



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ  
**ЮРИСПРУДЕНЦИЯ**  
Theoretical and Applied Law



Законы должны идти рука об руку  
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Самохина Е. Г., Хмелевский А. М.

**Пьер Шлаг. Классическая наука  
и постмодернизм: введение в дискурс**

Галкина Н. М., Кузнецова Д. В.

**Регулирование и защита  
персональных медицинских данных  
в эпоху ИИ: международный опыт**

Лушникова В. А.

**Административные регламенты:  
понятие, признаки, проблемы  
правовой регламентации**

Позднякова Е. А.

**Генезис и развитие дефиниции  
землеустройства: взгляд через  
призму истории**

2024 № **3(21)**

ISSN 3034-2813

## ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

**РАЗУВАЕВ Николай Викторович**, доктор юридических наук, профессор, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

## РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

**ЕСКИНА Людмила Борисовна**, профессор, доктор юридических наук, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

**КИРИЛЕНКО Виктор Петрович**, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

**КОМАРОВА Валентина Викторовна**, профессор, доктор юридических наук, Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина, Москва

**КНЯЗЕВ Сергей Дмитриевич**, профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры административного и финансового права, судья Конституционного Суда РФ, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

**ЛУКОВСКАЯ Дженевера Игоревна**, доктор юридических наук, профессор, почетный профессор Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

**МОГИЛЕВСКИЙ Станислав Дмитриевич**, доктор юридических наук, профессор, директор Института права и национальной безопасности, заслуженный юрист РФ, Москва

**МОЛОТНИКОВ Александр Евгеньевич**, кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права, Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова, Москва

**ПОЛЯКОВ Андрей Васильевич**, доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

**ПОПОНДОПУЛО Владимир Федорович**, доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

**СЕРГЕВНИН Сергей Львович**, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

**ХОХЛОВ Евгений Борисович**, доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

**Феликс Вакас ФЕРНАНДЕС**, доктор философии в области права (специализация в области прав человека), доцент публичного международного права и международных отношений, Университет им. Карлоса III, Мадрид, Испания

**Кармен Перес ГОНСАЛЕС**, доктор философии в области права, профессор публичного международного права и международных отношений, заместитель декана по международному сотрудничеству и академическим обменам, Университет им. Карлоса III, Мадрид

**Киммо НУОТИО**, профессор уголовного права, Университет Хельсинки, Финляндия

**Бьярн МЕЛКЕВИК**, профессор Университета Лавалья, Квебек, Канада

© Российская академия народного хозяйства и государственной службы  
при Президенте Российской Федерации, 2024

© Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства  
и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2024

© Все права защищены.

---

# Содержание

## ОТ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

**Разуваев Н. В.**

Идея правовой коммуникации как новый органон юридической науки ..... 4

## СТАТЬИ

**Puspanegara I. W. A., Senastri N. M. J., Puspadma I. N. A.**

Effectiveness of Implementing Vertical Space Utilization in Badung District ..... 9

**Самохина Е. Г., Хмелевский А. М.**

Пьер Шлаг. Классическая наука и постмодернизм: введение в дискурс ..... 23

**Алова Д. Г., Ильюшкин А. А.**

Проблема методологической замкнутости аналитической юриспруденции ..... 36

**Комлева Е.**

Учение о естественном праве как идейная основа западной правовой традиции ..... 46

**Лушникова В. А.**

Административные регламенты: понятие, признаки, проблемы правовой регламентации ..... 54

**Митянов З. О.**

Принудительная и добровольная биометрия: содержание и разграничение в российском праве ..... 63

**Олейников М. А.**

Автономия воли в регулировании трансфера права собственности: сравнительный анализ ..... 75

**Хисамова Р. В.**

Цифровая (само)защита права на примере защиты прав ребенка ..... 87

**Галкина Н. М., Кузнецова Д. В.**

Регулирование и защита персональных медицинских данных в эпоху ИИ: международный опыт ..... 96

**Позднякова Е. А.**

Генезис и развитие дефиниции землеустройства: взгляд через призму истории ..... 107

**Котова Е. В.**

Совершенствование правового регулирования в области снижения выбросов парниковых газов в Российской Федерации ..... 122



**Николай Викторович Разуваев,** главный редактор журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», заведующий кафедрой гражданского и трудового права СЗИУ РАНХиГС, доктор юридических наук

## Идея правовой коммуникации как новый органон юридической науки

Выходящий в свет очередной номер журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция» является наглядным свидетельством успешной реализации тех принципов, изначально положенных в основу редакционной политики, о которых нам уже приходилось писать ранее<sup>1</sup>. Речь идет, во-первых, о происходящем на страницах журнала конструктивном диалоге правовой науки и юридической практики, как известно, стремящихся к достижению общего результата, но разными, в чем-то диаметрально противоположными путями и с применением неодинаковых средств. Во-вторых, к числу приоритетных задач редакционной политики относится максимально широкое привлечение к участию не только российских, но и зарубежных исследователей, поскольку интернационализация юридической науки на всех уровнях, включая языковой, является насущной потребностью, многократно возросшей в цифровую эпоху.

Одновременно с этим наш журнал, подобно всякой органической целостности, живет и развивается, достигая в своем развитии новых рубежей. Внимательный читатель, возможно, заметит изменения в структуре издания, позволяющие его концепции проявиться более отчетливо. Проблематика данного номера ограничена тремя научными специальностями, а именно теоретико-историческими правовыми науками, публично-правовыми (государственно-правовыми) и частноправовыми науками. Это и неудивительно, поскольку перечисленные науки относятся к числу наиболее динамичных и активно развивающихся отраслей правового познания.

Представляют значительный научный и практический интерес статьи, опубликованные на страницах настоящего номера. В них обсуждаются: методологическая замкнутость аналитической юриспруденции (Д. Г. Алова, А. А. Илюшкин); учение юснатурализма в контексте западной правовой традиции (Е. Комлева); понятие и признаки административных регламентов (В. А. Лушникова); принудительная и добровольная биометрия (З. О. Митянов); автономия воли в частном праве (М. А. Олейников); цифровая самозащита права (Р. В. Хисамова); актуальные проблемы экологического, земельного и медицинского права (Н. М. Галкина, Д. В. Кузнецова, Е. В. Котова, Е. А. Позднякова).

Обращают на себя внимание и публикации зарубежных исследователей. Представляет значительный интерес опыт эффективного использования вертикального пространства в округе Бадунг, рассмотренный в статье индонезийских исследователей. Также в журнале начата публикация русского перевода статьи одного из наиболее влиятельных современных теоретиков, Пьера Шлага, известного как своими новаторскими идеями, так и острыми критическими оценками новомодных тенденций «постмодерновой» юриспруденции<sup>2</sup>. Учитывая значительный объем текста, редакционный совет принял решение

<sup>1</sup> См.: Разуваев Н. В. Опыт прошлого и перспективы постклассических правовых исследований: предъюбилейные размышления главного редактора // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 2 (20). С. 4–5.

<sup>2</sup> См., в частности: Шлаг П. Спамовая юриспруденция, право из воздуха и беспокойство о рейтингах в связи с тем, что ничего не происходит // Известия вузов. Правоведение. 2017. № 1. С. 135–173.

опубликовать в данном номере вступительную статью, подготовленную переводчиками (Е. Г. Самохина, А. М. Хмелевский), тогда как сама статья войдет в содержание следующего номера.

Хочется особо отметить, что высокий научный уровень и качество работ служат ярким свидетельством того подъема исследовательской активности, который в настоящее время переживают как историко-теоретические правовые науки, так и отраслевые юридические дисциплины. Указанная тенденция в полной мере проявляется на всех уровнях юридического познания, то есть базовой (фундаментальной) теории, теорий среднего уровня и эмпирических, прикладных исследований. Причем можно со всей уверенностью констатировать, что на каждом из перечисленных уровней системы юридического знания были достигнуты осязаемые результаты.

Так, активизация прикладных исследований, в наибольшей степени зависящих не только от внутренней логики и смысла научной коммуникации, но и от изменения внешних ее условий, в частности, от появления новых социокультурных реалий, требующих осмысления, привела к накоплению эмпирического материала, что позволило расширить сферу правового регулирования, включив в нее те объекты, которые еще несколько десятилетий назад считались принципиально не подлежащими какому бы то ни было правовому воздействию (базы данных, искусственный интеллект, цифровые технологии, компьютерные игры и т.п.)<sup>1</sup>. Теории среднего уровня, к числу которых можно отнести как отраслевые юридические теории (например, теории конституционного, гражданского, уголовного, административного права и т.п.), так и собственно общую теорию права, взятую вне привязки к своим философским основаниям, кардинально обновили исследовательский инструментарий, методологию и категориальный аппарат, приведя их в соответствие с потребностями современного научного познания.

Но наиболее существенные изменения происходят на уровне фундаментальной теории, самым непосредственным образом связанном с философскими концепциями и общенаучным знанием. Эти изменения станут особенно заметными, если сопоставить текущую ситуацию с тем состоянием, которое имело место в конце 1990-х годов, когда в идейной сфере воцарился своеобразный вакуум, обусловленный тем, что советское (марксистско-ленинское) правопонимание утратило свое значение, а правопонимание, альтернативное советскому, не было разработано даже в самых общих чертах. При этом запрос на новое учение о праве был так велик, что стимулировал напряженные усилия большинства теоретиков того времени, включая таких корифеев, как В. С. Нерсесянц и С. С. Алексеев<sup>2</sup>.

Приходится, однако, констатировать, что, несмотря на активную творческую работу названных ученых, приведшую к исключительно ценным в научном плане результатам, правопонимание рубежа веков характеризовалось эклектичностью и внутренней противоречивостью, сочетая в себе порою несовместимые элементы марксистско-ленинской общей теории права, либертарно-юридической теории (наиболее популярной на тот момент), классического юснатурализма и юспозитивизма. Представляется, что одна из немаловажных причин относительной безуспешности прилагаемых усилий состояла в отсутствии философско-правового дискурса, в корне отличного от марксистско-ленинского, либертарно-юридического, естественно-правового, позитивистского и т.п.

Не будет преувеличением утверждать, что лишь в рамках постклассического правопонимания этот дискурс приобрел более или менее ясные очертания. В немалой мере этому способствовало формирование нового типа научной рациональности, выражением которого в сфере юриспруденции стало постклассическое правопонимание. В его основе лежит категория *коммуникации*, понимаемая не просто как передача сообщений в духе пресловутой модели Шеннона – Уивера, и даже не как диалог, представляемый в виде объективированных антиномий, присущих правовой реальности<sup>3</sup>. На наш взгляд,

<sup>1</sup> См. подробнее: *Рассолов И. М.* Право и интернет. Теоретические проблемы. М.: Норма, 2003; *Архипов В. В.* Семантические пределы права в условиях медийного поворота. Дисс. ... д.ю.н. СПб.: СПбГУ, 2019; *Архипов В. В., Васильев А. А., Андреев Н. Ю., Печатнова Н. Ю.* Компьютерные игры в юридических исследованиях: к вопросу о предпосылках модели регулирования // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2023. Т. 14. № 1. С. 5–21.

<sup>2</sup> См., в частности: *Лившиц Р. З.* Теория права. М.: Бек, 1994; *Нерсесянц В. С.* Право — математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. М.: Юрист, 1996; *Он же.* Философия права. М.: Норма, 1997; *Спиридонов Л. И.* Теория государства и права. М.: Проспект; Гардарика, 1996; *Алексеев С. С.* Философия права. История и современность. Проблемы. Тенденции. Перспективы. М.: Норма, 1998 и др.

<sup>3</sup> См. об этом: *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб.: Алеф-Пресс, 2012. С. 632–633.

коммуникация вообще и правовая коммуникация в частности представляют собой сложный процесс взаимодействия членов общества, направленный на достижение *взаимопонимания* между ними. Представляется, что именно это является результатом любых коммуникативных взаимодействий, осуществляемых как на межличностном уровне, так и на уровне социума в целом, гарантирующим солидарность индивидов и предотвращающим возможные конфликты между ними<sup>1</sup>.

Всякое взаимопонимание проявляется в нескольких отношениях, а именно в виде взаимного согласования, во-первых, *мыслей* участников социального общения, во-вторых, *ценностей*, лежащих в основе человеческого поведения, поскольку всякое действие индивидов, как индивидуальное, так и коллективное, всегда является реализацией неких ценностных установок, подлежащих согласованию в ходе коммуникации, и, в-третьих, совершаемых ими *действий*<sup>2</sup>. Причем тогда, когда эти последние имеют юридически значимый (релевантный) характер<sup>3</sup>, их взаимное согласование участниками коммуникации происходит в виде корреспонденции прав и обязанностей субъектов, то есть собственно *правовой коммуникации* в простейшей ее форме.

Необходимой предпосылкой взаимопонимания и коммуникации, как в синхронии, так и в диахронной ретроспективе, является *взаимное признание* участниками коммуникации. В самом деле, без взаимного признания индивидов невозможно право как таковое, онтологически связанное с экзистенциальной и социальной свободой людей. Индивид наделен правами постольку, поскольку он свободен и обладает автономной волей. При этом само право реализуется в относительно узких границах между полным отсутствием свободы (например, в поведении животных, определяемом в основном инстинктами, а не волей, или в заданных программой псевдоосмысленных действиях механизмов) и произволом, то есть негативной свободой лица, умаляющей и отрицающей свободу всех прочих в угоду собственным эгоистическим устремлениям.

Представляется очевидным, что правовая коммуникация предполагает в качестве предварительного условия отказ от части собственной свободы в интересах свободы других участников коммуникации, делающий возможным социальную солидарность субъектов. Из взаимного признания индивидов проистекают те базовые принципы, в соответствии с которыми осуществляется правовая коммуникация, а именно принципы равенства и справедливости, являющиеся одновременно и правовыми, и моральными ценностями. Вот почему мы не можем согласиться с точкой зрения В. С. Нерсесянца, настаивающего на том, что равенство и справедливость являются специфически правовыми ценностями, нерелевантными в моральном плане<sup>4</sup>. Представляется, что в этом случае выхолащивается собственно ценностный смысл указанных принципов, а сами они становятся чисто формальными критериями оценки правомерности или неправомерности поведения, лишенными мотивирующей силы. Представляется более верным полагать, что указанные ценности имеют как юридическую (нормирующую) форму, так и моральное (мотивирующее) содержание, позволяющее им оказывать соответствующее воздействие на поведение участников правовой коммуникации, стимулируя их к совершению юридически и морально значимых действий.

Наиболее важным элементом социальной коммуникации в целом и правовой коммуникации в частности являются *тексты*. Тексты представляют собой предельно широкую категорию, включающую в себя и нормы права, и субъективные права и обязанности, и юридические факты. При этом важной особенностью текстов выступает их семиотическая, знаково-символическая природа, поскольку всякий текст состоит из знаков, являющихся его первичным элементом. Знак как единство означающего и означаемого репрезентирует мыслительное содержание (сигнификат) и одновременно конструирует феномен реальности, выступающий его денотатом.

Более того, в праве широко распространена такая категория текстов, в которых знаки и их референты находятся в неразрывном единстве, то есть сами знаки выступают феноменами реальности, которые

<sup>1</sup> См.: Поляков А. В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. М.: Юридическая книга, 2009. С. 17.

<sup>2</sup> См.: Вебер М. Основные социологические понятия // М. Вебер. Избранные сочинения. М.: Прогресс, 1990. С. 628–630.

<sup>3</sup> О различных видах релевантности социальных действий см. подробнее: Шюц А. Размышления о проблеме релевантности // А. Шюц. Избранное: Мир, священный смыслом. М.: РОССПЭН, 2004. С. 290–292.

<sup>4</sup> См.: Нерсесянц В. С. Философия права. С. 30 и след.

они призваны семантически репрезентировать. В этом и состоит отличие подобных текстов, которые принято называть *аскриптивными*, от подавляющего большинства других, выполняющих только дескриптивную функцию<sup>1</sup>. Так, если референтом дескриптивного высказывания типа *эта вещь есть X* выступает некая вещь X, не входящая в знаковую структуру высказывания, то референты аскриптивных высказываний (например: *покупатель обязуется оплатить товар; собственник имеет право владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом; суд постановил признать подсудимого виновным* и т.п.) представляют собой сами же эти высказывания.

Одновременно с этим как сами знаки, так и тексты, являющиеся сложными знаковыми комплексами, эволюционируют в исторической ретроспективе, причем основные тенденции и закономерности этой эволюции получают свое объяснение в свете коммуникативной теории. Это делает ее важным теоретико-методологическим основанием историко-правовых исследований, до сих пор, к сожалению, находящихся в русле сугубого эмпиризма позитивистского толка, несмотря на отдельные попытки историков права переориентировать свои науки на идеалы постклассической рациональности<sup>2</sup>.

