp. 443–444].

On the other hand, “murder committed in a state of temporary insanity” occurs when perpetrator causes death of victim because he was brought into a sudden strong mental agitation through no fault of his own by assault, abuse or gross insult of the killed person. The act was done outright, shortly after the cause was created, and the decision to commit the act was made suddenly, without thinking. Strong mental agitation is an excitement that leads to an affective state of high degree, so there is a limitation and even reduction of ability to manage actions. The perpetrator's behaviour is conscious, but not controlled, directed. Whether there is this state of strong mental agitation will be a factual issue that the court resolves in each particular case. Between the act of assault, abuse or gross insult and a state of strong mental agitation there must be a causal link. In terms of guilt the perpetrator acts with a special form of premeditation (sudden premeditation or *dolus repentinus*) [6, p. 744]. In criminal legislation of France and Russian Federation adultery could not be considered as gross insult, which would cause responsibility for “murder committed in a state of temporary insanity”, instead of liability for murder. Regarding USA, extreme mental or emotional disturbance (“heat of passion”) provoked by

<sup>1</sup> Glare P. Oxford Latin dictionary. – Oxford: Oxford University Press, 2016. – P. 1251.

discovered adultery, could be a partial defense that reduces an offense that would otherwise constitute murder to the lesser offense of manslaughter.

## 2. History

### *Book of Leviticus 20:10*

If any man commit adultery with the wife of another,  
let them be put to death, both the adulterer and the adulteress  
\*5.

### *Mos. 22, 22 Jer. 29, 23*

[8, p. 114]

Roman law is not a set of legal rules like modern laws, because Roman lawyers resolve cases from practical life and thus created law. They achieved high results in the field of legal technique: accuracy and clarity, strict logic and consistency of legal opinion, combined with the life force of conclusions. Prominent French Romanist P.F. Girard distinguishes that the importance of studying of Roman law lies in the fact that it is an excellent tool of legal culture [Quoted by: 9, p. 42].

As a part of moral legislation of Octavian Augustus, in 18 or 17 B.C. the *Lex Iulia de adulteriis coercendis* was adopted. This statute had as its principal aim the repression of those forms of non-marital sexual relations considered unacceptable by Roman society, particularly adultery. Such acts were now punished for the first time by trial in a standing criminal court (the *quaestio perpetua de adulteriis*) throughout the classical period of Roman law, until as late as the early third century. Afterwards, offenses were addressed exclusively through the *cognitio extra ordinem*. Criminal penalties were ordained for the adulterous female spouse and her lover. These were chiefly patrimonial in nature, dictating the confiscation of one-half of the adulterer's property, one-third of the woman's, as well as one-half her dowry [10, pp. 340–341].

So called *ius occidendi* granted the offended husband and father the right to kill the guilty party or parties on the spot. Father might kill both daughter and lover, but under no circumstances might the husband kill his wife. Failure to observe this rule resulted in liability for murder under the *Lex Cornelia*, although the penalty might be mitigated upon appeal to the emperor. The husband was permitted to exercise his right upon the lover only if the man fell within a special category of persons defined by the law: slaves, freedman of family members or certain disreputable types<sup>2</sup>. The *Lex Iulia* lowered the status of the wife found guilty of adultery to that of the prostitute and correspondingly defined the actions of complaisant husband as *lenocinium* (pimping). At the same time it exempted true prostitutes and procuresses from its sanctions, because they could not be liable for adultery, *stuprum*<sup>3</sup> or *lenocinium* [12, pp. 146–147].

Propagating the power of the father, the extremity of the sanction seems to have led to its reasonable application, since the cases in which the father's sentence was carried out are almost unnoticed – the most notorious example concerns Augustus himself and his daughter. He banished his own daughter Julia (and later his granddaughter, also Julia) for alleged violations of the adultery law. Even though he threatened the death penalty, he sent her into exile [13, p. 243]. Before the passage of the *Lex Iulia*, the repression of sexual misbehaviour was generally conceded to the private sphere. If an adulterous pair was caught in the act, the husband might kill with impunity both parties on the spot [10, p. 340].

Unlike other criminal laws, this statute created a special right of accusation, the *ius mariti vel patris*, accorded to the husband and father of the woman accused of adultery. The right of the father is correctly described as accessory to that of the husband, in sense that it is depended on an act of the latter (divorce) to be legitimized and that where both raised an accusation the husband was to be preferred. The privileged accusation had exclusive rights of prosecution for 60 days after divorce and five years after adultery. If a woman convinced of adultery decides to remarry, her husband will be liable for *lenocinium*, and if the adulterers decide to marry, their marriage will be unlawful [12, pp. 143–145].

<sup>2</sup> Примечание. Infamis is a person who may be formally free, but does not fall under the legal provisions which protect Roman citizens. These include convicted criminals, entertainers, such as actors, players, prostitutes, pimps and gladiators [11, p. 67].

<sup>3</sup> Примечание. The legislation laid down penalties for *stuprum*, sexual intercourse between a man and women other than his wife, though he remained free to pursue extramarital relations with slaves, barmaids and prostitutes [13, p. 243].