Речь идет о взаимном признании субъектами друг друга в качестве автономных и формально равных индивидов, являющегося основой социального и правового порядка. Это взаимное признание сохраняет свою легитимирующую силу в каждый момент времени, что позволяет фокусировать внимание на проявлениях взаимного признания в современном правовом порядке, и тогда коммуникативная теория становится мощным фундаментом для отраслевых юридических наук, прежде всего, наук конституционного и гражданского права<sup>3</sup>. Но взаимное признание может рассматриваться и в диахронной ретроспективе для объяснения механизмов легитимации в правовом порядке прошлого, таких как римское право, важнейшей исторической особенностью которых являлась неразвитость нормативного начала, а конструирование правового порядка и регулирование поведения субъектов осуществлялось в основном при помощи субъективных прав и обязанностей.

При этом возникает важный вопрос: если на начальных этапах правовой эволюции нормативное начало отсутствовало или было не развито, как обеспечивалась стабильность правового порядка и предотвращалась возможность того, что Т. Гоббс называл *bella omnium contra omnes* (война всех против всех)<sup>4</sup>? Говоря конкретнее, если субъективные права не обладают признаком общезначимости, что способствовало их соблюдению всеми членами человеческого сообщества, а не только отдельными индивидами, добровольно возложившими на себя обязанность исполнять притязание, выраженное в соответствующем субъективном праве? Попытки ответить на данный вопрос предпринимались еще в XIX столетии, когда была сформулирована концепция «самоуправства», являющегося переименованным вариантом Гоббсовской «войны всех против всех»<sup>5</sup>.

Однако в настоящее время конструкция «самоуправства» продемонстрировала существенные дефекты и во многом утратила свою объяснительную силу, хотя не вызывает сомнений и то обстоятельство, что самозащита субъективного права всегда являлась достаточно распространенной формой его защиты<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> См.: *Оглезнев В. В., Тарасов И. П.* Аскриптивность как онтологическое свойство юридических понятий // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2010. № 4 (12). С. 101–110; *Андрушкевич А. Г.* Аскриптивные выражения и конструирование реальности // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2020. № 56. С. 5–12.

<sup>2</sup> В качестве немногих историков права, стоящих на позиции постклассического правового понимания, можно назвать, в частности, Д. А. Пашенцева, А. А. Дорскую, С. В. Лонскую, П. Д. Новикова и некоторых других. См., в частности: *Дорская А. А.* Переживание истории как фактор самоидентификации государств и народов в XXI веке: правовое измерение. СПб.: Астерион, 2023; *Пашенцев Д. А.* Особенности правоприменения в условиях цифровизации общественных отношений // Вестник СПбГУ. Сер.: Право. 2020. Т. 11. Вып. 1. С. 35–49; *Он же.* Историко-правовая наука в условиях новой научной рациональности // Историко-правовая наука в условиях современных социальных трансформаций / Под ред. А. А. Дорской, Д. А. Пашенцева. Саратов: Саратовский источник, 2022. С. 22–27; *Лонская С. В., Новиков П. Д.* Доктрина *ius commune* и формирование институтов публичного права // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2023. № 2 (16). С. 48–56.

<sup>3</sup> Продуктивную попытку приложения коммуникативной теории к отраслевым наукам предпринял в своей относительно недавней монографии В. Ф. Попондопуло. См.: *Попондопуло В. Ф.* Человеческая деятельность. Правовые формы осуществления и публичная организация. М.: Проспект, 2021.

<sup>4</sup> См.: *Гоббс Т.* Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского // Т. Гоббс. Соч. в 2 т. М.: Мысль, 1989. С. 95.

<sup>5</sup> См., в частности: *Йеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. 1. СПб.: Типография В. Безобразова и Ко, 1876. С. 95; *Барон Ю.* Система римского гражданского права: В 6 кн. СПб.: Юридический Центр-Пресс, 2005. С. 233–234 и др.

<sup>6</sup> См.: *Разуваев Н. В.* История римского гражданского процесса как универсальная модель эволюции правовых порядков Древнего мира // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2020. № 3. С. 49.

Представляется, что именно взаимное признание лежало в основе механизмов правовой защиты субъективных прав, обеспечивая их устойчивость и неприкосновенность. Ведь поскольку я признаю других участников правового общения равными себе субъектами, обладающими автономной волей и производными от нее правами, я не стану в своих эгоистичных целях нарушать их права, смиряя собственное себялюбие, неизбежно присущее человеку как биологическому существу, в интересах других.

Вот почему вызывает известные сомнения мысль А. В. Полякова о том, что любовь к себе выступает залогом взаимного признания и правовой коммуникации<sup>1</sup>. Поддерживая автономию человеческой личности в ее, так сказать, «естественных границах», любовь к себе, на наш взгляд, не способствует выходу за эти границы, без чего никакая коммуникация в принципе не представляется возможной. Примечательно, что впервые с указанной проблемой столкнулись еще античные философы, а именно Плотин и его последователи, которым так и не удалось убедительно обосновать причину, в силу которой Единое (τὸ ἓν), обладающее самодостаточностью и максимальной полнотой (πλήρωμα) бытия, производит из себя путем эманаций все прочие сущности<sup>2</sup>. Впоследствии попытку ее решения предпринял Лейбниц, чья метафизика строится на идее существования множества монад, простых, неделимых и неотличимых друг от друга<sup>3</sup>.

Вступая в общение друг с другом, индивиды совершают акт взаимного признания и одновременно отказываются от значительной доли естественного себялюбия (и собственной негативной свободы) во имя любви к Другому. Последняя, помимо философского и психологического обоснований, имеет и чисто утилитарные резоны, ведь без нее невозможно удовлетворение ни физиологических (продолжение рода), ни хозяйственных потребностей индивида. Таким образом, в историческом плане конструирование правовой реальности может быть представлено как диалектический процесс, описываемый гегелевской триадой, первой ступенью которого («тезис») является самопризнание индивидов, их любовь к себе, поддерживающая целостность естественных границ человеческой личности. На второй ступени («антитезис») это естественное себялюбие отрицается ради любви к Другому. Наконец, на третьей ступени, представляющей собой диалектическое снятие противоречия («синтез»), любовь к себе становится необходимым моментом любви к Другому<sup>4</sup>. Именно на этой ступени становится возможным не только обоюдное признание, но и взаимопонимание субъектов, а также их полноценная коммуникация, в том числе и коммуникация правовая.

В свете всего сказанного становится ясным, что категория правовой коммуникации является органом современной юридической науки, с помощью которого формируются ее язык, методология, а также проблемное поле. Представляется, что в ходе дальнейших углубленных исследований не только найдут решение задачи, стоящие перед теорией права и отраслевыми дисциплинами, но и получит раскрытие и сама категория правовой коммуникации, всё еще остающаяся предметом активных дискуссий.

<sup>1</sup> См.: Поляков А. В. Постклассическая юриспруденция, эволюционная теория и нейронауки (исповедь коммуникативиста) // Постклассические исследования права: перспективы научно-практической программы / отв. ред. И. Л. Честнов, Е. Н. Тонков. СПб.: Алетейя, 2023. С. 134.

<sup>2</sup> См.: Виллер Э. Учение о Едином в античности и средневековье. СПб.: Алетейя, 2002. С. 162 и след.

<sup>3</sup> См.: Лейбниц Г. В. Монадология // Г. В. Лейбниц. Соч. в 4 т. М.: Мысль, 1982. Т. 1. С. 413–414.

<sup>4</sup> См.: Гегель Г. В. Ф. Феноменология духа. М.: Наука, 2000. С. 96–97.



## Effectiveness of Implementing Vertical Space Utilization in Badung District

Puspanegara I. W. A.<sup>1,\*</sup>, Senastri N. M. J.<sup>1</sup>, Puspadma I. N. A.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Warmadewa University (Denpasar, Bali, Indonesia)

\* e-mail: agus.papik@gmail.com

### *Abstract*

The study aims to examine the problem of implementing Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013 in the use of vertical space regarding the height of multi-storey buildings and the supervision of violations of vertical space utilization in Badung Regency. This study employs an empirical legal research method, which involves observation and interviews as data collection techniques. The results indicate that there is a discrepancy between the desired and actual outcomes of the implementation of vertical space utilization related to multi-storey buildings in Badung Regency. A discrepancy was identified between the intended and actual implementation of vertical space utilization related to multi-storey buildings in Badung Regency. The violation of the building height provisions, which have been set at a maximum of 15 meters, renders ineffective the provisions of Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013. The absence of community participation in monitoring the use of vertical space can result in a lack of attention to violations that occur directly in the field. This has implications for the importance of integrating public participation in legislation to address issues related to vertical space utilization and maintain harmony between development and environmental conservation. The study contributes to the discourse on sustainable urban development and the integration of legal principles with cultural values, offering practical benefits for legal practice and regulatory improvement in spatial planning.

*Keywords:* Effectiveness, Legal Principles, Legislation, Regional Regulations, Vertical Space.

*For citation:* Puspanegara, I. W. A., Senastri, N. M. J., Puspadma, I. N. A. Effectiveness of Implementing Vertical Space Utilization in Badung District. *Theoretical and Applied Law*, no. 3 (21), pp. 9–22.

DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-9-22

### Introduction

National development is a continuous process aimed at improving the welfare of the people in all areas of life and livelihood, in order to realize the national ideals and goals stated in the preamble to the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia. The government of Bali has implemented a multifaceted and long-term development program with the objective of enhancing the well-being of communities across various domains. This program is based on the principle of sustainability and takes into account the natural carrying capacity of Indonesia, especially Bali, with reference to the national development program, namely Nangun Sat Kerthi Loka Bali<sup>1</sup>. One important thing is the public works sector related to buildings. Along with its growth and activity, the need for space increases. Thus, management need to be balanced, efficient, effective, harmonious, and sustainable to achieve integration and synergy of development between sectors and regions. It is also necessary to regulate spatial planning and control space utilization based on spatial structure and patterns.

The utilization of space in accordance with Art. 1 Sec. 14 of Law Number 26 of 2007 Concerning Spatial Planning is an endeavour to realize spatial structure and spatial patterns in accordance with the spatial

<sup>1</sup> Bali Provincial Government (2019). Bali Province Vision. <https://www.baliprov.go.id>

planning plan. In the explanation of the provisions of Article 32 paragraph (1) of Law Number 26 of 2007, it is stated that the implementation of space utilization programs is a development activity, whether carried out by the government or the community to realize spatial planning plans. This space utilization program can be implemented by vertical use of space or use of space inside the earth, which is intended to increase the capacity of space to accommodate activities more intensively<sup>1</sup>. In space use planning, spatial structure and spatial patterns are important references for determining the direction of sustainable regional development policies. It is hoped that integration and synergy between space structures and space patterns can create optimal use of space and minimize conflicts between interests in space use, especially space use for buildings. The authority of district/city regional governments in the context of spatial planning has also been regulated in Article 11 of Law Number 26 of 2007 concerning Spatial Planning (UUPR)<sup>2</sup>.

Bali is a popular tourist destination for both local and foreign tourists on holiday in Indonesia. The natural beauty of Bali, especially the beaches, is very famous and amazing. Interestingly, in Bali there are no high-rise buildings or skyscrapers like other big cities in Indonesia. Bali is the only province in Indonesia that has a maximum building height limit of only 15 meters or the equivalent of 4 floors. However, hospital buildings accommodate the provision of space for hospital-related infrastructure networks with the provision that the number of floors is a maximum of 5 (five) floors, which is regulated in Article 100 paragraph (4) letter i of Bali Province Regional Regulation Number 2 of 2023. This shows that there is a change in the Bali Provincial Government's policy regarding the height of buildings, especially buildings for hospitals, which can exceed 15 meters above the ground level where the building is erected.

According to Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013 concerning Badung Regency Spatial Planning for 2013–2033 in Article 58 paragraph (2) letter c states that the height of buildings that utilize air space above the earth's surface is limited to a maximum of 15 m (fifteen meters), except for public buildings and special buildings that require a height requirement of more than 15 m (fifteen meters), such as: transmitter towers, high voltage electricity poles, lighthouses, towers of religious buildings, buildings for aviation safety, security defences buildings, and special buildings for the purposes of safety and other public security. The provisions aim to provide flexibility for the development of traditional Balinese architectural roof forms, the height of the building is calculated from the ground surface to the intersection of the vertical plane of the building structure and the sloping plane of the building roof, and it is prohibited to use the space above the intersection plane to carry out permanent activities.

The Badung Regency Regional Government is currently facing challenges in regulating the height of buildings which have an impact on the environment and increasingly narrow land. This issue has a connection that is important to pay attention to. During the 2018–2022 period, there was a change in the function of rice fields in Badung Regency amounting to 276.60 hectares. The large number of land conversions is largely influenced by the many tourism businesses that are developing in Badung Regency which utilize horizontal and vertical space. The Badung Regency Central Statistics Agency recorded the number of tourism accommodations from 2016 to 2018 which are the results of census and surveys as follows.

Judging from the data above, the large number of star hotels, budget hotels, tourist lodges, condotels, rental houses, restaurants, eateries, bars is proof that the use of horizontal and vertical space has a big impact on the environment. However, it is needed to pay attention to the provisions stipulated in laws and regulations and the values that live in society based on the Tri Hita Karana philosophy. It is a philosophical concept in Balinese culture and life<sup>3</sup> that teaches harmony and balance between three important aspects consisting of *Parhyangan* (relationship with God or the Almighty), *Pawongan* (relationship between humans and other humans) and *Pabelasan* (human relationship with the natural environment and ecosystem)<sup>4</sup>. The principles

<sup>1</sup> Lestari, R. D., Wisudawati, T., Santoso, A. P. A. (2022) *Agrarian Law & Spatial Planning*. Pustaka Baru Pres.

<sup>2</sup> Hasni (2016) *Hukum penataan ruang dan penatagunaan tanah: Dalam konteks UUPA, UUPR, UUPLH*. Rajawali Press.

<sup>3</sup> Redana, I. W., Mujiyono. (2023) Implementation of Tri Hita Karana Teachings to Shape the Character of Early Children. *International Journal of Multidisciplinary Sciences*. No. 1 (2). Pp. 241–252. DOI: <https://doi.org/10.37329/ijms.v1i2.2343>

<sup>4</sup> Wiratmaja, I. N., Sudana, I. W., Suacana, I. W. G. (2023). The Development of the Duality Model of Village Government Based on Local Wisdom Tri Hita Karana in Bali Province 1979 to 2019. *Journal of Namibian Studies: History Politics Culture*. Vol. 34. Pp. 2317–2336. DOI: <https://doi.org/10.59670/jns.v34i.1508>

of Tri Hita Karana form the basis of the Balinese people's way of life and serve as guidelines for maintaining harmony with God, fellow humans and nature. Therefore, the role of the government, indigenous communities and traditional leaders is very important in maintaining the sustainability and authenticity of Balinese culture, especially in Badung Regency.

**Table 1.** Number of Accommodation Businesses in Badung Regency in 2016–2018

No.	Accommodation Facilities	Number of Accommodations			Total	Number of rooms			Total
		2016	2017	2018		2016	2017	2018	
1	Star Hotel	155	155	170	26.505	24.683	24.683	26.543	75.909
2	Budget Hotel	521	539	551	297.510	33.075	35.698	37.314	106.087
3	Cottage	775	893	885	791.080	2.750	2.983	3.146	8.879
4	Condotel	50	57	59	3.413	7.261	8.668	8.992	24.921
5	House for rent	40	40	40	1.640	7.899	789	789	9.477
No.	Restaurant Facilities	Number of Restaurants			Total	Chairs amount			Total
		2016	2017	2018		2016	2017	2018	
1	Restaurant	966	1.011	1.056	3.033	86.388	88.422	92.330	267.140
2	Bar	370	371	373		12.335	12.353	12.433	37.121

Source: <https://badungkab.bps.go.id/indicator/16/121/1/akomodasi.html>; <https://badungkab.bps.go.id/indicator/16/123/1/restoran.html>, downloaded on Tuesday, July 4 2023.

The rapid development in the tourism sector has indeed made a positive contribution to regional economic growth, increased Regional Original Income (PAD), and job creation. But, on the other hand, the growth of the tourism sector has also had negative impacts, such as traffic jams, significant foreign cultural infiltration, the number of tourism businesses that do not have permits or permits that do not comply with applicable regulations, development that ignores spatial planning, increasing development in green areas, violations of vertical spatial use and many other problems<sup>1,2</sup>. Based on observations, facts were found that on Jalan Raya Petitenget and Jalan Pemelisan Agung multi-storey buildings estimated to exceed the maximum building height requirement of 15 meters. If existing problems are not immediately anticipated with fast and intensive control, then the vertical space related to the height of multi-storey buildings as regulated in statutory regulations will never be achieved. This means that it is necessary to study the use of vertical space, which has been regulated in the Badung Regency Regional Regulation No. 26 of 2013. There are several previous studies related to research such as, building construction permit (IMB) that violates the spatial planning occurs will have an impact on the Regional Spatial Planning of Buleleng Regency<sup>3</sup>. Moreover, in order to avoid conflicts in the development of green open space with other urban areas, it is essential to integrate the development of green open space with other urban scale plans. This will ensure a balanced approach to urban planning and promote the creation of sustainable green spaces<sup>4</sup>.

This research was designed to analyze the implementation of Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013 of vertical space utilization on the height of multi-storey buildings in and to analyze supervision of violations of vertical space utilization in Badung Regency. It is expected to provide practical benefits in legal practice by increasing understanding of legal provisions in spatial planning to protect community welfare. Apart from that, this research also provide useful input to law makers to improve regulations related to spatial planning in order to improve national law, especially regarding determining the use of vertical space.

<sup>1</sup> Nepomnyashchyy, O., Yekimov, S., Rybalchenko, N., Tebenko, V., Lysak, O. (2023) The Impact of Green Tourism on the Development of the Regional Economy. In: A. Beskopylny, M. Shamtsyan, V. Artiukh (Eds.). XV International Scientific Conference "INTERAGROMASH 2022". Vol. 574. Pp. 1589–1595. Springer International Publishing. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-3-031-21432-5\\_170](https://doi.org/10.1007/978-3-031-21432-5_170)

<sup>2</sup> Suryani, L. P., Widiati, I. A. P., Permatasari, I. (2022) The Impact of Tourism Industry Development In Relation to Violations of Utilisation of Cliff Borders by Tourism Entrepreneurs. *Sociological Jurisprudence Journal*. No. 5 (2). Pp. 126–132. DOI: <https://doi.org/10.22225/scj.5.2.2022.126-132>

<sup>3</sup> Sumitra, G. (2017) Implikasi Penerbitan Izin Mendirikan Bangunan (IMB) Terhadap Tata Ruang Kabupaten Buleleng [Thesis]. Universitas Warmadewa.

<sup>4</sup> Mahendra, I. M. A. (2022). Analisis Ruang Terbuka Hijau Dalam Perspektif Pembangunan Kota Berkelanjutan (Studi kasus Kawasan pusat Kota Denpasar, Bali). *Jurnal Ilmiah Vastuwidya*. Vol. 5 (1). Pp. 41–49. DOI: <https://doi.org/10.47532/jiv.v5i1.408>

## Methods

In general, efforts to control the implementation of spatial planning plans are carried out through supervision and control activities. Based on the provisions in Article 233 of the Regulation of the Minister of Agrarian Affairs and Spatial Planning/Head of the National Land Agency Number 21 of 2021 concerning the Implementation of Control of Space Utilization and Supervision of Spatial Planning, the supervision of spatial planning consists of monitoring, evaluation and reporting activities. Monitoring are observation activities regarding the application of Spatial Planning which can be carried out directly, indirectly, and/or based on information from the community. Direct monitoring can be done through: 1) Questionnaires or Checklists. Filling out a questionnaire or checklist is carried out to obtain data and information on the Implementation of Spatial Planning; 2) Interview. Interviews are conducted to verify data, information and supporting evidence; 3) Field Survey. Indirect monitoring is carried out through secondary data collection as supporting evidence for filling out questionnaires or checklists. And/or monitoring based on information from the community.

Evaluation is carried out by comparing data and information from monitoring results with the performance indicators for the implementation of spatial planning that have been determined. The evaluation as intended is carried out to analyze the causes of spatial planning problems that arise, estimate the magnitude of the impact due to the problems that occur, analyze the actions needed to eliminate and/or reduce deviations and impacts that have arisen and will occur, and formulate the necessary follow-up steps. Reporting is the activity of preparing and submitting reports on the results of spatial planning supervision. The spatial planning supervision report contains the performance level of spatial planning implementation and recommendations. The report on the results of supervision of spatial planning carried out by the regent/mayor is submitted to the governor.

### **Implementation of Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013 in the Utilization of Vertical Space related to multi-storey buildings in Badung Regency**

Regency Regional Spatial Planning, abbreviated as RTRWK, is a spatial planning document that elaborates on strategies and policies for general space utilization. The document contains a series of objectives, policies, regional spatial planning strategies, spatial structure plans, spatial pattern plans, strategic area determinations, directions for regional space utilization, and provisions for controlling the spatial utilization of Badung Regency. Spatial Planning Regulations are an effort to establish a legal basis for the Badung Regency Government. In this case, Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013 has been established as the legal basis for implementing spatial planning. This regulation covers various aspects, including the use of vertical space in Badung Regency. Therefore, it is very important if it is implemented along with the active participation of the community in Badung Regency.

Article 1 number 15 of the Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013, states that the utilization of space aims to achieve spatial structure and patterns in accordance with the spatial planning plan through the preparation and implementation of programs, along with financing. Air space management, especially the use of vertical space related to the height of buildings in Badung Regency, is regulated in the provisions of Article 58 paragraph (1) of Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013. To maintain flight safety and security, maintain the sacredness of holy places and maintain public comfort, it is regulated in the provisions of Article 58 paragraph (2) of Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013 which states:

- a) The structure and maximum height of buildings and other structures in flight operation safety areas, noise zone boundaries and airport environmental areas must comply with aviation safety and security provisions, and be coordinated with the competent authorities.
- b) The location for the construction of radio, television and telecommunications receiver and/or transmitter towers must be built in a Cultivation Area, providing a sense of security and guaranteeing environmental safety, not disturbing religious activities, the sanctity of sacred objects in the surroundings, which must be built and used appropriately collective.

- c) The maximum height for buildings that utilize air space above the earth's surface is limited to fifteen meters (15 m), except for public buildings and special buildings that require a height requirement of more than 15 m, such as: transmitter towers, high voltage electricity poles, lighthouses, towers of religious buildings, buildings for aviation safety, defense and security buildings, and special buildings for the purposes of safety and other public security based on studies taking into account security, comfort and harmony with the surrounding environment, as well as obtaining permission from the relevant agency authorized.
- d) The aircraft's flight altitude setting must not be lower than 1,000 (one thousand) feet above ground level, except in accordance with take-off approach procedures at each airport and emergency conditions.

Based on the interview with Mr Sang Nyoman Oka Parmana, Intermediate Expert Licensing Administrator at the Badung Regency One Stop Investment and Integrated Services Service who previously served as Head of the Government and Development Licensing Services Division said that, it was recorded that there was an increase in the number of applications for Building Construction Permits in Badung Regency, which greatly affecting regional income Badung Regency obtained from the Building Permit Levy. It was recorded from 2010 to April 2013, the overflow of IMB data from the Badung Regency Human Settlements Service to the Badung Regency DPMPTSP had issued 6,752 IMBs. Since the establishment of the Badung Regency Integrated Licensing Services Agency on 5 May 2013 to 4 July 2017, it has issued a total of 7,695 IMBs. Moreover, the nomenclature of the Badung Regency Integrated Licensing Services Agency changed to the Badung Regency Investment and One-Stop Integrated Services Service from July 5 2017 to August 3 2021 with a total of 6,590 IMBs have been issued. The following is a table of the issuance of IMB in Badung Regency for the last 14 (fourteen) years from 2010 to 2023, which explained in detail in Table 2.

**Table 2.** IMB data is published in Badung Regency Period 2010–2021

No.	Year	IMB Published	Retribution Value (Rp)	Information
1	2010	1.914	27.888.149.091,00	Department of Human Settlements
2	2011	2.105	32.154.330.501,00	Department of Human Settlements
3	2012	1.865	46.319.018.584,29	Department of Human Settlements
4	2013	868	22.217.352.742,52	January to April (Creation Department)
5	2013	1.154	37.558.563.718,15	May to December 2013 (BPPT)
6	2014	1.711	75.841.384.804,38	BPPT
7	2015	2.291	45.223.160.498,72	BPPT
8	2016	1.841	38.183.568.292,26	BPPT
9	2017	698	27.545.265.460,57	January 1 to July 4 2017 (BPPT)
10	2017	416		5 July to December 2017 (DPMPTSP)
11	2018	1.074	24.092.874.000,00	DPMPTSP
12	2019	1.666	18.051.028.803,45	DPMPTSP
13	2020	2.168	20.277.487.529,91	DPMPTSP
14	2021	1.266	19.155.771.631,20	January 4 to August 3 2021 (DPMPTSP)
	<b>Total</b>	<b>21.037</b>	<b>434.507.955.657,45</b>	

Source: DPMPTSP Badung Regency.

Meanwhile, from the published IMB data according to table 3, the number of accommodation IMBs in Badung Regency that can utilize vertical space in accordance with the maximum building height requirement of 15 meters, such as: Hotels, Hotel Condominiums (Condotels), Restaurants and Bars.

**Table 3.** IMB for accommodation in Badung Regency on vertical space utilization on 2010–2021

No.	Year	Hotel	Condo Hotel (Condotel)	Restaurants and Bars
1	2010	80	13	50
2	2011	95	19	42
3	2012	65	13	25
4	2013	92	9	13
5	2014	74	18	21
6	2015	40	5	23
7	2016	33	4	38
8	2017	15	7	15
9	2018	8	2	19
10	2019	8	0	34
11	2020	10	0	40
12	2021	9	3	30
	<b>Total</b>	<b>529</b>	<b>93</b>	<b>350</b>

Source: DPMPTSP Badung Regency.

The interview with Mr. I Made Agus Aryawan, Head of the Badung Regency Investment and One-Stop Integrated Services Service said that the investment climate, especially investment in the tourism sector in Badung Regency, is developing very well and faster. As it is known, almost 85% of Badung Regency's Original Regional Income (PAD) relies on the tourism sector. The consequences of Badung Regency as an international tourism destination are in addition to the increasing number of tourist visits, both domestic and foreign tourists, followed by the development of business activities. The business activity with the dominant investment value entering Badung Regency is most popular in the tourism sector. Badung Regency is very dependent on the tourism sector, especially from hotel and restaurant taxes. The following 5 (five) dominant sectors are: 1) hotels and restaurants; 2) transportation, warehouse and telecommunications; 3) housing, industrial and office areas; 4) other services; 5) trade and repair. Of these five sectors, the recent increase in investment in Badung Regency in the 2020–2022 period can be seen in Table 4.

**Table 4.** Recapitulation of Investment Realization Development (PMDN and PMA) in Badung Regency Period 2020–2022

No.	Year	Domestic Investment (PMDN)		Foreign Investment (PMA)	
		Number of Projects	NIB (Rp)	Number of Projects	NIB (Rp)
1	2020	1.863	70.903.392.331.684,00	1.362	163.754.408.146.799,00
2	2021	937	2.437.406.200.001,00	2.487	2.392.316.689.862,00
3	2022	1.977	3.201.859.558.783,00	2.819	3.206.843.948.000,00
	<b>Total Investment</b>	<b>4.777</b>	<b>76.542.658.090.468,00</b>	<b>6.668</b>	<b>169.353.568.784.661,00</b>

Source: DPMPTSP Badung Regency.

From the data presented above, the number of projects and investments realized in Badung Regency can increase economic growth, and the large number of tourism supporting buildings built by local communities and by entrepreneurs who invest their capital in Badung Regency either through Domestic Investment (PMDN) and Foreign Investment (PMA), so that the opening of job opportunities automatically influences the increase in applications for Building Construction Permits (IMB). The rapid development of buildings in

the Badung Regency area and the recent increase in applications for building permits are related to multi-storey buildings that utilize vertical space, which in practice cannot be denied that there are building height violations. Badung Regency's One Stop Investment and Integrated Services Service in the 2020–2021 period has rejected the IMB application on the Online Licensing Service (LAPERON) system because it violates building height provisions as regulated in the provisions of Article 58 paragraph (2) letter c of the Regency Regional Regulations Badung Number 26 of 2013 by issuing a letter of return of files to the IMB applicant, will be explained in detail in Table 5.

**Table 5.** Data on IMB applications that were on 2020–2021

No	2020	2021	Allotment	Terms (m)	Available (m)	Information
1	1	–	Shop	15	18.60	File Return Letter Number: 648/1347/DPMPTSP/2020 dated 20 April 2020
2	1	–	Boarding house	15	16.50	File Return Letter Number: 648/1508/DPMPTSP/2020 dated 3 June 2020
3	1	–	Hotel	15	24.50	File Return Letter Number: 648/2177/DPMPTSP dated 30 September 2020
4	–	1	Restaurant	15	19.10	File Return Letter Number: 648/715/DPMPTSP/2021 dated April 14 2021
5	–	1	Residential home	15	17.80	File Return Letter Number: 648/1024/DPMPTSP/2021 dated 17 May 2021
<b>Total</b>	<b>3</b>	<b>2</b>				

Source: DPMPTSP Badung Regency.

There are buildings that violate vertical space utilization and referring to the provisions in Article 100 paragraph (2) letter a of Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013, there are violations in the field of spatial planning as intended, namely space utilization. It is not in accordance with the Badung Regency regional spatial plan (RTRWK) because it is expressly stated in the provisions of Article 58 paragraph 2 letter c of the Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013.

The interview with Mrs. Ni Ketut Midartini, Young Expert Licensing Arranger who previously served as Head of Licensing Issuance at the Badung Regency Investment and One-Stop Integrated Services Service on Tuesday, December 6 2023, said that since August 3 2021 the Building Construction Permit has been converted and has been changed to Building Approval (PBG) Certificate of Functional Worthiness (SLF) through the SIMBG system throughout Indonesia. The steps for registering the PBG/SLF application up to the technical study are carried out through the SIMBG PU account which is managed at the Badung Regency Public Works and Spatial Planning Service. The Badung Regency Investment and One-Stop Integrated Services Service only issues Regional Retribution Decree Letters (SKRD) and issues Building Approvals (PBG) and Functional Worthiness Certificates (SLF). In Badung Regency, in the period 2021 to 2023, PBG/SLF has been issued, which will be explained in Table 6.

**Table 6.** PBG/SLF data is published in Badung Regency Period 2022–2023

No.	Year	PBG/SLF	Information
1	2022	758	The application process is through SIMBG PU and through the LAPERON System
2	2023	1.301	
<b>Total</b>		<b>2.059</b>	

Source: DPMPTSP Badung Regency.

Meanwhile, from the PBG/SLF data published in table 7, the number of PBG/SLF accommodations in Badung Regency that can utilize vertical space in accordance with the maximum building height requirement of 15 meters, such as: Hotels, Hotel Condominiums, Restaurants, and Bars.

**Table 7.** PBG/SLF accommodation in Badung Regency on utilization of vertical space 2022–2023

No.	Year	Hotel	Condo Hotel (Condotel)	Restaurants and Bars
1	2022	9	1	27
2	2023	22	-	32
	<b>Total</b>	<b>31</b>	<b>1</b>	<b>59</b>

Source: DPMPTSP Badung Regency.

The people of Badung Regency in their use of space must consistently follow the regional spatial plan that has been determined. The use of vertical space in Badung Regency needs to be supported by active community participation by involving themselves in space utilization activities that are in accordance with local wisdom values and spatial plans. This is one of the strategic steps to achieve spatial planning goals in Badung Regency, including implementing spatial planning, space utilization and controlling space utilization. Thus, community participation in implementing spatial planning can create a harmonious balance between regional development and preserving local values in Badung Regency.

Based on this explanation, it is related to the Legal System Theory by Lawrence M. Friedman that says legal system is divided into 3 (three), namely the legal structure (the basic elements of the legal system), legal substance (the composition of regulations) and legal culture (human attitudes towards the law and the legal system). An example of this in practice can be seen in the enforcement of building height regulations in Badung Regency, where the legal structure (regional regulations), legal substance (building height provisions), and legal culture (attitudes towards compliance) all play a role in ensuring adherence to the law. In this case, the Badung Regency Civil Service Police Unit as the enforcer of the regional regulations should supervise every building construction carried out by the community or by investors who invest in Badung Regency, so that there are no violations within. Licensing related agencies must carry out their duties and functions in providing services and supervision to the community regarding the use of vertical space in Badung Regency, such as socializing the provisions and requirements for the use of vertical space to public.