### 3. Murder motivated by a jealousy in comparative criminal legislation

Interest in jealousy in law is boundless, so in judicial practice, because it is necessary for resolving the issues of responsibility for crimes committed on the basis of these motives and its prevention, for individualizing of a criminal responsibility and punishment, as well as for determining the circumstances that enable the commission of a crime. The form of expression of jealousy as well as the reasons for its creation may vary, and therefore varies the level of the malicious content of jealousy [5, p. 64].

Modern legal thought is based also on criticism, which besides historical implies comparative review. On the base of different value judgments, one more correct altitude has to be taken, which is not only a theoretical framework, but a comparative analysis of the important characteristics of the laws of a number of states. It could be a valuable landmark for national legal regulation of these types of crimes.

#### 3.1. France

In the Criminal Code of France<sup>4</sup> the criminal offence of murder is regulated in Title II (“Offences against the human person”), Chapter I (“Offences against the life of persons”). In Section I entitled “Wilful injury against life”, Article 221-1, murder (*meurtre*) is defined as the willful causing of the death of another person. It is punished with thirty years criminal imprisonment. Qualified form of this offence (Article 221-4) is punished by criminal imprisonment for life where it is committed: 1) against a minor under fifteen years of age; a natural or legitimate ascendant or the adoptive father or mother; 2) against a natural or legitimate ascendant or the adoptive father or mother; 3) against a person whose particular vulnerability, due to age, sickness or infirmity, or to any physical or psychological disability or to pregnancy, is apparent or known to the perpetrator; 4) against a judge or prosecutor, a juror, an advocate, a legal professional officer or a public officer, a member of the gendarmerie, a civil servant of the national police, customs, the penitentiary administration or against any other person holding public authority or discharging a public service mission, when the capacity of the victim is known or apparent to the perpetrator; 5) against a witness, a victim or civil party, either to prevent him from denouncing the action, filing a complaint or making a statement before a court, or because of his report, complaint or statement; 6) by several people acting as an organized gang<sup>5</sup>.

A legal definition of a murder motivated by jealousy existed in an earlier French criminal law. According to Article 324 of the 1810 Code Penal, “murder, committed by the husband, upon his wife, or by the wife, upon her husband, is not excusable, if the life of the husband or wife, who has committed such murder, has not been put in peril, at the very moment when the murder has taken place”. However, in the case of adultery, normed in the Article 336 of the Code, the murder committed by a husband against his wife or her lover, at the time he finds them in his house, can be justified<sup>6</sup>. The Napoleonic Code was influenced by the Roman legislation, which glorified the patriarchal system and considered paternal and maternal authority as absolute [14, p. 115]. In 1832 Code Penal has been amended, so that an acquittal can no longer be imposed for a murder of passion, but only a mitigation of sentence [15, p. 84]. French law relativized these crimes until 1975, when Article 324 was removed from the Criminal Code<sup>7</sup>.

Current Criminal Code of France was created on the basis of several laws published on July 22, 1992. One of them is the Law no 92-684, which provides the next: “When a criminal offence is committed by a spouse or partner in an informal relationship, that element is an aggravating circumstance, if violence was committed within that community”<sup>8</sup>. On April 4, 2006, Law no 2006-399 on the prevention and suppression of violence committed among partners and against children was adopted, which enters Article 132-80 into the Criminal Code. After this change the Criminal Code gets a general definition of aggravating circumstances regarding criminal offences committed between partners: “In cases provided by law, the penalty for a felony or

<sup>4</sup> Примечание. Criminal Code of France is adopted on July 22, 1992 and it took effect on March 1, 1994.

<sup>5</sup> Code Penal [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France\\_CC\\_am012020\\_fr.pdf](http://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France_CC_am012020_fr.pdf) (дата обращения: 17.04.2021).

<sup>6</sup> Penal Code of 1810 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c\\_penalcode3b.html](http://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode3b.html) (дата обращения: 14.05.2021).

<sup>7</sup> Article 17. LOI no. 617/75 du 7/11/75.

<sup>8</sup> LOI no 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000540288&categorieLien=id> (дата обращения: 05.04.2021).

misdemeanor will be increased if it was committed by a spouse, partner in an informal relationship (*concubin*) or partners on the basis of PACS<sup>9</sup>.

This article extended the scope of aggravating circumstances to executors who concluded PACS with the victim, but also to former spouses, partners (*concubin*) and partners on the basis of PACS<sup>10</sup>. In the following criminal offences, being a spouse or a partner in the informal community, but not a partner on the base of PACS, was an aggravating circumstance even before the changes of the Criminal Code adopted in 2006: acts of violence causing an unintended death (Article 222-8, Section 6), torture and acts of barbarity (Article 222-3, Section 6), acts of violence causing mutilation or permanent disability (Article 222-10, Section 6), acts of violence causing a total incapacity to work for more than eight days (Article 222-12, Section 6), acts of violence causing an incapacity to work of eight days or less, or causing no incapacity to work (Article 222-13, Section 6).

With regard to criminal offence of murder (Article 221-1), after changes adopted in 2006, for the first time, being a spouse is an aggravating circumstance. Instead of a punishment with 30 years of incarceration, the perpetrator can be sentenced by criminal imprisonment for life (Article 221-4, Section 9). The same new rule also applies to rape (Article 222-23) and sexual aggressions other than rape (Article 222-27)<sup>11</sup>. In the first case, instead of fifteen years, the perpetrator can be sentenced with twenty years criminal imprisonment (Article 222-24, Section 11), in the second case (Article 222-28, Section 7), instead of five, he can be punished by seven years of incarceration. Regarding mentioned three crimes, in addition to marriage, among the aggravating circumstances is included a partnership on the basis of an informal relationship or PACS<sup>12</sup>.

### 3.2. United States of America

According to 18 U.S. Code, in accordance with many current statutes, murder is unlawful causing death of another human being with malice aforethought [17, p. 135]. Article 1111 of the Code states that “every murder perpetrated by poison, lying in wait, or any other kind of willful, deliberate, malicious, and premeditated killing; or committed in the perpetration of, or attempt to perpetrate, any arson, escape, murder, kidnapping, treason, espionage, sabotage, aggravated sexual abuse or sexual abuse, child abuse, burglary, or robbery; or perpetrated as part of a pattern or practice of assault or torture against a child or children; or perpetrated from a premeditated design unlawfully and maliciously to effect the death of any human being other than him who is killed, is murder in the first degree. Any other murder is murder in the second degree”<sup>13</sup>.

On the other hand, authors of the *Model Penal code and commentaries*<sup>14</sup> cited respectable English expert E. Coke, who wrote that “murder is when a man of sound memory, and of the age of discretion, unlawfully kills within any country of the realm any reasonable creature *in rerum natura* under the King’s peace, with malice aforethought, either expressed by the party or implied by law, so as the party wounded, or hurt, etc. die within a year and a day after the same” [18, p. 47].

According to W. Blackstone, malice aforethought is a very important criterion that separates murder from other forms of causing death [19, p. 199].

Modern American and English theorists note that malice aforethought is an artificial concept, which involves four psychological states or forms:

<sup>9</sup> Примечание. A civil solidarity pact (French: pacte civil de solidarité), commonly known as a PACS, is a contractual form of civil union between two adults for organizing their joint life. It brings rights and responsibilities, but less so than marriage. Actuality of PACS is diminished after the legalization of same-sex marriage in 2013.

<sup>10</sup> LOI no 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000422042&categorieLien=id> (дата обращения: 16.05.2021).

<sup>11</sup> Примечание. In France there have been a number of court decisions that have altered the country’s approach to marital rape. In a case before the French Cour de Cassation on September 5, 1990, in which a man had allegedly tortured and raped his wife, the court held that a husband can be convicted under Article 332 of the Criminal code for the crime of raping his wife. In 1992, the Cour de Cassation reversed the decision of a lower court to dismiss the charges against a man accused of marital rape. While the lower court decided that the sexual acts had been “carried out within the framework of marriage as it is traditionally understood, the Court of cassation ruled that the presumption that spouses have consented to sexual acts carried out within marital relationship is only valid until the contrary is proven” [16, p. 20].

<sup>12</sup> Code Penal [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France\\_CC\\_am012020\\_fr.pdf](http://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France_CC_am012020_fr.pdf) (дата обращения: 12.04.2021).

<sup>13</sup> 18 U.S. Code [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1111> (дата обращения: 21.09.2021).

<sup>14</sup> Model Penal code and commentaries. – Philadelphia: The American law institute, 1980. – Part II. – P. 14.

- 1) intention to kill;
- 2) intention to cause grievous bodily harm;
- 3) ultimate indifference that is manifested towards the value of human life (*depraved heart*);
- 4) intention to commit any felony, when during the criminal attempt or committing a crime some person dies.

In the first case there is a so-called publicly expressed malice aforethought, and in other – constructive or malice aforethought which is implied [20, pp. 364–366].

According to American criminal law, manslaughter is another form of homicide, which involves a significant number of attacks against life. 18 U.S. Code (§ 1112) states that manslaughter is the unlawful killing of a human being without malice. It is of two kinds:

- 1) voluntary – upon a sudden quarrel or heat of passion;
- 2) involuntary – in the commission of an unlawful act not amounting to a felony, or in the commission in an unlawful manner, or without due caution and circumspection, of a lawful act which might produce death<sup>15</sup>.

The main difference between murder and manslaughter is that the perpetrator of a murder has a malice aforethought [22, pp. 315–316].

In American criminal law the crime of murder may be reduced to manslaughter if the defendant acted in response to provocation. Situation that typically constitutes adequate provocation is adultery. A spouse who discovers their partner having sexual intercourse with another is provoked, so that if, in the heat of passion, the spouse intentionally kills his partner or the partner's lover, the homicide will be held to be voluntary manslaughter rather than murder<sup>16</sup>.

“The provocation doctrine” is a partial defense that reduces an offense that would otherwise constitute murder to the lesser offense of manslaughter. This partial defense requires the defendant to show the following: 1) the actor must have killed while in the “heat of passion”; 2) the heat of passion must have been brought about by adequate provocation. The “heat of passion” element is subjective – the defendant must show that at the time of the killing, he was in fact in a state of passion or extreme anger [23, p. 410].

The *common law* defense is only applicable if the provocation “would render any ordinarily prudent person for the time being incapable of that cool reflection that otherwise makes it murder”. He is provoked by a serious battery and the sight of adultery. He is not provoked by words or the sight of only impending adultery or upon finding one's girlfriend with another man [24, c. 430].