The legal structure plays a crucial role in ensuring effective law enforcement regarding vertical space utilization by providing the framework and regulations that govern building height restrictions. In the case of Badung Regency, the Regional Regulation Number 26 of 2013 sets specific building height requirements, which serve as the legal foundation for enforcing vertical space utilization regulations. This legal structure establishes the parameters within which construction activities must comply, enabling authorities to monitor and enforce adherence to these regulations effectively.

The legal substance, which refers to the composition of regulations, plays a crucial role in ensuring effective law enforcement regarding vertical space utilization. In the case of Badung Regency, the specific building height requirements outlined in the Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013 serve as the legal substance that authorities use to monitor and enforce adherence to vertical space utilization regulations. These regulations provide the necessary guidelines and standards that must be followed in construction activities to maintain compliance with the law. The quality of the legal substance established or owned by Badung Regency is not sufficient in itself to guarantee effective law enforcement.

The concept of legal culture refers to the human attitudes that individuals hold towards the law. The essence of law as rules is characterized by content that is both general and normative. The content is general because it applies to everyone, and normative because it determines what should be done, what should not be done, or must be done, and determines how to comply with these rules<sup>1</sup>. The legal culture of the people of

<sup>1</sup> Sadjjono, H. (2021) Law Between Sollen and Sein (In the Perspective of Legal Practice in Indonesia) (Cetakan 3). *LaksBang PRESSindo*.



Badung Regency, who are involved in the use of vertical space, must also be taken into account. Without this, the law enforcement or Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013 in vertical space utilization will not work effectively.

Even though there are provisions governing the use of vertical space, violations still occur. This can be seen from the buildings being built that do not meet building height regulations. Limiting the height of buildings also functions as a measure to preserve the natural landscape, namely reducing energy waste and playing a role in protecting the environment. By limiting the height of buildings, natural beauty can be maintained and over-exploitation can be prevented.

### **Supervision of Vertical Space Utilization Violations in Badung Regency**

Efforts to realize the spatial structure and pattern of Badung Regency through space utilization must be accompanied by supervision to ensure compliance with the regional spatial plan. Supervision includes all efforts and actions aimed at determining the extent to which tasks are being performed in accordance with established policies and objectives<sup>1</sup>. According to Sujatmoko<sup>2</sup>, supervision is any efforts to evaluate the performance of tasks or activities should be aimed at determining their compliance with expectations. As for the purpose of supervision, to achieve development goals and objectives effectively and efficiently, a good planning system needs to be implemented and a good implementation and supervision system is needed and is able to guarantee the efficiency and effectiveness of achieving the planned development targets and objectives<sup>3</sup>. Supervision can prevent irregularities in carrying out planned work. Supervision of space utilization in Badung Regency is carried out as an effort to realize the implementation of spatial planning in accordance with statutory provisions and avoid violations in terms of space utilization in Badung Regency. This is an effort made by the Badung Regency government to create an environment that is well-organized, sustainable and in line with community needs. Spatial planning acts as a mechanism that regulates land use, as a means of coordinating sectoral policies and as a means of protecting the environment. Based on this role, spatial planning itself has become a tool for achieving sustainable development goals.

Supervision and sanctions are both measures to ensure compliance, but they differ in their approach. Supervision is a preventative measure, while sanctions are a repressive measure<sup>4</sup>. Bestuursdwang sanctions (government coercion) are the tool most widely used and also the most effective in resolving environmental problems in the use of space<sup>5</sup>. Preventive efforts in the form of measures to prevent and control violations of vertical space utilization in Badung Regency need to carry out counseling, monitoring and supervision of permits (paying attention to the conditions stated in permits). Supervision of the granting of permits is a government control tool to prevent potential environmental damage<sup>6</sup>. Meanwhile, repressive instruments can take the form of written warnings, government coercion, freezing of building permits (IMB) that have been converted to PBG/SLF. This is different from repressive instruments by the judiciary, in the form of canceling a *beschikking* determination or permit from the relevant agency<sup>7</sup>. Even though supervision is carried out very well, it is still very possible for violations to occur, while these violations must be followed by the application of sanctions. Without the application of sanctions, regulations are just words that have no meaning, which can be violated by anyone<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Daim, N. A. (2019) Licensing Law: Information Technology-Based Integrated Licensing Services from a Good Governance Perspective. *LaksBang Justitia*.

<sup>2</sup> Sujatmoko, Y. (2019) State Administrative Law. *Setara Press*.

<sup>3</sup> Helmi. (2013). Hukum Perizinan Lingkungan Hidup (Cetakan 2). *Sinar Graphics*.

<sup>4</sup> Machmud, S. (2019) Tindakan Preventif dan Represif Non-Yustisial Penegakan Hukum Administrasi Oleh Eksekutif. *Jurnal Hukum Media Justitia Nusantara*. No. 7 (2). Pp. 62–77. DOI: <https://doi.org/10.30999/mjn.v7i2.660>

<sup>5</sup> Daim, N. A. (2019) Licensing Law: Information Technology-Based Integrated Licensing Services from a Good Governance Perspective. *LaksBang Justitia*.

<sup>6</sup> Op cit.

<sup>7</sup> Machmud, S. (2019) Tindakan Preventif dan Represif Non-Yustisial Penegakan Hukum Administrasi Oleh Eksekutif. *Jurnal Hukum Media Justitia Nusantara*. No. 7 (2). Pp. 62–77. DOI: <https://doi.org/10.30999/mjn.v7i2.660>

<sup>8</sup> Panambun, A. M. K. (2016) Penerapan Sanksi Administratif Dalam Penegakan Hukum Lingkungan Di Indonesia. *Lex Administratum*. No. 4 (2). Pp. 93–101.

Supervision in controlling space utilization is carried out, among other things, through supervision of the implementation of the issuance of permits issued by authorized agencies regarding the physical development of an area. In licensing, a supervisory function is attached to space utilization activities in order to protect public interests and preserve the environment. In accordance with existing provisions, the authorized agency is responsible for monitoring, evaluating, and managing space quality with regard to space utilization. Evaluation of the suitability of the spatial plan for space utilization is carried out by examining the form of space utilization and permits held. One of the evaluations is the formulation of recommendations (reporting), namely suggestions for follow-up actions regarding development activities that are not in accordance with the spatial plan. Based on the provisions in Article 60 paragraph (2) of Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013 concerning Badung Regency Spatial Planning for 2013–2033, it states: “Provisions for Controlling Badung Regency Regional Space Utilization consist of: a) general provisions of the Regulations; b) licensing provisions; c) provisions for granting incentives and incentives; d) sanctions directive”.

The provisions in Article 60 paragraph (2) letter b, the licensing provisions are part of the control of space utilization and the responsibility for technical supervision in the field of licensing is the Badung Regency Investment and One-Stop Integrated Services. Licensing services are the authority of the One Stop Integrated Services and Investment Service (DPMPTSP). DPMPTSP also has the authority to supervise the licensing services that have been issued. Licensing is a policy tool implemented by the Government or Regional Government (Pemda) to control impacts that may arise from social or economic activities<sup>1</sup>. Permits also function as a means of legal protection for the ownership or implementation of an activity. Space utilization permits are given to prospective space users who will carry out space utilization activities based on the spatial planning plan and intended to ensure space utilization in accordance with spatial plans, zoning regulations, and minimum service standards in the field of spatial planning; and prevent negative impacts on space utilization; and protect the general interests of the wider community<sup>2</sup>.

Permits issued by the Badung Regency Investment and One-Stop Integrated Services Service for space utilization will then be monitored to monitor whether the activities carried out comply with the specified requirements<sup>3</sup>. This supervision can be carried out in collaboration with related professions in accordance with the field of supervision regulated by ministries, institutions and/or regional governments. Coordination is basically a form of mutually supportive cooperation with the aim of achieving harmony to create effective cooperation between all parties. In the supervision process, if discrepancies or deviations are found, ministries, institutions, and/or regional governments will take action, such as giving warnings, temporarily suspending business activities, imposing administrative fines, and/or revoking business permits.

Based on an interview with I Wayan Sudira, the supervision of business permits issued through the RBA Online Single Submission (OSS) system by the Badung Regency DPMPTSP in accordance with its authority, the supervision team together with the DPMPTSP carried out an assessment of the implementation of business activities and related buildings. The Regent of Badung Regency formed a Supervision Team through Regent's Decree Number 58/044/HK/2023, in which the Badung Regency DPMPTSP acts as the coordinator of business licensing supervision by involving related technical agencies as members. In supervising business permits that have been issued by the Badung Regency DPMPTSP in accordance with its authority, if there are violations related to spatial planning or building construction, the Badung Regency PUPR Service has an important role. The Badung Regency PUPR Service can take steps in accordance with applicable laws and regulations and coordinate with the Badung Regency Civil Service Police Unit to take action according to its authority based on statutory regulations.

Ida Bagus Surya Suamba, added that buildings that violate spatial planning in terms of vertical space utilization related to multi-storey buildings will be dealt with firmly and subject to administrative sanctions by issuing warning letters and orders to temporarily stop activities in the field and rejecting SLF applications for existing buildings that violate building height regulations. In the period 2018 to 2021, no buildings were found

<sup>1</sup> Assegaf, M. I. F., Juliani, H., Sa'adah, N. (2019) Pelaksanaan Online Single Submission (OSS) Dalam Rangka Percepatan Perizinan Berusaha Di Dinas Penanaman Modal Dan Pelayanan Terpadu Satu Pintu (DPMPTS). *Jawa Tengah. Diponegoro Law Journal*. No. 8 (2). Pp. 1328–1342.

<sup>2</sup> Lestari, R. D., Wisudawati, T., Santoso, A. P. A. (2022) *Agrarian Law & Spatial Planning*. Pustaka Baru Pres.

<sup>3</sup> Adriani, H., Saleh, I., Syahadat, R. M., Patih, T., Putra, P. T. (2022) The Mosque as a Hybrid Space: A Place for Worship and Tourism. *KnE Social Sciences*. Pp. 538–548. DOI: <https://doi.org/10.18502/kss.v7i8.10772>

that violated the maximum building height requirement of 15 meters. The following will explain the buildings that violate building height provisions for the 2022–2023 period in the form of Table 8.

**Table 8.** Buildings That Violate Building Height Regulations in Badung Regency Period 2022–2023

Year	Location	Type of Allocation	Terms (m)	Available (m)	Note
2022	Kayu Aya Street, Seminyak Village, Kuta District	W (Tourism Zone)	Maximum height 15 meters	The overall height of the building is 18.5 meters	Upassha Hotel
2023	Palapa Street, Benoa Village, South Kuta District	R-4 (Low Density Residential)	KLB 1.5-3 floors	5-story building with a total height of 12.3 meters	Construction of Boarding Houses
	Pererenan Beach Road, Pererenan Village, Mengwi District	W (Tourism Zone)	Special provisions for 1 floor KLB borders	3 storey building with a total height of 7 meters	Sau Bali
	Pererenan Beach Road, Pererenan Village, Mengwi District	W (Tourism Zone)	Special provisions for 1 floor KLB borders	3 storey building with a total height of 7 meters	PNB Beach & Resort
	Pererenan Beach Road, Pererenan Village, Mengwi District	W (Tourism Zone)	Maximum height 15 meters	The overall height of the building is 17 meters	See Sea Pererenan
	Batu Mejan Beach Road, Canggu Village, North Kuta District	W (Tourism Zone)	Maximum height 15 meters	The overall height of the building is 18 meters	Apartment Construction

Source: Badung Regency PUPR Service.

From the data presented, there are violations of the maximum building height requirement of 15 meters. This violation was identified during the period 2022 to 2023. It is evident that there are instances of buildings that contravene the provisions set forth in Article 100, Paragraph (2), Letter a of Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013. These violations can be attributed to the utilization of space that is not in accordance with the spatial planning plan. The existence of buildings that violate this indicates the lack of effective supervision carried out by the relevant agencies, in terms of building construction carried out by the public and investors who invest their capital in Badung Regency who should comply with the building height provisions as regulated in Article 58 paragraph (2) letter c of the Regulation Badung Regency Region Number 26 of 2013.

Furthermore, Ida Bagus Surya Suamba, added, in relation to building supervision, there is a Spatial Planning Division which has the task of controlling space utilization as regulated in Badung Regent Regulation Number 84 of 2016 concerning Description of the Duties of Regional Services. During the period 2018 to 2019 there were 548 findings of space use violations, however, these were not followed up with administrative sanctions in the form of a written warning letter, as intended in Article 112 paragraph (2) letter a Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013, the function of controlling space utilization was not effective during that period. In 2020, there was a decrease in the level of space utilization violations due to less effective supervision and restrictions imposed during the Covid-19 pandemic. The period of 2020 to 2023, findings of violations of space use have been followed up with the application of administrative sanctions, although they are still limited to issuing warning letters. Ida Bagus Surya Suamba stated the Badung Regency Public Works and Spatial Planning Service has never imposed administrative sanctions in the form of sealing and demolishing buildings that violate provisions. However, this was only limited to giving a warning letter which was copied to the Badung Regency Civil Service Police Unit as the enforcer of the Regional Regulation. This happens because the majority of violators have completed their permits after receiving a warning letter from the Regency Government.

Regular monitoring is carried out to inventory activities that are indicated to violate spatial planning. The form of action that is considered to violate the site plan (spatial planning) is controlling or constructing a building that violates the designation and the provisions of the building construction spec, even though the imposition can be exchanged (alternatively) for fines (*dwangsom*) or sanctions for building demolition. Thus, it is necessary to clarify what is meant by *bestuursdwang*, so that it can be implemented fairly and wisely<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Daim, N. A. (2019) Licensing Law: Information Technology-Based Integrated Licensing Services from a Good Governance Perspective. *LaksBang Justitia*.

Supervision has the urgency to observe, research and evaluate the implementation of previously established plans, so as to ensure that implementation does not deviate from what has been planned. Supervision aims to ensure that the use of space aligns with the function specified in the spatial plan. Control, on the other hand, involves taking action to ensure that the planned use of space is realized<sup>1</sup>. In the event of irregularities in space utilization activities, where the implementation of space utilization is not in accordance with the Spatial Planning Plan and zoning regulations, whether equipped with a permit or without a permit, disciplinary action will be taken. Controlling is part of the process of controlling space utilization as a result of reporting regarding irregularities in space utilization. The imposition of sanctions is a means of controlling the use of space that is not in accordance with spatial plans and zoning regulations, whether equipped with a permit or not. The existence of laws to provide justice, goodness and partiality for the interests of the wider community. When related to the theory of justice, that law carries the value of justice, which has both normative and constitutive characteristics for law<sup>2</sup>. It is normative, because it is from justice that positive law originates. It is constitutive because justice must be an absolute element of the law and a rule without justice does not deserve to become law. In this case, the Badung Regency Government carries out supervision and control over violations of space use based on the provisions of statutory regulations.

Supervision is carried out by involving the community, whose role includes: submitting reports and/or complaints to the Badung Regency Government. The role of the community in supervising and monitoring the implementation of space utilization activities has significant relevance. Community participation or public participation, in the context of democratic government demands public involvement in the decision-making process which is increasingly crucial in the era of regional autonomy<sup>3</sup> (Gusman & Syofyan, 2023). The implementation of regional autonomy, in accordance with Law of the Republic of Indonesia Number 32 of 2004 concerning Regional Government, has resulted in substantial changes in every aspect of regional government administration.

Based on the provisions in Article 109 paragraph (6) letter b, the community has a role in monitoring and supervising the implementation of space utilization activities so that they are in accordance with the Badung Regency regional spatial plan that has been determined, especially regarding the use of vertical space related to multi-storey buildings. Traditional villages as customary law community units have a role in assisting the government in the smooth and implementation of development in all fields, including in the fields of security and environmental preservation. Traditional villages base themselves on customary law to regulate and manage the lives of customary law communities and their customary territories.

In considering the opinions of Lawrence M. Friedman regarding the effectiveness of law, one must consider the role of legal culture, or human attitudes towards law<sup>4</sup> (Flora et al., 2023). This is a key element in supporting legal culture by the community, both individuals and customary law communities in Badung Regency, in monitoring space utilization. Furthermore, it assists the government in responding to violations that occur in the field. Community participation in monitoring and supervising the implementation of space utilization activities in their area is a form of controlling space utilization which is not only the responsibility of the government, but also the responsibility of everyone to achieve shared prosperity.

## Conclusions

The Badung Regency Regional Spatial Planning Plan has been strictly regulated in Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013. Empirical results found a gap between the desired (*das sollen*) and actual (*das sein*) implementation of vertical space utilization related to multi-story buildings in Badung Regency, which is not in accordance with the provisions in the Badung Regency Regional Regulation Number 26 of 2013. This is

<sup>1</sup> Koeswahyono, I. (2012) Law on Land Use and Spatial Planning in Indonesia (Problematics Between Text and Context). *Universitas Brawijaya Press*.