On the other hand, the *Model Penal Code (MPC)* treats as manslaughter any intentional killing under the influence of extreme mental or emotional disturbance for which there is reasonable explanation or excuse. The reasonableness of such explanation or excuse shall be determined from the viewpoint of a person in the actor's situation under the circumstances as he believes them to be (Article 210.3, Section 1, Clause b.). According to Section 2 of this Article, manslaughter is a felony of the second degree<sup>17</sup>.

A fairly significant minority of states have enacted manslaughter statutes similar to that proposed by the American Law Institute in its *Model Penal Code*. As a result, these states have effectuated a significant departure from *common law*. Nevertheless, statutory drafting of the heat of passion defense has not generally affected the law of the states of the USA. A number of states do not define the crime of manslaughter, relying instead on *common law* interpretation. Other jurisdictions define manslaughter as “heat of passion”, but do not substantially define it further. Still other states have been more specific, but only by expressly codifying *common law* principles, or only slightly expanding upon them. Even in the latter states, however, there is no evidence that legislators carefully scrutinized the underlying rationale of their legislation [24, pp. 430–431].

The *Model Penal Code* represents the height of the liberal reform movement and the culmination of the law's move away from categorical rules. Inspired by the theory, that the provocation defense exists to protect

<sup>15</sup> Примечание. If manslaughter was committed recklessly, but under aggravated circumstances, it will be considered as murder. In this case the US general law doctrine “department and malignant heart” was applied, which, according to American authors, does not contain clear criteria for such an increase of accountability. This doctrine is also called “abandoned and malignant heart” – a syntagm used by the Penal code of California (Article 188). A certain accuracy was brought by the Model penal code: criminal homicide constitutes murder when it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life (Article 210.2, Clause b.) [21, p. 323].

<sup>16</sup> Legal Information Institute [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.law.cornell.edu/wex/provocation> (дата обращения: 21.09.2021).

<sup>17</sup> Model Penal Code. Official draft and explanatory notes. – Philadelphia: The American law institute, 1985. – P. 120.

free choice, the *Model Penal Code* drafters created a defense remarkably sensitive to context and the defendant's peculiar perspective. They rejected a "reasonable man" standard as too objective, precluding any attention to the special situation of the actor. Even something as basic as the idea of a "sudden passion" found little support in the *Model Penal Code's* draft. Refusing to limit the defense to instantaneous explosions of violence, drafters embraced a rule that allowed the defendant's "passion" to arise slowly.

The classic claim of infidelity not only assumes a continuing relationship, it assumes a particular kind of conduct: discovery of one's lover in an act of "passion". At *common law* courts required "ocular evidence of actual adultery". In recent times a minority of jurisdictions still apply that rule, rejecting claims based on a confession or knowledge of adultery. By jettisoning the adultery limitation, the *Model Penal Code* has done more than broaden the range of possible relationships that might give rise to a provocation claim. It has also broadened the type of conduct that might be classified as "infidelity". Claims of "discovered adultery" appear quite rarely in *Model Penal Code* data set, whether the claim arises in the context of a former or a current relationship. Far more frequent are claims based on confessions of infidelity [25, pp. 1339–1340, 1365–1364].

In unreformed criminal legislations (e.g. in *Penal Code of California* (Article 192)) and also in the works of some theorists manslaughter is generally defined as "the unlawful killing of a human being without malice forethought"<sup>18</sup>. In more modern criminal codes (e.g. in *Alabama Code*)<sup>19</sup> manslaughter would be murder (with malice forethought), if there were no certain mitigating circumstances. In other words, these circumstances lessen murder to the level of manslaughter. The most common mitigating circumstance which allows qualification of the act as manslaughter is a state of intense mental disturbance caused by provocation<sup>20</sup>.

In general law of the USA four basic conditions related to this circumstance are distinguished, which in this or other level have found expression in many criminal codes.

1. The provocation must have been such as to cause reasonable person to lose his self-control.
2. The provocation must have been real.
3. There must not have been a sufficient time between the provocation and the killing for the passions of a reasonable person to "cool off".
4. The defendant has not been "cooled off" during that period.

There is also a supplementary condition that has been repeatedly distinguished during the consideration of specified criminal offences in the courts: intense mental disturbance can be expressed through a sudden appearance of irritability, anger or fear, but not in order to avenge him on the victim [21, pp. 341–342].

### 3.3. Russian Federation

In the Criminal Code of Russian Federation<sup>21</sup> criminal offence of murder is provided in Section VII ("Crimes against the person), Chapter 16 ("Crimes against human life and health"). According to Article 105, Section 1 "murder is the intentional causing of death of another person and shall be punishable with deprivation of liberty for a term of six to 15 years with restriction of liberty for a term up to two years or without such". In Section 2 of the Code, qualifying circumstances that cause a more serious form of this criminal offence are listed, and it is punishable with deprivation of liberty for a term of from eight to 20 years with restriction of liberty for a term from one year to two years, or by deprivation of liberty for life, or by the death penalty. It is the murder: a) of two or more persons; b) of a person or his relatives in connection with the official activity of this person or the discharge of his public duty; c) a minor or another person who is, knowingly for the guilty person, in a helpless state, as well as attended by abduction of a human being; d) of a woman who is known by the killer to be in a state of pregnancy; e) committed with heightened cruelty; f) committed by a generally dangerous method; f.1) by reason of blood feud; g) committed by a group of persons, a group of persons by previous concert, or an organized group; h) committed out of mercenary motives by hire, or attended by robbery with violence, racketeering, or banditry; i) committed maliciously; j) committed with the purpose of con-

<sup>18</sup> Penal Code of California [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.leginfo.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=8.&part=1.&chapter=1.&article](http://www.leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=8.&part=1.&chapter=1.&article) (дата обращения: 21.09.2021).

<sup>19</sup> Примечание. A person commits the crime of manslaughter if he causes the death of another person under circumstances that would constitute murder, except, that he causes the death due to a sudden heat of passion caused by provocation recognized by law, and before a reasonable time for the passion to cool and for reason to reassert itself (Article 13A-6-3, Section 2, Clause a).

<sup>20</sup> Alabama Code [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.codes.findlaw.com/al/title-13a-criminal-code/al-code-sect-13a-6-3.html> (дата обращения: 21.09.2021).

<sup>21</sup> Criminal Code of Russian Federation. – No. 63-ФЗ.

cealing another crime or facilitating its commission, and also murder accompanied by rape or violent sexual actions; k) committed by reason of political, ideological, racial, national or religious hatred or enmity, or by reason of hatred or enmity with respect to some social group; l) committed for the purpose of obtaining the organs or tissues of the victim [26, pp. 226–227].

According to Article 105, Section 1 murder implies the absence of both aggravating and mitigating circumstances. In criminal offences punishable under Section 1, theory and practice involve murder motivated by a jealousy. The victim could be a spouse, real or apparent adversary [27, p. 275].

According to the Opinion of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation, “Section 1 of Article 105 of the Criminal Code of the Russian Federation defines a murder committed without the qualifying hallmarks specified in Section 2 of Article 105 and without mitigating circumstances prescribed in Articles 106, 107 and 108 (for example, in a quarrel or fight in the absence of hooligan motives, by a jealousy, on the grounds of revenge, envy, hostility, hatred, that arose on the basis of personal relationships)”<sup>22</sup>.

Law is a living organism and its interpretation takes place in a way that corresponds to the spirit of time and changes in society and the legal system [28, pp. 479–480]. Throughout history, in literature, jealousy has been interpreted as a base motive, which is a result of the criminal legislation (e.g. Article 136 of the 1926 RSFSR Criminal Code)<sup>23</sup>. Causing of the death of another person committed for these motives is qualified as murder with aggravating circumstances, until the adoption of the 1960 RSFSR Criminal Code<sup>24</sup>. Afterwards, in the theory have been discussed the question of whether jealousy should be recognized as a mitigating circumstance and this act qualify as murder committed in a state of sudden strong mental agitation, if a state of intense mental disturbance was caused by provocation. The interpretation of a criminal doctrine categorically dismisses such a possibility.

Э.Ф. Побегайло came out first against this in his work «Умышленные убийства и борьба с ними». А.С. Волков did not support such a position and joined the traditional point of view: “Jealousy is an expression of egoism in relations among people and regardless of whether this motive is caused by a false or actual cause, it is in all cases a base motive”. Over time, moral is changed, and accordingly with that the judicial practice. In his work «Детерминистическая природа преступного поведения» А.С. Волков discusses, at that time, the most complex and theoretically most interesting issues: the moral-ethical appraisal of a man’s motives and socially dangerous behaviours perpetrated under their influence; relation between guilt and causality; correlation of other features of the objective and subjective side of the criminal offence [Quoted by: 29, p. 162].

Jealousy as the motive for an intentional murder is differently appraised in literature. Therefore, Э.Ф. Побегайло stresses that «jealousy, in itself, does not represent a base motive». According to М.К. Аниязц, jealousy is an ugly remnant of the past and regardless from what reason it was arose, murders on that basis must be severely punished. In the theory such attitude prevails according to that jealousy, as a motive for murder due to the given circumstance, deserves a negative appraisal. Nevertheless, that doesn’t exclude a differentiated approach. The degree of social danger of murder motivated by a jealousy, as well as other murder, should be determined by taking into account the concrete circumstances associated with the commission of criminal offence. Therefore, the reason for the arising of a jealousy should not be ignored. During the committing a murder for a motive of jealousy, it would be wrong not to include the role and behaviour of the victim before the murder or at the time of its committing. The cause for arising of a jealousy can affect not only the measure of punishment of the defendant, but also the qualification of his actions [Quoted by: 30, p. 102].

According to Article 107 of the current Russian Criminal Code<sup>25</sup>, “murder committed in a state of sudden strong mental agitation (temporary insanity), caused by violence, mockery or gross insult on the part of the victim, or by other unlawful or amoral actions (inaction) of the victim, or by a protracted mentally traumatizing situation caused in connection with the systematic unlawful or amoral behaviour of the victim – shall be

<sup>22</sup> Постановление Пленума Верховного суда РФ от 27.01.1999 г. № 1 (ред. от 03.03.2015 г.) «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.zakonbase.ru/content/base/104534> (дата обращения: 21.09.2021).

<sup>23</sup> Уголовный кодекс РСФСР 1926 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.docs.cntd.ru/document/901757374> (дата обращения: 21.04.2021).

<sup>24</sup> Уголовный кодекс РСФСР 1960 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/2/page/1> (дата обращения: 14.04.2021).