<sup>2</sup> Mubayyinah, F. (2019) Legal Review Of Indefinite Revocation Of The Political Right To Hold Public Office Against Corruption Convicts. *Prophetic Law Review*. No. 1 (1). DOI: <https://doi.org/10.20885/PLR.vol1.iss1.art6>

<sup>3</sup> Gusman, D., Syofyan, Y. (2023) Public Participation In Legislation (Legal Comparison Studies In Indonesia, South Africa, And United State). *Nagari Law Review*. No. 6 (2). P. 133. DOI: <https://doi.org/10.25077/nalrev.v6.i.2.p.133-145.2023>

<sup>4</sup> Flora, H. S., Thuong, M. T. H., Erawati, R. D. (2023). The Orientation and Implications of New Criminal Code: An Analysis of Lawrence Friedman's Legal System. *Jurnal IUS Kajian Hukum Dan Keadilan*. No. 11 (1). Pp. 113–125. DOI: <https://doi.org/10.29303/ius.v11i1.1169>

evidenced by the prevalence of high-rise buildings that exceed the specified height requirements. Therefore, in terms of vertical space utilization related to multi-storey buildings is considered not effective. The absence of community participation in monitoring the use of vertical space related to multi-storey buildings can result in negligence in monitoring violations that occur directly in the field. Supervision of vertical space utilization must be done through licensing instruments as a control form carried out by the Badung Regency Investment and One-Stop Integrated Services Service and the Badung Regency Public Works and Spatial Planning Service in coordination with related agencies and community participation.

## References

1. Adriani, H., Saleh, I., Syahadat, R. M., Patih, T., Putra, P. T. (2022) The Mosque as a Hybrid Space: A Place for Worship and Tourism. *KnE Social Sciences*. Pp. 538–548. DOI: <https://doi.org/10.18502/kss.v7i8.10772>
2. Assegaf, M. I. F., Juliani, H., Sa'adah, N. (2019) Pelaksanaan Online Single Submission (OSS) Dalam Rangka Percepatan Perizinan Berusaha Di Dinas Penanaman Modal Dan Pelayanan Terpadu Satu Pintu (DPMPTS) Jawa Tengah. *Diponegoro Law Journal*. No. 8 (2). Pp. 1328–1342.
3. Daim, N. A. (2019) Licensing Law: Information Technology-Based Integrated Licensing Services from a Good Governance Perspective. *LaksBang Justitia*.
4. Flora, H. S., Thuong, M. T. H., Erawati, R. D. (2023) The Orientation and Implications of New Criminal Code: An Analysis of Lawrence Friedman's Legal System. *Jurnal IUS Kajian Hukum Dan Keadilan*. No. 11 (1). Pp. 113–125. DOI: <https://doi.org/10.29303/ius.v11i1.1169>
5. Gusman, D., Syofyan, Y. (2023) Public Participation In: Legislation (Legal Comparison Studies In Indonesia, South Africa, And United State). *Nagari Law Review*. No. 6 (2). P. 133. DOI: <https://doi.org/10.25077/nalrev.v.6.i.2.p.133-145.2023>
6. Hasni. (2016) Hukum penataan ruang dan penatagunaan tanah: Dalam konteks UUPA, UUPR, UUPLH. *Rajawali Press*.
7. Helmi. (2013) Hukum Perizinan Lingkungan Hidup (Cetakan 2). *Sinar Graphics*.
8. Koeswahyono, I. (2012) Law on Land Use and Spatial Planning in Indonesia (Problematics Between Text and Context). *Universitas Brawijaya Press*.
9. Lestari, R. D., Wisudawati, T., Santoso, A. P. A. (2022) Agrarian Law & Spatial Planning. *Pustaka Baru Pres*.
10. Machmud, S. (2019) Tindakan Preventif dan Represif Non-Yustisial Penegakan Hukum Administrasi Oleh Eksekutif. *Jurnal Hukum Media Justitia Nusantara*. No. 7 (2). Pp. 62–77. DOI: <https://doi.org/10.30999/mjn.v7i2.660>
11. Mahendra, I. M. A. (2022). Analisis Ruang Terbuka Hijau Dalam Perspektif Pembangunan Kota Berkelanjutan (Studi kasus Kawasan pusat Kota Denpasar, Bali). *Jurnal Ilmiah Vastuwidya*. No. 5 (1). Pp. 41–49. DOI: <https://doi.org/10.47532/jiv.v5i1.408>
12. Mubayyinah, F. (2019) Legal Review of Indefinite Revocation of The Political Right to Hold Public Office Against Corruption Convicts. *Prophetic Law Review*. No. 1 (1). DOI: <https://doi.org/10.20885/PLR.vol1.iss1.art6>
13. Nepomnyashchyy, O., Yekimov, S., Rybalchenko, N., Tebenko, V., Lysak, O. (2023) The Impact of Green Tourism on the Development of the Regional Economy. In: A. Beskopylny, M. Shamtsyan, V. Artiukh (Eds.). XV International Scientific Conference "INTERAGROMASH 2022". *Springer International Publishing*. Vol. 574. Pp. 1589–1595. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-3-031-21432-5\\_170](https://doi.org/10.1007/978-3-031-21432-5_170)
14. Panambunan, A. M. K. (2016) Penerapan Sanksi Administratif Dalam Penegakan Hukum Lingkungan Di Indonesia. *Lex Administratum*. No. 4 (2). Pp. 93–101.
15. Redana, I. W., Mujiyono. (2023) Implementation of Tri Hita Karana Teachings to Shape the Character of Early Children. *International Journal of Multidisciplinary Sciences*. No. 1 (2). Pp. 241–252. DOI: <https://doi.org/10.37329/ijms.v1i2.2343>
16. Sadjijono, H. (2021) Law Between Sollen and Sein (In the Perspective of Legal Practice in Indonesia) (Cetakan 3). *LaksBang PRESSindo*.
17. Sujatmoko, Y. (2019) State Administrative Law. *Setara Press*.

18. Sumitra, G. (2017) Implikasi Penerbitan Izin Mendirikan Bangunan (IMB) Terhadap Tata Ruang Kabupaten Buleleng [Thesis]. Universitas Warmadewa.
19. Suryani, L. P., Widiati, I. A. P., Permatasari, I. (2022) The Impact of Tourism Industry Development In Relation to Violations of Utilisation of Cliff Borders by Tourism Entrepreneurs. *Sociological Jurisprudence Journal*. No. 5 (2). Pp. 126–132. DOI: <https://doi.org/10.22225/scj.5.2.2022.126-132>
20. Wiratmaja, I. N., Sudana, I. W., Suacana, I. W. G. (2023) The Development of the Duality Model of Village Government Based on Local Wisdom Tri Hita Karana in Bali Province 1979 to 2019. *Journal of Namibian Studies: History Politics Culture*. No. 34. Pp. 2317–2336. DOI: <https://doi.org/10.59670/jns.v34i.1508>

**About the authors:**

**I Wayan Agus Puspanegara**, Master of Laws, Warmadewa University Postgraduate Program, Denpasar-Bali, Indonesia

e-mail: [agus.papik@gmail.com](mailto:agus.papik@gmail.com)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-4634-8970>

**Ni Made Jaya Senastri**, Associate Professor, Warmadewa University Postgraduate Program, Denpasar-Bali, Indonesia

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4234-0217>

**I Nyoman Alit Puspadma**, Associate Professor, Master of Laws, Warmadewa University Postgraduate Program, Denpasar-Bali, Indonesia

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6643-9903>

## Пьер Шлаг. Классическая наука и постмодернизм: введение в дискурс

Самохина Е. Г.<sup>1,\*</sup>, Хмелевский А. М.<sup>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург, Российская Федерация)

\* e-mail: esamokhina@hse.ru,

\*\* e-mail: amkhmelevskiy@edu.hse.ru

### *Аннотация*

В данной работе авторы предпринимают попытку проследить, какое влияние оказал постмодернизм на теорию права. Поскольку имплементация постмодернистской методологии в правовую науку в наиболее серьезном виде произошла в США, основной акцент в своем анализе авторы делают на американской правовой мысли. Авторы рассматривают то, как основные «программные» положения постмодернизма нашли отражение в правовой теории: текстуальность мира, свобода от великих рассказов, смерть субъекта и т. д. Авторы подчеркивают, что если с точки зрения онтологии постмодернизм не смог подарить праву какую-то новую теорию, объясняющую его бытие, то в плане аксиологии и эпистемологии это направление всё же обогатило юриспруденцию. Представляется, что наиболее яркое свое развитие постмодернизм получил в рамках школы критических правовых исследований и получил отражение в работах Д. Кеннеди и П. Шлага.

*Ключевые слова:* постмодернизм в праве, школа критических правовых исследований, ШКПИ, Пьер Шлаг.

*Для цитирования:* Самохина Е. Г., Хмелевский А. М. Пьер Шлаг. Классическая наука и постмодернизм: введение в дискурс // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 3 (21). С. 23–35. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-23-35. EDN: QPYRSC

## Pierre Shlag. The Science of Law and Postmodernism: Introduction to Discourse

Ekaterina G. Samokhina<sup>1,\*</sup>, Andrey M. Khmelevsky<sup>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg, Russian Federation)

\* e-mail: esamokhina@hse.ru,

\*\* e-mail: amkhmelevskiy@edu.hse.ru

### *Abstract*

In this paper, the authors attempt to examine the impact postmodernism has had on the theory of law. Since the implementation of postmodern methodology in legal science in its most serious form occurred in the United States, the authors place the main emphasis in their analysis on American legal thought. The authors consider how the main provisions of postmodernism are reflected in legal theory: the textuality of the world; freedom from grand narratives; death of the subject, etc. The authors emphasize that if from the point of view of ontology, postmodernism was not able to give law some new theory that explains its essence; in terms of axiology and epistemology, it nevertheless enriched jurisprudence. It

seems that postmodernism received its most striking development within the framework of the school of critical legal studies and was reflected in the works of D. Kennedy and P. Schlag.

*Keywords:* postmodernism in law, critical legal studies, CLS, Pierre Schlag.

*For citation:* Samokhina, E. G., Khmelevsky, A. M. (2024) Pierre Shlag. The Science of Law and Postmodernism: Introduction to Discourse. *Theoretical and Applied Law*. No. 3 (21). Pp. 23–35 (In Russ.). DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-23-35

Философы-постмодернисты коренным образом изменили науку XX в. — предложенная ими модель понимания общества проникла сначала в социологию и философию (которой непосредственно и занимались постмодернисты), а затем со временем стала захватывать и другие науки, в том числе правовую. В отдельных сферах научного знания методология постмодернизма оказалась применимой и даже эффективной, а в некоторых (в том числе в праве) так и не получила заслуженного признания. Проблема использования методологии постмодернизма в правовой науке остается недостаточно изученной, тем не менее большинство современных правоведов уже объявили ее невозможной для применения. В данной статье мы рассмотрим, как своеобразная методология постмодернизма применяется известным американским правоведом П. Шлагом и вписывается в его видение права, а также на примере его представления о праве проследим, к каким положительным результатам приводит данная методология.

Что же философы-постмодернисты предложили науке постсовременности? Пожалуй, главным замечанием постмодернистов в отношении современного им общества было замечание о его страсти к *тотальности* и дискурсивным средствам, ее обеспечивающим, — то есть великим рассказам (метанарративам)<sup>1</sup>. Оно было непосредственно связано с разработками социальной философии XX в. и теми идеями, которые в работе «Состояние постмодерна»<sup>2</sup> предложил Ж.-Ф. Лиотар.

Логика Ж.-Ф. Лиотара была проста: описанная им система метанарративов в обществе постсовременности уже не могла быть пригодной для того, чтобы позволять властным субъектам контролировать процессы, протекающие в обществе. Вернее, задача поддержки властного дискурса выполнялась метанарративами всегда успешно, однако, по мысли постмодернистов, общество, в лице его отдельных членов, живущих свои отдельные жизни, находилось уже в состоянии достаточной зрелости, чтобы не следовать за чьей-то волей. Метанарративы как универсальные языковые единицы устарели, уступив место так называемым микронарративам, которые отличаются от великих рассказов тем, что даже не пытаются притязать на универсальность, но вместо того являются отображением локальных ценностных дискурсов. Соответственные изменения произошли и в дискурсе легитимации: практики легитимации перестали быть такими жесткими, и наметился возврат к многообразию их форм<sup>3</sup>.

Для методологии постмодернизма (в частности, для исследований Ж.-Ф. Лиотара, М. Фуко, Ф. Гваттари, Ж. Делёза) характерно острое и критическое восприятие института власти как создающего бинарные оппозиции и не отвечающего современным ценностям общественного дискурса. Отказ от властного дискурса, по крайней мере, стал центром программы пересмотра общества и науки в эпоху постмодерна.

В этом контексте возникают вопросы: как методология постмодернизма была учтена в юридических исследованиях, и насколько эффективным было ее использование? Как (при условии, что постмодерн критикует любых властных субъектов, любые универсальные ценности и единую легитимацию) правовая наука, центральным звеном которой является властное веление<sup>4</sup>, может продуктивно использовать постмодернистскую методологию?

Следует сказать, что большое внимание правовая наука эпохи постмодерна уделила именно вопросу текстуальности, толкования и нормативности. Проводились отдельные исследования, которые

<sup>1</sup> См.: Самохина Е. Г. Постмодернистская теория права // В кн.: В поисках теории права / науч. ред. Е. Г. Самохина, Е. Н. Тонков. СПб.: Алетея, 2021. Гл. 3. С. 59–77.

<sup>2</sup> См.: Лиотар Ж.-Ф. Состояние постмодерна / пер. с фр. Н. А. Шматко. М.: Институт экспериментальной социологии; СПб.: Алетея, 1998. 160 с.

<sup>3</sup> См. в общем: Jackson B. S. Semiotics and legal theory. London: Routledge & Kegan Paul, 1987. 373 p.

<sup>4</sup> Здесь, конечно, мы воспроизводим не собственное восприятие права, а скорее главный элемент классической (позитивистской) догматики права.



ставили целью рассмотрение текстуального и intersубъективного характера права. При этом методология постмодернистских разработок права сближала его с теорией литературы, предлагая воспринимать право как систему текстовых и языковых знаков<sup>1</sup>.

Свои рассуждения о текстуальности в праве мы начнем с анализа всем известного высказывания Ж. Деррида, которое П. Шлаг использует в качестве одного из эпиграфов к своей работе о деконструкции. “Il n’y a pas de hors-texte”<sup>2</sup> (внетекстовой реальности вообще не существует<sup>3</sup>, there is nothing outside the text<sup>4</sup>) — эта фраза Ж. Деррида, возможно, олицетворяет собой венец идей постмодернизма и постструктурализма. Хотя эта фраза известна каждому человеку, который хотя бы раз соприкасался с философией постмодернизма, восприятие вложенного в нее смысла — тема отдельной научной полемики, которая требует обращения к проблеме соотношения языка и методологии науки.

Перед переводчиком, который адаптирует философское произведение под конкретный язык, всегда стоит проблема не только лексическая (как перевести?) и грамматическая (какую структуру выбрать?), но и семантическая (как отразить смысл?)<sup>5</sup>. В контексте последнего вопроса, по иронии, высказывание Ж. Деррида не стало исключением: чем больше оно обсуждается в научном сообществе, тем больше смыслов в нем находят. Анализ смысла высказывания Ж. Деррида давно был произведен как отечественными<sup>6</sup>, так и зарубежными<sup>7</sup> учеными, и избыточным будет глубинно исследовать эту проблему в очередной раз. Однако цель данного исследования в другом — а именно в том, чтобы показать, как и почему правоведы испытали сложности в адаптации идей постмодернизма к особой системе символов и логике правовой науки.

Сразу же стоит сделать оговорку, что Ж. Деррида — философ языка; язык для него не является средством познания, он работает по собственным законам логики<sup>8</sup>. Анализировать текст Ж. Деррида с точки зрения обычного словоупотребления или языковых конвенций может быть недостаточно, поэтому для восприятия его идей необходим дополнительный философский дискурс-анализ. В этом симптоматичность любого постмодернистского метода — он основан на пластичной языковой игре<sup>9</sup>.

Но начнем с текста. Первое, что бросается в глаза в контексте работы над анализом высказывания, — его нехарактерная грамматическая структура, которая делает единственный перевод просто невозможным. Ж. Деррида заигрывает с читателем, используя гибкость французского языка для того, чтобы смысл высказывания нужно было «угадывать», улавливать в поле непривычного словоприменения. Чтобы полностью соответствовать грамматике французского языка и быть понятной любому читателю, версия оригинального высказывания могла (должна) бы звучать так: “Il n’y a rien en dehors de texte” — в таком случае приведенный перевод полностью оправдывал бы себя в качестве исчерпывающего и принимал бы форму высказывания «нет ничего вне текста»<sup>10</sup>.

Оригинальная же формулировка “Il n’y a pas de hors-texte” отражает более глубокую мысль, перевод которой на русский может быть трудно уловимым. Более того, как и предупреждал Ж. Деррида в «Письме японскому другу»<sup>11</sup>, вероятно, аутентичный перевод может требовать словообразования или

<sup>1</sup> См., напр.: *Douzinis K. Postmodern Jurisprudence: the Law of Text in the Texts of law*. London, New York: Routledge, 1991. 303 p.; *Schlag P. Normative and Nowhere to Go*. Stanford Law Review, 1990. Vol. 43. Pp. 168–192 и др.

<sup>2</sup> *Derrida J. De la Grammatologie*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1967. P. 227.

<sup>3</sup> *Деррида Ж.* О грамматологии / пер. с фр. Н. С. Автономовой. М.: Ad Marginem, 2000. С. 313.

<sup>4</sup> *Derrida J. Of grammatology* / trans. from fr. Spivak G. Ch. London: The Johns Hopkins University Press, 1997. P. 158.

<sup>5</sup> В более широком контексте под вопрос ставится необходимость отражения смысла, который вкладывал автор — в таком случае актуализируется проблематика переводческой интерпретации текста. См. об этом: *Эко У.* Сказать почти то же самое. Опыт о переводе / перев. с итал. А. Н. Ковалева. СПб.: Симпозиум, 2006. 574 с. *Автономова Н. С.* Познание и перевод. Опыт философии языка. М.: РОССПЭН, 2008. 736 с.

<sup>6</sup> Например, целый ряд аналитических работ Н. С. Автономовой — переводчицы опусов Деррида на русский язык: *Автономова Н. С.* Познание и перевод. Опыт философии языка; *Автономова Н. С.* Философский язык Жака Деррида. М.: РОССПЭН, 2011. 510 с. и др.

<sup>7</sup> Например, ряд аналитических работ Г. Ч. Спивак — переводчицы опусов Деррида на английский язык. Главный из них: *Spivak G. Ch.* Translator’s Preface // in book: *Derrida J.* / trans. from fr. G. Ch. Spivak. London: Johns Hopkins University Press. Pp. 8–73.

<sup>8</sup> *Автономова Н. С.* Философский язык Жака Деррида.

<sup>9</sup> *Feldman S. M.* Playing with the Pieces: Postmodern in the Lawyer’s Toolbox. Virginia Law Review, 1990. Vol. 85. Pp. 151–181.

<sup>10</sup> Именно такая формулировка была предложена Н. С. Автономовой при переводе Ж. Деррида.

<sup>11</sup> *Деррида Ж.* Письмо к японскому другу / перев. с фр. А. Гараджи // *Вопросы философии*. № 4, 1992; [http://www.gumer.info/bogoslov\\_Buks/Philos/Derr/pismjap.php](http://www.gumer.info/bogoslov_Buks/Philos/Derr/pismjap.php) (дата обращения: 07.06.2024).

нетипичных грамматических структур. Какие же смыслы, могущие вытекать из этого высказывания, не отражает использованный в русскоязычной версии перевод<sup>1</sup>? Сравним формулировки:

1. *En dehors de texte* — за пределами текста. Это обычно трактуется исследователями постмодернизма как «весь мир — текст», «нет ничего, кроме текста». Упускается возможность различного прочтения и понимания окружающего мира в постмодернизме<sup>2</sup> — высказывание Ж. Деррида, трактуемое в таком контексте, является самостоятельным представлением о мире («мир как текст»), исключаящим какое-либо иное понимание. Обычно такое восприятие используется философами языка, которые анализируют роль последнего в процессе познания: если за пределами текста ничего нет и весь мир является текстом, то, следовательно, нет ничего, что может быть познаваемым вне рамок языковых категорий, или нет ничего, что не предопределено языком еще до вступления объекта познания в контакт с субъектом<sup>3</sup>.

Такое понимание вряд ли может рассматриваться как справедливое — нет достаточных оснований предполагать, что Ж. Деррида рассуждал об этом. Обычно в компании с Ж. Деррида в связи с этим высказыванием указывают еще и Ролана Барта как автора идеи смерти автора, но сам Р. Барт также напрямую об этом не говорил и вряд ли имел это в виду. Тем не менее этот подход получил развитие среди постмодернистов-текстуалистов<sup>4</sup>.

2. *Hors-texte* можно интерпретировать как сочетание имени существительного с прилагательным или существительного с предлогом. Тогда это является или а) характеристикой текста, или б) характеристикой объекта высказывания по отношению к тексту.

Точный и полноценный с точки зрения семантики перевод этой фразы сложен из-за особенностей стилистики французского языка (в частности, контекстуальных отличий современного языка и его устаревшего варианта). Особенность построения предложений французского языка старого стиля здесь переплетается с семантическими расхождениями. Так, там, где старый французский использует *hors* в значении прилагательного отношения в устойчивых связях, современный французский рассматривает это слово как существительное (в таком случае перевод может выглядеть как *изнанка* или «*наружа*»). Тогда перевод с ориентировкой на старый французский выглядит так: «не существует внешнего текста (*hors-texte* = внешнего текста)», а с ориентировкой на новый — не существует внетекстового мира, то есть «не существует внешней по отношению к тексту реальности (*hors-texte* = внешнего по отношению к тексту)».

Таким образом перевод высказывания Ж. Деррида затрагивает две проблемно-философские сферы. Первая — пожалуй, самая главная — существование «внешнего текста» как такового<sup>5</sup>. В этом отношении перевод принимает следующую форму: «не существует внешнего текста»; то есть существует только тот текст, который мы в данный момент интерпретируем, то есть значение этого текста должно быть выведено только из него. Может ли такое быть? Этот вариант перевода отсылает нас к М. Хайдеггеру, который создал некоторые методологические предпосылки для формирования идей Ж. Деррида. Так, М. Хайдеггер утверждал, что логоцентризм и рациональность в рамках европейской науки должны быть оставлены из-за рудиментарности<sup>6</sup>, поскольку эти ценности являются внешними по

<sup>1</sup> Далее в рамках исследования мы сопоставляем французский оригинал высказывания и его русскоязычную адаптацию. Вероятно, сходство синтаксических и семантических структур английского и русского языков позволяет предположить, что всё сказанное далее актуально и в контексте английской адаптации — в таком случае отдельной гипотезой может стать предположение о том, что ни один из используемых в российской науке переводов не отражает семантическое многообразие высказывания, следовательно, не отвечает эстетическим требованиям при сохранении прежней методологии постмодернизма.

<sup>2</sup> Различные авторы предлагали различные понимания внешнего по отношению к субъекту мира, единства в этом вопросе у постмодернистов нет. См., напр.: Guattari F. *Chaosophy*. New York: Semiotext(e), 1995. Pp. 27–31. Ф. Гваттари вместе с Ж. Делёзом разработали концепцию «хаософии» и «постмодернистской чувствительности», описывая мир как хаос: «мир потерял свой стержень... Мир превратился в хаос».

<sup>3</sup> См., например, как концепция мира-текста выводит Хайдеггера к идее о том, что язык предопределяет познание: Гайденко П. П. Прорыв к трансцендентному: Новая онтология XX века. М.: Республика, 1997. С. 371–374.

<sup>4</sup> См., например: Эко У. *Имя розы*. М.: Книжная палата, 1989. Профессор Умберто Эко использовал идеи Деррида, акцентировав внимание на слове как на главном герое своего романа. См. также разработки У. Эко, касающиеся семиотики, напр.: Эко У. *Роль читателя*. Исследования по семиотике текста / пер. с англ. и итал. С. Серебряного. СПб.: Симпозиум, 2007. 502 с.

<sup>5</sup> Здесь и далее мы используем словосочетание «внешний текст» как альтернативу словосочетанию *hors-texte*.

<sup>6</sup> Они приводят к рассмотрению человека как рационального животного, игнорируют уникальность и индивидуальность. См. об этом: Хайдеггер М. *Что такое метафизика?* М.: Академический проект, 2013. С. 53.

отношению к тексту<sup>1</sup>. Читатель (любой другой познающий субъект или субъект, взаимодействующий с текстом в целом), таким образом, может находиться лишь внутри текста и играть лишь по его правилам, не прибегая к формам, находящимся вовне.

По мере того как деконструкция перешла от литературной критики к теории права, изменился контекст, равно как проблемы и их важность. Постмодернизм интересуется не столько вопросом, как интерпретировать текст, сколько сама легитимность юридического дискурса как «механизма власти, замаскированного под стремление к истолкованию истины». Таким образом, проект деконструктивистской критики состоит в том, чтобы бросить вызов легитимности права вообще как средства создания юридической истины. Эта позиция, в свою очередь, представляет собой разновидность социального конструктивизма, в котором язык не понимается как отражение какой-то внедискурсивной реальности, но язык и порожаемые им понимания и значения являются реальностью социального бытия. По справедливому замечанию А. Ханта, «радикальный надрыв постмодернистской интервенции заключается не в ее интерпретационной стратегии или деконструктивистском методе, а скорее в стремлении показать, как напряженность и противоречия в судебных текстах отражают динамику власти и доминирующих интересов»<sup>2</sup>. Кроме того, постмодернизм вносит важную новеллу и в теорию толкования права, ведь суть постмодернистской теории интерпретации заключается в том, что она отрицает любую возможность сравнения, противопоставления, оценки или интерпретации правового дискурса посредством ссылки на некую внедискурсивную реальность. Насколько постмодернизму удастся следовать намеченному плану — другой вопрос, который ставит перед нами проблемы субъекта.

Итак, вторая затронутая проблематика — соотношение познающего субъекта и объекта познания. Если перевод искомой фразы принимает форму «не существует внешней по отношению к тексту реальности», тогда познающий субъект также лишен возможности находиться вне текста, что приводит читателя к тезису субъект-объектного единства.

Этот вариант отчасти отсылает читателя к идеям Р. Барта о смерти автора<sup>3</sup>, согласно которой «когда скоро Автор устранен, то совершенно напрасным становятся и всякие притязания на “расшифровку” текста. Присвоить тексту Автора — это значит, как бы, застопорить текст, наделить его окончательным значением, замкнуть письмо»<sup>4</sup>. Эта идея подхватывается современными исследователями постмодернизма, которые еще более ее утрируют, подчеркивая, что постмодернистски понятый текст не предполагает наличия внешней по отношению к нему (вневербальной) причины, ибо он есть не что иное, как переходящее состояние самодостаточной процессуальности письма<sup>5</sup>. В этом контексте высказывание может означать *смерть субъекта*, анализирующего текст, ведь если нет ничего за пределами текста, значит, субъект и есть текст.

Но кто в праве эпохи постмодерна может называться субъектом? Первый и самый очевидный субъект — тот, который непосредственно работает над текстом. В праве это может быть судья, адвокаты, отдельные клерки юридических компаний.

Но есть и иной субъект — менее очевидный. Анализируя языковые грамматические структуры, можно заметить существование в большинстве привычных для нас языковых структур примысленного субъекта: *it is raining* в английской грамматической структуре, *il pleuvait* — во французской (дословно: «дождит»). Также в целом обезличенная французская конструкция *il y a* (или английская *there is*), использованная в том числе в высказывании Ж. Деррида. Все эти структуры отсылают нас к субъекту, которого на самом деле нет — в привычном представлении такие структуры берутся из ранних этапов

<sup>1</sup> См. в общем: Хайдеггер М. Исток художественного творения. М.: Академический проект, 2008. 528 с.

<sup>2</sup> Hunt A. The Big Fear: Law Confronts Postmodernism. McGill Law Journal. 1990. Vol. 35. No. 3. P. 514.

<sup>3</sup> Ж. Деррида анализировал идеи Р. Барта, в том числе и критически. Результатом такого критического анализа стала всеобъемлющая разработка идеи посттекстуализма. См.: Derrida J. The Deaths of Roland Barthes. Philosophy and Non-Philosophy Since Merleau-Ponty. New York: Routledge, 1988.

<sup>4</sup> Барт Р. Избранные работы: Семиотика. Поэтика. М., 1994. С. 384–391. URL: <https://opentextn.ru/wp-content/uploads/bart-smert-avtora.pdf?ysclid=lx4w48hr9b690427541> (дата обращения: 07.06.2024).

<sup>5</sup> Постмодернизм. Энциклопедия / сост. и науч. ред. А. А. Грицанов, М. А. Можейко. Минск: Интерпрессервис; Книжный Дом, 2001. С. 36.

формирования языковой идентичности и относятся к божественным сущностям<sup>1</sup>. По аналогии в правовой науке примысленным субъектом всегда является законодатель, который подразумевается в процессе толкования правового текста. Из такого восприятия законодателя в качестве субъекта при интерпретации возникают различные доктрины телеологического толкования или толкования, основанного на воле законодателя<sup>2</sup>, которые в эпоху постмодерна сталкиваются с неразрешимым противоречием: как толковать волю субъекта, которого нет, то есть который, в терминологии Р. Барта, мертв?

К сожалению, при попытке адаптировать идеи постмодернистов к особой логике правовой системы современная правовая мысль не смогла проявить гибкость, которой требует чтение «классики» постмодернизма. Кроме того, она никак не могла отказаться от логоцентризма<sup>3</sup>.

Но что более важно — в правовой науке не произошло лингвистического переворота, необходимого пререквизита к формированию постмодернистского восприятия. Попросту говоря, люди, причастные к праву (занимающиеся как официальным, так и неофициальным толкованием), просто не осознали важность языковых игр для научных и практических разработок<sup>4</sup>. Естественно, субъекты, не имеющие навыка к восприятию языковых игр в качестве хотя бы одного из элементов научного познания, не могут в полной мере применять деконструкцию к исследуемым социальным явлениям. В то же время, по оценке Ж.-Ф. Лиотара, постмодернизм «избрал языковые игры в качестве своей общей методологической установки»<sup>5</sup> — непринятие такого метода делает невозможным постмодернизм.

Эти факторы не позволили полноценно адаптировать методологию социальной философии постмодерна к праву. Вместе с тем американская правовая мысль предприняла серьезную попытку для имплементации постмодернистских идей в правовую науку, хотя, как представляется, построить новую правовую теорию, соответствующую постмодернистской парадигме, ей не удалось. Американская философско-правовая мысль перевела интересующий нас отрывок как “there is nothing outside the text” — нет ничего вне текста. В этот момент мы должны были бы представить, что американской правовой науке удалось достичь редкого состояния тождества объекта и субъекта, которое доступно не каждому тибетскому йогину.

Но наше замешательство тут же рассеивает профессор П. Шлаг: “le hors de texte, c’est moi”<sup>6</sup> — *за пределами текста — я*. И здесь мы понимаем, что приближение к постмодернизму в американской философии права делалось в границах классической научной парадигмы — той, в которой субъект не только не погружен в объект, но даже далек от его дискурсивных форм. Право в таком прочтении в качестве объекта можно сравнить с червивым яблоком, где червем является интерпретирующий субъект — он находится внутри яблока, но при этом живет своей жизнью, отделен от яблока, а также не может осознавать до конца действия, которые совершает<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> В восточной культуре, сохранившей глубокую связь с религией, это божественное присутствие, обнаруживаемое во всем, очень ощутимо. Например, считается, что звук человеческого дыхания воспроизводит мантру «Со Хам», означающую «Я есть То (Абсолют)». В русском языке, на уровне базовых структур, тоже сохраняется эта связь с божественным, поэтому примысленный субъект находится не снаружи, а внутри самого человека. Например, «меня клонит в сон», «меня знобит», «меня тошнит» и т. д. — всё это указывает на присутствие некоего начала в человеке, не сводимого к его физической природе.

<sup>2</sup> Хук ван М. Право как коммуникация / пер. с англ. М. В. Антонова и А. В. Полякова. СПб.: Издательский дом СПбГУ, ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. С. 199–200.

<sup>3</sup> Здесь мы используем слово «логоцентризм» двойственно: с одной стороны, в качестве констатации определенного методологического состояния парадигмы правовой науки, с другой — как критическое высказывание Ж. Деррида в отношении аксиологии западной философии, которое действует и в отношении правовой системы.