<sup>25</sup> Murder committed in a state of temporary insanity (Article 104 of the Criminal Code of Russian Federation).

punishable by corrective labour for a term of up to two years, or by restraint of liberty for a term of up to three years, or by compulsory labour for a term of up to three years, or by deprivation of liberty for the same term»<sup>26</sup>.

An amoral action means an action that is contrary to morality, immoral. This basis first appeared in the 1996 Criminal Code of Russian Federation. However, even before that, the amoral actions of the victim were actually recognized as a basis that can cause a state of affect. Some cases of murder, the judicial practice of the RSFSR qualified under Article 104 of the 1960 RSFSR Criminal Code<sup>27</sup> “when there arose an affect at the moment when the perpetrator became an eyewitness of the intimate relations of his wife with another man. The basis of affect was recognized on the way that is not in accordance with law. In the case of adultery, the victim has no premeditation to humiliate the honor and dignity of the other spouse, i.e. there is no insult. Infidelity cannot be regarded as violence, because it cannot be attributed to other illegal actions. Adultery was recognized as the cause of affect, on the grounds that it was considered as gross insult, although formally neither it, nor other immoral actions of the victim were not even mentioned in the disposition of Article 104 of 1960 RSFSR Criminal Code” [31, с. 58].

According to Б.С. Волков, whether such infidelity can be considered as a gross insult provided in Article 104 of Criminal Code of the RSFSR depends on the concrete conditions in which it is committed. This question cannot be answered uniquely. If this adultery is committed in a form that humiliates the honor and dignity of another person or it is accompanied by circumstances humiliating his honor and dignity, then it has to be considered as a gross insult and the crime committed on that basis has to be qualified under Article 104 of the 1960 RSFSR Criminal Code, if there is the presence of the features specified in the law [5, с. 66]<sup>28</sup>.

#### 4. Conclusion

Motive is a moral category. It is the criterion of our judgments about people, their intentions and actions, in other words, it has an important moral-ethical function. The reasons for a rising a jealousy are usually adultery or unrequited love. Quite often the favourable environment for jealousy is doubt in fidelity, love, friendship, etc. Exactly in this suspicion grows malice, resentment, hate, that gives jealousy a special dynamism and timidity. In all cases of jealousy, it is expressed insult, displeasure regarding the victim's actions, his behaviour and relation, as well as a feeling of exclusive right to attention, affection and love.

Punishment for murder motivated by a jealousy has a long history. Book of Leviticus provides the death penalty for adulterers, while in Roman law that possibility was initially permitted to the husband, but later this right was limited to homicide of a lover, but not a wife. Also the capital punishment was accompanied by confiscation of property. In modern legislation the prosecution for the murder of an adulterer is not questionable, but it remains arguable whether the perpetrator will be held accountable for murder or aggravated murder. The earlier French law was influenced by Roman legislation, because the murder of both adulterers was considered justified, and later it became the basis for mitigating of sentence. After the quashing of this provision in 1975, in the late 20th and early 21th century, being a spouse became aggravating circumstance in a number of crimes that are accompanied by physical violence or coercion on acts of sexual character, while the murder of a spouse or unmarried partner became aggravated murder.

<sup>26</sup> Legislationline [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.legislationline.org/download/id/4247/file/RF\\_CC\\_1996\\_am03.2012\\_en.pdf](http://www.legislationline.org/download/id/4247/file/RF_CC_1996_am03.2012_en.pdf) (дата обращения: 21.09.2021).

<sup>27</sup> Murder committed in a state of sudden strong mental agitation (Article 104 of the 1960 RSFSR Criminal Code).

<sup>28</sup> Person Y. was convicted of murder of his wife У-вой and attempted murder of person Ч., committed on the base of a jealousy under the following circumstances. У. caught his wife and Ч. in the banya (Russian: баня) at the time of their being in an intimate relationship. Ч. ran away, and У-ва refused to go home because she was tipsy. У. several times came to the banya, called wife to come back home, but she refused to go. Around midnight, У. again came, and, seeing that Ч. was at the same place with wife, he stabbed her lover with a table knife twice in the chest, and then with the same knife struck three blows to the chest of wife, who died from injuries, and life of Ч was saved thanks to timely medical help. The Judicial collegium for criminal cases of the Supreme Court of the RSFSR has reclassified actions of У. in accordance with Articles 104 and 15 of the Criminal Code of the RSFSR. Collegium noted that the conclusion of the lower court that У. during the committing of a crime was not in a state of sudden strong mental agitation was made without a proper appraisal of the circumstances preceding the crime. У. testified at the trial that he was indignant when he found his wife with Ч. During the evening he repeatedly came for wife, but she refused to go home. When he caught wife a second time with Ч., he does not remember how he drew knife and hit Ч. and then wife. Under these conditions, the Collegium notes, it should be admitted that У. committed the murder of wife and attempted murder of Ч. “in a state of sudden strong mental agitation caused by the behaviour of the victims, who grossly offended the dignity of the perpetrator” (Бюллетень Верховного суда РСФСР, 1981, кн. 3, с. 6–7).

In the 1926 RSFSR Criminal Code, jealousy was interpreted as a base motive, which causes responsibility for aggravated murder until the 1960 Criminal Code, which the given form of causing of the death regulate as murder, as well as the current Criminal Code of Russia. The law of the United States allows the possibility of defending if the homicide of an adulterer is committed “in the heat of passion” and the Common law and the Model Penal Code provide conditions that must be fulfilled in order to perpetrator be held accountable for manslaughter, instead of murder. It is the so-called “provocation doctrine”, which requires presence of intense mental disturbance, expressed through a sudden appearance of irritability, anger or fear.

### Список литературы

1. *Freud S.* Group psychology and the analysis of the ego. – London: The Hogarth press, 1949.
2. *Серебренникова А.В.* Виды убийств по Уголовному кодексу Федеративной Республики Германии // Актуальные вопросы борьбы с преступлениями. – 2016. – № 1. – С. 47–49.
3. *Marx K.* Peuchet: vom Selbstmord // Gesellschaftsspiegel. – 1846. – No. 2 (7). – Pp. 14–26.
4. *Бабурин С.Н.* На пути к нравственному государству: представления о справедливом обществе без государства // Вестник Московского университета им. С.Ю. Витте. – 2020. – № 23 (1). – С. 20–28.
5. *Волков Б.С.* Мотивы преступлений. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1982. – 152 с.
6. *Jovašević D.* Leksikon Krivičnog prava. – Beograd: Službeni glasnik, 2006.
7. *Lazarević Lj.* Komentar Krivičnog zakonika. – Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, 2011.
8. Библија или Свето писмо Starog i Novog zaveta (prevod Stari zavet –Д. Daničić, Novi zavet – V. Stefanović Karadžić). – Beograd: Glas mira, 2008.
9. *Slavković V.* Conatus delicti: korak ka zločinu. – Beograd: Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 2020. – 224 str.
10. *McGinn Th.* Concubinage and the Lex Iulia on adultery // Transactions of the American Philological Association. – 1991. – No. 121. – Pp. 335–375.
11. *Hallett J., Skinner M.* Roman sexualities. – Princeton: Princeton University Press, 1997. – 343 p.
12. *McGinn Th.* Prostitution, sexuality and the law in Ancient Rome. – Oxford: Oxford University Press, 2003. – 416 p.
13. *Dunstan W.* Ancient Rome. – London: Rowman & Littlefield Publishers, 2010. – 632 p.
14. *Welchman L., Hossain S.* “Honour”: crimes, paradigms and violence against women. – London; New York: ZED BOOKS, 2005.
15. *Carnot J.F. Claude.* Commentaire sur le code pénal, contenant la manière d’en faire une juste application, et l’indication des améliorations dont il est susceptible. – Paris, 1836. – Vol. 2.
16. *McNamee C.* Rape // A comparative perspective on major social problems / ed. R.J. Simon. – New York: Lexington Books, 2001.
17. *Dix G.* Criminal law. – Chicago: Harcourt Brace legal and professional publications, 1997.
18. *Coke E.* The third part of the Institutes of the laws of England. – London: E. and R. Brooke, 1757.
19. *Blackstone W.* Commentaries of the law of England. – Oxford: Oxford University Press, 2016. – Book IV. – 450 p.
20. *Wilson W.* Criminal law. – London: Pearson Education Limited, 2017.
21. *Козочкин И.Д.* Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2007. – 476 с.
22. *Малиновский А.А.* Сравнительное уголовное право. – М.: МГИМО МИД России, 2014.
23. *Witmer-Rich J.* The heat of passion and blameworthy reasons to be angry // American criminal law review. – 2018. – No. 55 (2). – Pp. 408–462.
24. *Dressler J.* Rethinking heat of passion: a defense in search of a rational // Journal of criminal law and criminology. – 1982. – No. 73 (2). – Pp. 421–470.
25. *Nourse V.* Passion’s progress: modern law reform and the provocation defense // The Yale Law Journal. – 1997. – No. 106 (5) – Pp. 1331–1448.
26. *Рарог А.И.* Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. – М.: Проспект, 2019. – 944 с.
27. *Кругликов Л.Л.* Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 1080 с.

28. *Josipović I., Hrgović K. Novak.* Načelo ne bis in idem u kontekstu prekršajnog, kaznenog i upravnog prava // Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu. – 2016. – Vol. 23 (2). – Str. 469–507.
29. *Наумов А.В.* Проблемы субъективной стороны преступления в научном наследии Б.С. Волкова // Ученые записки Казанского государственного университета. – 2009. – № 151 (4). – С. 160–164.
30. *Бородин С.В.* Преступления против жизни. – СПб: Юрид. центр Пресс, 2003. – 467 с.
31. *Попов А.Н.* Преступление, совершенное в состоянии аффекта (ст. 107, 113 УК РФ). – СПб.: СПБЮИ Ген. прокуратуры РФ, 2004.