<sup>4</sup> См. о важности языковых игр в дискурсе разработок Витгенштейна и Апеля: Витгенштейн Л. Философские работы. Часть I. Пер. с нем. / составл., вступ. статья, примеч. М. С. Козловой, пер. с нем. М. С. Козловой и Ю. А. Асеева. М.: Гнозис, 1994. 612 с.; Апель К. Трансформация философии / пер. с нем. В. Куренного, Б. Скуратова. М.: Логос, 2001. 344 с. Витгенштейн предполагает, что выход за пределы языковых игр означает выход за пределы исследуемого объекта, в то время как Апель полагает, что внеязыковое познание в целом не отвечает современной науке.

<sup>5</sup> Цит. по: Постмодернизм. Энциклопедия / сост. и науч. ред. А. А. Грицанов, М. А. Можейко. Минск: Интерпрессервис; Книжный дом, 2001. С. 1023.

<sup>6</sup> Этот ответ — результат разработок философии права Пьера Шлага. Хотя такой тезис был использован в рамках особой методологии — рассмотрения права с позиций эстетических измерений (также называемой самим Шлагом как «юриспруденция форм») — он является результатом критического анализа самой возможности применения идей Деррида к праву. Schlag P. Le Hors de Texte, C’est Moi: The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction. *Cardozo Law Review*, 1990. Vol. XI. Pp. 1631–1674. Дальнейшее развитие этой критики будет представлено далее в рамках нашего исследования.

<sup>7</sup> Как отмечают некоторые отечественные ученые (в особенности в области философии права), классификация парадигм научного мышления в науке не имеет конвенционального терминологического аппарата — ученые просто используют разные термины. Мы исходим из ординарного представления о научных парадигмах, предложенного академиком Стéпиным (классическая, постклассическая, постнеклассическая парадигмы). См.: Степин В. С. Философия науки. Общие проблемы: учебник для аспирантов и соискателей ученой степени кандидата наук. М.: Гардарики, 2006. 384 с.

Для иллюстрации своей позиции по поводу соотношения американского исследователя права и исследуемого им объекта П. Шлаг использует еще одно устойчивое выражение французской правовой мысли, но на сей раз классической. *L'état, c'est moi* («Государство — это я») — возможно, одна из самых хрестоматийных моделей восприятия государства в классической правовой науке, отождествляющая суверена с государством (как следствие — и с правом). Деконструкция как новый метод для изучения права, при всем своем научном потенциале, остается бессильной тогда, когда ученый применяет ее, находясь вне объекта исследования. Но здесь мы видим совершенно иную картину: полное отождествление себя с объектом, то есть с государством и правом. Проблема только в том, что такое отождествление может позволить себе только властный субъект, и, следовательно, только он будет являться надлежащим исследователем и интерпретатором права, потому что только он находится «внутри текста».

Интеллектуальным обязательством ученого-постмодерниста является частичное отождествление себя с объектом изучения. Как минимум деконструкция недопустима тогда, когда не соблюдаются внутренние логические требования постнеклассической научной парадигмы<sup>1</sup>. Но правовая реальность разнообразна — хорошо, если речь идет об условном применении деконструкции к источнику права (к тексту на материальном носителе — к закону), но если деконструировать само право, правоотношения, правомочие, обязанность и другие доктринальные конструкции, то субъект не может находиться вовне.

Американская правовая мысль осталась недовольна теми результатами, которые дало применение деконструкции в области права, хотя пыталась применить ее к правовым текстам в узком смысле<sup>2</sup>. Исследователь-юрист находится вне этих текстов, понимаемых как формы объективации права<sup>3</sup>. Он использует деконструкцию как метод работы с текстами, при этом сам являясь авторитетным субъектом, экспертом, специально обученным для работы с текстом как с частью оторванной от себя реальности.

Здесь мы видим разрыв между «требованиями» постмодернизма и тем, что реально могла предложить консервативная правовая наука. Для постмодернизма смысл текста — это смысл, данный ему субъектом-интерпретатором, это выражение его индивидуальности. Но такой субъект находится за пределами текста. К примеру, сам по себе текст права ничего не значит, он ждет, когда над ним начнет работать авторитетный субъект, юрист, который применит к нему деконструкцию, — то есть субъект в данном случае должен решать, как ее применять, когда начать, когда закончить, и не подставляет себя в качестве части объекта под действие деконструкции<sup>4</sup>.

Если же только авторитетный субъект может наделять смыслом правовой текст (что более соответствует классической правовой мысли, в том числе американской), то получается, что все остальные субъекты не имеют такой компетенции. Вопрос: не возвращает ли это нас опять к классическим бинарным оппозициям, разбить которые призвана деконструкция? С одной стороны, существует свободный, авторитетный, компетентный толкователь-юрист, владеющий методом — деконструкцией, а с другой — несвободный, незнающий обыватель, находящийся, таким образом, во власти первого. Для первого субъекта правовой текст будет выступать как поле для применения своего компетентного вмешательства, а для последнего — как объективная данность. И такое положение дел возвращает нас к *великим рассказам* Ж.-Ф. Лиотара, потому что невозможно будет избавиться от влияния *великих рассказов* классического, централизованного субъекта, наследника рационалистической философии, ведь правовые тексты будут работать на него.

<sup>1</sup> Как отмечает профессор А. В. Поляков, отождествление постмодернизма и постнеклассической научной парадигмы является частой ошибкой среди исследователей. Тем не менее деконструкция как метод, предложенный постмодернистами, может осуществляться только в контексте постнеклассической научной рациональности. Поляков А. В. Постклассическая юриспруденция, эволюционная теория и нейронаука // В кн.: Постклассические исследования права: перспективы научно-практической программы / под ред. И. И. Осветимской, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2023. Гл. 2. С. 50.

<sup>2</sup> Стоит отметить, что попытка сделать деконструкцию методом характерна и для отечественной науки. Так, Г. Л. Тульчинский говорит о тупиках постмодернизма... в его «деконструктивистской методологии». Тульчинский Г. Л. Возможное как сущее // В кн.: Эпштейн М. Н. Философия возможного. СПб.: Алетейя, 2001. С. 7.

<sup>3</sup> См. на эту тему из последнего: Фролова Е. А., Лесив Б. В. Источники и формы права: современный взгляд на основные теоретические положения // Право. Журнал Высшей школы экономики, 2024. Т. 17. № 1. С. 4–39.

<sup>4</sup> Schlag P. Le Hors de Texte, C'est Moi: The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction.

Стоит отметить, что, в частности, американские правоведы после наблюдения долгих попыток совмещения субъекта и объекта приходят к выводу о том, что их разделение является «застывшим» или фиксированным, и их конкретное застывшее отношение транслируется через определенный подход к праву. Например, как пишет П. Шлаг, классическая доктрина верховенства права делает попытку поместить смысл права в доктрины, правила и принципы, а субъекта рассматривает лишь как нечто, нуждающееся в ограничении и урегулировании посредством этих доктрин и правил. Школа критических правовых исследований же, по мысли ученого, хочет видеть себя освобождающей индивидуального субъекта от «реифицированных мыслительных конструкций и овеществленных социальных ролей», однако сама по себе эта субъект-объектная структура является заложницей классической юридической доктрины (получившей отражение, в частности, в доктрине верховенства права), и даже если поменять полюса и акценты, то сам принцип разделения одного и другого не изменится. Существуют разные примеры этого соотношения, но, учитывая различные перекосы — то в одну, то в другую сторону, — субъекту и объекту так и не удалось полностью объединиться<sup>1</sup>.

Данная проблема берет начало от «ортодоксального» формализма К. К. Лэнгдэлла и, несмотря на заявления о том, что юриспруденция с тех пор ушла далеко вперед, по сей день имеет с ним глубокую связь. По словам самого К. К. Лэнгдэлла, он «старался внести свой вклад в то, чтобы преподавание и изучение права [в Гарварде] было достойно университета. Для достижения этих целей... было необходимо закрепить по крайней мере две вещи: во-первых, что право — это наука; во-вторых, что все доступные материалы этой науки содержатся в печатной книге»<sup>2</sup>. Это означает, что на самом высоком уровне, на уровне правовой науки, создается право, полностью отделенное от своего создателя и от тех людей, которые его будут изучать и применять на практике, — право, напечатанное в книге. Это приводит, по мнению П. Шлага, к довольно необычному явлению, которое он называет «политика формы». Речь идет о процессе, когда не сам автономный индивидуальный субъект создает право, правовые теории и эстетику, но, наоборот, заложенные «в книгах» доктрины, устойчивые формы права, *формируют* субъекта и его юридическое мышление и эстетику. В результате субъект, о котором говорят все правовые теории, на протяжении многих десятилетий не меняется, он остается верен прежним, устоявшимся со времен формализма ценностям, правовой эстетике и риторике, несмотря на изменения социального контекста<sup>3</sup>. Возможно ли в таких условиях применение постмодернистской методологии к праву? Представляется, что скорее нет, хотя американская правовая мысль очень восприимчива и открыта ко всему новому, и такое заигрывание с постмодернизмом было бесполезным.

Стоит согласиться с мнением профессора А. Ханта, что постмодернизм заявил о своем присутствии в юридических исследованиях на двух разных, но взаимосвязанных уровнях. Более непосредственный и очевидный уровень, который демонстрировал прямую связь с теорией литературы, был озабочен текстуальностью права; но был еще и более общий уровень, который бросал вызов философским и эпистемологическим основам теории права, связанным с наследием эпохи Просвещения. По распространенному в научной литературе мнению, в рамках юридической науки вопросы, поставленные постмодернизмом, оказали наибольшее влияние на критические юридические исследования (ШКПИ).

Принято считать, что своеобразная «официальная» эра постмодернизма в американском праве вообще и в ШКПИ в частности началась с работы Питера Гэйбла и Дункана Кеннеди “Roll Over Beethoven” (1984). Именно в этом тексте Д. Кеннеди заявляет об отказе от возможности теоретического проекта ШКПИ и самой «возможности теории». В этой работе «проект ШКПИ» описывается как альтернатива гранд-теории (*grand theory*) и включает в себя: отказ от рационалистической философии; от «привилегированных» концепций; критику абстрактных конструкций как противоположных реальности; повышение ценности опыта и минимализм. Что поразительно в замечаниях Д. Кеннеди, так это предположение о том, что проблем, которые, как предполагается, преследуют «теорию» и «абстракцию», можно так

<sup>1</sup> См.: *Schlag P. The Problem of the Subject. Texas Law Review, 1991. Vol. 69. P. 1731.*

<sup>2</sup> *Harvard College: a Record of the Commemoration, November 5th to 8th, 1886, on the hundred and fiftieth Anniversary of the Founding. Professor Langdell's Address. Pp. 84–86.*

<sup>3</sup> *Schlag P. The Problem of the Subject. Pp. 1741–1743.*

легко избежать, если заменить их более простыми. Например, вместо сложных абстракций, обозначающих совместное взаимодействие, говорить «заставить чайник кипеть» (“make the kettle boil”). Это часть неоспоримого предположения, что взаимодействие с опытом повседневной жизни или сопутствующим ему здравым смыслом обеспечивает прямой и непосредственный доступ к реальности<sup>1</sup>.

Как позже писал П. Гейбл, метафора кипящего чайника не отсылала ни к реформе, ни к революции; кипящая вода означала результат движения социально отделенных друг от друга атомов к новому взаимодействию и взаимному признанию, которое позволит движущей силе системы приобрести форму и сгенерировать пар (по словам П. Гейбла, «пар, идущий от людей, любящих друг друга»<sup>2</sup>). Именно вызывание к жизни такого процесса взаимодействующих между собой атомов внутри социального организма и есть смысл и цель правовой теории и права вообще.

Будучи одним из представителей школы критических правовых исследований, профессор П. Шлаг занимается анализом правовых явлений и понятий, особенно в контексте конституционного права. В рамках постмодернистского переосмысления правовой системы П. Шлаг сместил фокус с привычного этического (характерного для классической метафизики, а также почти любой категории, которую традиционно считают философско-правовой: справедливость, равенство и др.) рассмотрения права на эстетическое<sup>3</sup>.

Одна из главных заслуг профессора Шлага — разработка постмодернистских исследований в праве, в которых привычные для мышления любого юриста правовые категории анализируются с критической точки зрения<sup>4</sup>. Базовыми посылками при этом является предположение о власти целого (правовой системы) над частным (локальными полями правовой системы), а также идея о недопустимости необоснованного упрощения права<sup>5</sup>.

Эти идеи на основании постнеклассической правовой методологии и развиваются профессором на примере дихотомии формализма и реализма — по заявлению П. Шлага, одного из самых древних споров в праве, которые произрастают из самой его природы.

При прочтении исследования, посвященного данной проблеме, можно обратить внимание на саму структуру постановки вопроса: П. Шлаг не пытается дать конечное определение ни формализму, ни реализму, но вместо этого вначале определяет их характерные черты, выстраивая привычную для правового мышления бинарную оппозицию — формализм (в качестве властвующего как номинально, так и реально) и реализм (в качестве зависимого от формализма как предшествующей архитектуры права). Можно обратить внимание на то, как П. Шлаг успешно деконструирует формализм — господствующую в американском праве концепцию правовой системы как последовательной, логичной и стойкой совокупности нормативных предписаний. Такое описание права было предложено К. К. Лэнгдэллом, и деконструкция его идей — решительный и резкий шаг для всей истории права.

Так, на примере деконструкции идей классических правоведов и, следовательно, на основании предложения о пересмотре традиционного правового нарратива П. Шлаг фактически и реализует позитивную программу постмодернизма в праве. Путем критических приемов он возвращает право в то эстетическое состояние, которое позволяет разорвать строгое этическое восприятие права. И — как бы отвечая идее М. Фуко об эстетике существования — путем реконструкции возвращает праву его нормативность.

Впоследствии в процессе работы над локализованными полями спора П. Шлаг наглядно иллюстрирует герменевтическую проблему права эпохи постмодерна: на примере реальных судебных дел, посвященных одной и той же проблеме, он доказывает, что зачастую право предопределяется языковыми

<sup>1</sup> См.: *Gabel P., Kennedy D.* Roll Over Beethoven. *Stanford Law Review*, 1984. Vol. 36, No. 1. Pp. 1–55.

<sup>2</sup> *Gabel P.* The Desire for Mutual Recognition: Social Movements and the Dissolution of the False Self. Routledge, 2018. URL: [https://books.google.ru/books?id=w8hHDwAAQBAJ&pg=PT10&hl=ru&source=gbs\\_selected\\_pages&cad=1#v=onepage&q&f=false](https://books.google.ru/books?id=w8hHDwAAQBAJ&pg=PT10&hl=ru&source=gbs_selected_pages&cad=1#v=onepage&q&f=false) (дата обращения: 07.06.2024).

<sup>3</sup> Мы не будем описывать данную заслугу Пьера Шлага здесь в подробностях. Для описания концепции эстетики права см.: *Шлаг П.* Эстетики американского права / пер. Е. Г. Самохина. Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 112–180. Также см.: *Douzinis K.* Postmodern Jurisprudence: the Law of Text in the Texts of law. Pp. 55–74.

<sup>4</sup> *Feldman S. M.* Playing with the Pieces: Postmodernism in the Lawyer’s Toolbox.

<sup>5</sup> См. об этом: *Schlag P.* The Problem of the Subject. *Texas Law Review*, 1991. No. 69; *Schlag P.* Normativity and the Politics of Form. *University of Pennsylvania Law Review*, 1991. No. 139. Pp. 804–932.

играми — тем, какое понимание права заложено в нас изначально, а также как мы на подсознательном уровне воспринимаем роль права. Кроме того, он иллюстрирует проблему подмены предмета интерпретации — заявляя, что в праве интерпретируются не законы, а скорее факты. Данное представление можно дополнить: судья ординарного суда как субъект интерпретации толкует не законы и даже не фактические обстоятельства, а толкование фактических обстоятельств сторонами спора.

П. Шлаг предполагает: подобно мифу об Эхо и Нарциссе, властный уполномоченный на интерпретацию правовых текстов субъект в правовом тексте видит лишь то, что заранее предопределено его культурным кодом — в том числе установками о праве. Правовой текст же, выступая в качестве Нарцисса, является полностью объективированным и не может вступить в коммуникацию с интерпретатором. В другом, более радикальном смысле судье недоступна даже онтология: как было сказано, он интерпретирует не текст и не факты, а интерпретацию последних сторонами судебного разбирательства.

Пожалуй, завершить предисловие следует иронией — характерным приемом постмодернистских исследований права. Анализируя необходимость деконструкции правовых явлений, П. Шлаг заявляет: как законники, мы должны вернуть себе чуточку контроля над ситуацией. Вероятно, так в характерной для себя манере через заигрывание с языковыми структурами Шлаг саркастически высмеивает тех, кто отрицает постмодернизм в праве. Слово *agency* в английском языке означает не только «власть», но еще и «воля». В таком случае можно предположить такую трактовку выражения П. Шлага: постмодернизм и критические методы исследования в праве возвращают субъекту власть и волю — освобождают его от плена языковых игр и нарративов.