### References

1. *Freud S.* Group psychology and the analysis of the ego. – London: The Hogarth press, 1949.
2. *Serebrennikova A.V.* Vidy ubijstv po Ugolovnomu kodeksu Federativnoj Respubliki Germanii // Aktual'nye voprosy bor'by s prestupleniyami. – 2016. – № 1. – S. 47–49.
3. *Marx K.* Peuchet: vom Selbstmord // Gesellschaftsspiegel. – 1846. – No. 2 (7). – Pp. 14–26.
4. *Baburin S.N.* Na puti k npravstvennomu gosudarstvu: predstavleniya o spravedlivom obshchestve bez gosudarstva // Vestnik Moskovskogo universiteta im. S.Yu. Vitte. – 2020. – № 23 (1). – S. 20–28.
5. *Volkov B.S.* Motivy prestuplenij. – Kazan': Izd-vo Kazan. un-ta, 1982. – 152 с.
6. *Jovašević D.* Leksikon Krivičnog prava. – Beograd: Službeni glasnik, 2006.
7. *Lazarević Lj.* Komentar Krivičnog zakonika. – Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, 2011.
8. Библија или Свето писмо Старог и Новог завета (превод Стари завет –Д. Daničić, Нови завет – V. Stefanović Karadžić). – Beograd: Glas mira, 2008.
9. *Slavković V.* Conatus delicti: korak ka zločinu. – Beograd: Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 2020. – 224 str.
10. *McGinn Th.* Concubinage and the Lex Iulia on adultery // Transactions of the American Philological Association. – 1991. – No. 121. – Pp. 335–375.
11. *Hallett J., Skinner M.* Roman sexualities. – Princeton: Princeton University Press, 1997. – 343 p.
12. *McGinn Th.* Prostitution, sexuality and the law in Ancient Rome. – Oxford: Oxford University Press, 2003. – 416 p.
13. *Dunstan W.* Ancient Rome. – London: Rowman & Littlefield Publishers, 2010. – 632 p.
14. *Welchman L., Hossain S.* “Honour”: crimes, paradigms and violence against women. – London; New York: ZED BOOKS, 2005.
15. *Carnot J.F. Claude.* Commentaire sur le code pénal, contenant la manière d'en faire une juste application, et l'indication des améliorations dont il est susceptible. – Paris, 1836. – Vol. 2.
16. *McNamee C.* Rape // A comparative perspective on major social problems / ed. R.J. Simon. – New York: Lexington Books, 2001.
17. *Dix G.* Criminal law. – Chicago: Harcourt Brace legal and professional publications, 1997.
18. *Coke E.* The third part of the Institutes of the laws of England. – London: E. and R. Brooke, 1757.
19. *Blackstone W.* Commentaries of the law of England. – Oxford: Oxford University Press, 2016. – Book IV. – 450 p.
20. *Wilson W.* Criminal law. – London: Pearson Education Limited, 2017.
21. *Kozochkin I.D.* Ugolovnoe pravo SSHA: uspekhi i problemy reformirovaniya. – SPb.: Yurid. centr Press, 2007. – 476 с.
22. *Malinovskij A.A.* Sravnitel'noe ugolovnoe pravo. – M.: MGIMO MID Rossii, 2014.
23. *Witmer-Rich J.* The heat of passion and blameworthy reasons to be angry // American criminal law review. – 2018. – No. 55 (2). – Pp. 408–462.
24. *Dressler J.* Rethinking heat of passion: a defense in search of a rational // Journal of criminal law and criminology. – 1982. – No. 73 (2). – Pp. 421–470.
25. *Nourse V.* Passion's progress: modern law reform and the provocation defense // The Yale Law Journal. – 1997. – No. 106 (5) – Pp. 1331–1448.
26. *Rarog A.I.* Kommentarij k Ugolovnomu kodeksu Rossijskoj Federacii. – M.: Prospekt, 2019. – 944 s.

27. *Kruglikov L.L.* Kommentarij k Ugolovnomu kodeksu Rossijskoj Federacii. – M.: Volters Kluver, 2005. – 1080 s.
28. *Josipović I., Hrgović K. Novak.* Načelo ne bis in idem u kontekstu prekršajnog, kaznenog i upravnog prava // Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu. – 2016. – Vol. 23 (2). – Str. 469–507.
29. *Naumov A.V.* Problemy sub’ektivnoj storony prestupleniya v nauchnom nasledii B.S. Volkova // Uchenye zapiski Kazanskogo gosudarstvennogo universiteta. – 2009. – № 151 (4). – S. 160–164.
30. *Borodin S.V.* Prestupleniya protiv zhizni. – SPb: Yurid. centr Press, 2003. – 467 s.
31. *Popov A.N.* Prestuplenie, sovershennoe v sostoyanii affekta (st. 107, 113 UK RF). – SPb.: SPbYuI Gen. prokuratury RF, 2004.

**Вестник Московского университета имени С.Ю. Витте**  
**Серия 2. Юридические науки**  
**№ 3 (25)' 2020**

Электронный научный журнал (Электронное периодическое издание)

Редактор и корректор

*Голованова Е.В.*

Компьютерная верстка

*Савеличев М.Ю.*

Электронное издание.

Подписано в тираж 05.10.2021.

Печ. л. 11,75. Усл.-печ. л. 10,9. Уч.-изд. л. 7,99.

Объем 2,3 Мб. Тираж – 500 (первый завод – 30) экз. Заказ № 20-0172.

Отпечатано в ООО «Минэлла Трейд»,  
115419, Москва, ул. Орджоникидзе, д. 9, корп. 2, пом. 5, тел. 8 (495) 730-41-88.

Макет подготовлен в издательстве электронных научных журналов  
ЧОУВО «Московский университет им. С.Ю. Витте»,  
115432, Россия, Москва, 2-й Кожуховский проезд, д. 12, стр. 1,  
тел. 8 (495) 783-68-48, доб. 53-53.