В таком случае постмодернизм, по общему мнению, не воспринятый правовой наукой, не повлиял на право в онтологическом смысле — не смог объяснить на языке своих ценностей и идей, что такое право и каким оно должно быть. Однако он предложил правовым исследованиям методологию нового времени, которая может быть полезной для правовой науки (что на примере своих исследований демонстрирует профессор П. Шлаг). Возможно, постмодернизм просто остался не понят?

## Литература

1. Автономова Н. С. Познание и перевод. Опыты философии языка. М.; СПб.: Центр гуманитарных инициатив, 2017. 736 с.
2. Автономова Н. С. Философский язык Жака Деррида. М.: РОССПЭН, 2011. 510 с.
3. Апель К. Трансформация философии / пер. с нем. В. Куренного, Б. Скуратова. М.: Логос, 2001. 344 с.
4. Барт Р. Избранные работы: Семиотика. Поэтика. М., 1994. С. 384–391. URL: <https://opentextnn.ru/wp-content/uploads/bart-smert-avtora.pdf?ysclid=lx4w48hr9b690427541> (дата обращения: 07.06.2024).
5. Беляев А. П. Отправляясь почтой: японское обещание Жака Деррида / А. П. Беляев, Я. Г. Янпольская // Вопросы философии. 2020. № 2. С. 145–157. DOI: 10.21146/0042-8744-2020-2-145-157. EDN: ZKOOOE
6. В поисках теории права / науч. ред. Е. Г. Самохина, Е. Н. Тонков. СПб.: Алетейя, 2021. 286 с. EDN: ERQULE
7. Витгенштейн Л. Философские работы. Часть I / Составл., вступ. статья, примеч. М. С. Козловой, пер. с нем. М. С. Козловой и Ю. А. Асеева. М.: Гнозис, 1994. 612 с.
8. Гайденко П. П. Прорыв к трансцендентному: новая онтология XX века. М.: Республика, 1997. 495 с.
9. Деррида Ж. О грамматологии / пер. с фр. Н. С. Автономовой. М.: Ad Marginem, 2000. 511 с.
10. Лиотар Ж.-Ф. Состояние постмодерна / пер. с фр. Н. А. Шматко. М.: Институт экспериментальной социологии; СПб.: Алетейя, 1998. 160 с.
11. Постклассические исследования права: перспективы научно-практической программы / под ред. И. И. Осветимской, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2023. 498 с.
12. Постмодернизм. Энциклопедия / Сост. и науч. ред. А. А. Грицанов, М. А. Можейко. Минск: Интерпрессервис; Книжный дом, 2001. 1040 с.
13. Степин В. С. Философия науки. Общие проблемы: учебник для аспирантов и соискателей ученой степени кандидата наук. М.: Гардарики, 2006. 384 с.



14. Фролова Е. А. Источники и формы права: современный взгляд на основные теоретические положения / Е. А. Фролова, Б. В. Лесив // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. № 1. С. 4–39. DOI: 10.17323/2072-8166.2024.1.4.39. EDN: IKMSOO
15. Хайдеггер М. Исток художественного творения / пер. с нем. А. В. Михайлова. М.: Академический проект, 2008. 528 с.
16. Хайдеггер М. Что такое метафизика? / пер. с нем. В. В. Библихина. М.: Академический проект, 2013. 288 с.
17. Хук ван М. Право как коммуникация / пер. с англ. М. В. Антонова и А. В. Полякова. СПб.: Издательский дом СПбГУ, ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. 287 с.
18. Шлаг П. Эстетики американского права / пер. Е. Г. Самохиной. Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 112–180.
19. Эко У. Имя розы. М.: Книжная палата, 1989. 469 с.
20. Эко У. Роль читателя. Исследования по семиотике текста / пер. с англ. и итал. С. Серебряного. СПб.: Симпозиум, 2007. 502 с.
21. Эко У. Сказать почти то же самое. Опыт о переводе / пер. с итал. А. Н. Коваля. СПб.: Симпозиум, 2006. 574 с.
22. Эпштейн М. Н. Философия возможного. СПб.: Алетейя, 2001. 334 с.
23. Derrida J. (1967) *De la Grammatologie*. Paris: Les Éditions de Minuit. 360 p.
24. Derrida J. (1997) *Of grammatology* / trans. from fr. G. Ch. Spivak. London: The Johns Hopkins University Press. 354 p.
25. Douzinas K. (1991) *Postmodern Jurisprudence: the Law of Text in the Texts of law*. London, New York: Routledge. 303 p.
26. Feldman S. M. (1990) *Playing with the Pieces: Postmodern in the Lawyer's Toolbox*. *Virginia Law Review*. Vol. 85. Pp. 151–181.
27. Gabel P. (2018) *The Desire for Mutual Recognition: Social Movements and the Dissolution of the False Self*. Routledge. URL: [https://books.google.ru/books?id=w8hHDwAAQBAJ&pg=PT10&hl=ru&source=gs\\_selected\\_pages&cad=1#v=onepage&q&f=false](https://books.google.ru/books?id=w8hHDwAAQBAJ&pg=PT10&hl=ru&source=gs_selected_pages&cad=1#v=onepage&q&f=false) (дата обращения: 07.06.2024).
28. Gabel P., Kennedy D. (1984) *Roll Over Beethoven*. *Stanford Law Review*. Vol. 36. No. 1. Pp. 1–55.
29. Guattari F. (1995) *Chaosophy*. *New York: Semiotext(e)*. 252 p.
30. Langdell K. (1887) *Professor Langdell Address*. In: *A Record of the Commemoration, November 5th to 8th, 1886, on the two hundred and fiftieth Anniversary of the Founding of Harvard College*. Cambridge, N. E.: John Wilson and Son. Pp. 84–86.
31. Hunt A. (1990) *The Big Fear: Law Confronts Postmodernism*. *McGill Law Journal*. Vol. 35. No. 3. Pp. 507–540.
32. Jackson B. S. (1987) *Semiotics and legal theory*. London: Routledge & Kegan Paul. 373 p.
33. Schlag P. (1990) *Le Hors de Texte, C'est Moi: The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction*. *Cardozo Law Review*. Vol. XI. Pp. 1631–1674.
34. Schlag P. (1990) *Normative and Nowhere to Go*. *Stanford Law Review*. Vol. 43. Pp. 168–192.
35. Schlag P. (1991) *Normativity and the Politics of Form*. *University of Pennsylvania Law Review*. No. 139. Pp. 804–932.
36. Schlag P. (1991) *The Problem of the Subject*. *Texas Law Review*. Vol. 69. Pp. 1627–1743.
37. Silverman H. J. (1988) *Philosophy and Non-philosophy Since Merleau-Ponty*. New York: Routledge. 372 p.

## Об авторах:

**Самохина Екатерина Геннадьевна**, доцент кафедры теории и истории права и государства Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург, Российская Федерация), кандидат юридических наук  
e-mail: esamokhina@hse.ru

**Хмелевский Андрей Максимович**, обучающийся Санкт-Петербургского юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург, Российская Федерация); исследователь Научно-учебной группы «Государство, церковь и право»  
e-mail: amkhmelevskiy@edu.hse.ru

## References

1. Avtonomova, N. S. (2017) Cognition and translation. Experiments in the philosophy of language. *Center for humanitarian initiatives*. 736 p.
2. Avtonomova, N. S. (2011) The philosophical language of Jacques Derrida. *ROSSPEN*. 510 p.
3. Apel, K.-O. (2001) Towards the Transformation of Philosophy. *Logos*. 344 p.
4. Bart, R. (1994) Selected works: Semiotics. Poetics. Pp. 384–391. URL: <https://opentextnn.ru/wp-content/uploads/bart-smert-avtora.pdf?ysclid=lx4w48hr9b690427541> (data of access: 07.06.2024).
5. Belyaev, A. P., Ianpolskaia, Ia. G. (2020) Setting off by mail: japanese promise of Jacques Derrida. *Voprosy Filosofii*. No. 2. Pp. 145–157. DOI: 10.21146/0042-8744-2020-2-145-157
6. Samokhina, E. G., Tonkov, E. N. (eds.) (2021) In Search of a Theory of Law. *Aletheia*. 286 p.
7. Wittgenstein, L. (1994) Philosophical Investigations. Part I. 612 p.
8. Gajdenko, P. P. (1997) Breakthrough to the transcendental: a new ontology XX century. *Respublika*. 495 p.
9. Derrida, J. (2000) Of Grammatology. *Ad Marginem*. 511 p. (In Russ.)
10. Lyotard, J.-F. (1998) The Postmodern Condition. *Institute of Experimental Sociology; Aletheia*. 160 p.
11. Osvetimskaya, I. I., Tonkov, E. N. (eds.) (2023) Postclassical studies of law: prospects for a scientific and practical program. *Aletheia*. 498 p.
12. Gritsanov, A. A., Mozheiko, M. A. (2001) Postmodernism. Encyclopedia. *Interpressservice; Knizhny`j dom*. 1040 p.
13. Stepin, V. S. (2006) Philosophy of Science. General problems: a textbook for graduate students and candidates for the degree of candidate of sciences. *Gardariki*. 384 p.
14. Frolova, E. A., Lesiv, B. V. (2024) Sources and Forms of Law: A Modern View on Basic Theoretical Provisions. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. Vol 17. No. 1. Pp. 4–39. DOI: 10.17323/2072-8166.2024.1.4.39
15. Heidegger, M. (2008) The origin of artistic creation. *Academic project*. 528 p.
16. Heidegger, M. (2013) What is metaphysics? *Academic project*, 2013. 288 p.
17. Hoecke, Mark van. (2012) Law as communication. *Publishing house of St. Petersburg State University, University Publishing Consortium*. 287 p.
18. Schlag, P. (2010) The Aesthetics of American Law. No. 3. Pp. 112–180.
19. Eko, U. (1989) The Name of the Rose. *Book Chamber*. 469 p.
20. Eko, U. (2007) The Role of the Reader: Explorations in the Semiotics of Texts. *Simposium*. 502 p.
21. Eko, U. (2006) Say almost the same thing. Experiments on translation. *Simposium*. 574 p.
22. Epstein, M. A (2001) Philosophy of the Possible: Modalities in Thought and Culture Mikhail. *Aletheia*. 334 p.
23. Derrida, J. (1967) De la Grammatologie. *Paris: Les Éditions de Minuit*. 360 p.
24. Derrida, J. (1997) Of grammatology / trans. from fr. G. Ch. Spivak. *London: The Johns Hopkins University Press*. 354 p.
25. Douzinas, K. (1991) Postmodern Jurisprudence: the Law of Text in the Texts of law. *London, New York: Routledge*. 303 p.
26. Feldman, S. M. (1990) Playing with the Pieces: Postmodern in the Lawyer's Toolbox. *Virginia Law Review*. Vol. 85. Pp. 151–181.
27. Gabel, P. (2018) The Desire for Mutual Recognition: Social Movements and the Dissolution of the False Self. *Routledge*. URL: [https://books.google.ru/books?id=w8hHDwAAQBAJ&pg=PT10&hl=ru&source=gbs\\_selected\\_pages&cad=1#v=onepage&q&f=false](https://books.google.ru/books?id=w8hHDwAAQBAJ&pg=PT10&hl=ru&source=gbs_selected_pages&cad=1#v=onepage&q&f=false) (data of access: 07.06.2024).
28. Gabel, P., Kennedy, D. (1984) Roll Over Beethoven. *Stanford Law Review*. Vol. 36. No. 1. Pp. 1–55.
29. Guattari, F. (1995) Chaosophy. *New York: Semiotext(e)*. 252 p.

30. Langdell, K. (1887) Professor Langdell Address. In: A Record of the Commemoration, November 5th to 8th, 1886, on the two hundred and fiftieth Anniversary of the Founding of Harvard College. *Cambridge, N. E.: John Wilson and Son*. Pp. 84–86.
31. Hunt, A. (1990) The Big Fear: Law Confronts Postmodernism. *McGill Law Journal*. Vol. 35. No. 3. Pp. 507–540.
32. Jackson, B. S. (1987) Semiotics and legal theory. *London: Routledge & Kegan Paul*. 373 p.
33. Schlag, P. (1990) Le Hors de Texte, C'est Moi: The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction. *Cardozo Law Review*. Vol. XI. Pp. 1631–1674.
34. Schlag, P. (1990) Normative and Nowhere to Go. *Stanford Law Review*. Vol. 43. Pp. 168–192.
35. Schlag, P. (1991) Normativity and the Politics of Form. *University of Pennsylvania Law Review*. No. 139. Pp. 804–932.
36. Schlag, P. (1991) The Problem of the Subject. *Texas Law Review*. Vol. 69. Pp. 1627–1743.
37. Silverman, H. J. (1988) Philosophy and Non-philosophy Since Merleau-Ponty. New York: Routledge. 372 p.

### About the authors:

**Ekaterina G. Samokhina**, associate professor of the Department of Theory and History of Law and State, National Research University Higher School of Economics (St. Petersburg, Russian Federation), PhD in Law  
e-mail: esamokhina@hse.ru

**Andrey M. Khmelevsky**, student of the St. Petersburg School of Law, National Research University Higher School of Economics (St. Petersburg, Russian Federation); research worker of the Scientific and Educational Group State, Church and Law  
e-mail: amkhmelevskiy@edu.hse.ru

## Проблема методологической замкнутости аналитической юриспруденции

Алова Д. Г.<sup>1</sup>, Ильюшкин А. А.<sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

\* e-mail: aailyushkin@edu.hse.ru

### *Аннотация*

В статье определяется место концептуального анализа в аналитической традиции философии и юриспруденции. Концептуальный анализ рассматривается не как ограниченный методологический инструмент, а как гетерогенный исследовательский метод — этому посвящена первая часть работы. Во второй и третьей частях статьи прослеживается генезис аналитической юриспруденции из аналитической философии: с опорой на размышления Дагфинна Фёллесдала проводится аналогия между путями аналитической юриспруденции и аналитической философии, в результате чего делается вывод, что первой подобно второй доктринально предстоит пройти путь размежевания с концептуальным анализом. В четвертой части работы анализируется теория права Герберта Харта — определяется, что он направил аналитическую традицию исследования права в практическое, а не строго лингвистическом ключе. Пятая часть исследования посвящена сравнению концептуального анализа как метода аналитической философии с концептом герменевтического круга из континентальной философии. Главный выносимый на обсуждение тезис статьи — это утверждение, что устоявшаяся как актуальная исследовательская традиция методологическая замкнутость аналитической юриспруденции должна быть преодолена, поскольку она обосновывается исключительно дискурсивно, а не на основе веских критериев.

*Ключевые слова:* философия права, аналитическая юриспруденция, методология права, концептуальный анализ в праве, герменевтика.

*Для цитирования:* Алова Д. Г., Ильюшкин А. А. Проблема методологической замкнутости аналитической юриспруденции // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 3 (21). С. 36–45. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-36-45. EDN: QYDJRJ

## The Problem of Methodological Fixation of Analytical Jurisprudence

Darja G. Alova<sup>1</sup>, Aleksey A. Iljushkin<sup>1,\*</sup>

National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

\* e-mail: aailyushkin@edu.hse.ru

### *Abstract*

The article examines the problem of the fixation of analytical jurisprudence on conceptual analysis of legal concepts. The first part of the work is devoted to the consideration of the latter as a heterogeneous method of analytical jurisprudence, in contrast to its limited understanding that prevails in current jurisprudence. The second and third parts trace the genesis of analytical jurisprudence from analytic philosophy. Based on the thoughts of Dagfinn Follesdal, an analogy is drawn between the paths of

analytical jurisprudence and analytic philosophy. It is concluded that analytical jurisprudence in the doctrinal sense will go through a path of separation from conceptual analysis, which analytic philosophy has already passed. The fourth part of the article examines the foundations of analytical jurisprudence in the form of the legal theory of Herbert Hart, who, being the founder of analytical jurisprudence, defined the entire subsequent analytic tradition in jurisprudence in such a way that its focus is not limited only to issues of legal language. Based on this, it is concluded that initially in analytical jurisprudence it was not strict conceptual analysis that prevailed, but conceptual logic, which made it possible to develop legal teaching in a practical way and only later gave rise to linguistic studies of law. The thesis is brought up for discussion that analytical jurisprudence, like analytic philosophy in general, does without strict conceptual analysis for its constitution. It is enough for her to have more general ideas about proving and justifying her theses. In addition, in the fifth part of the article, parallels are drawn between conceptual analysis as a method of analytic philosophy and the concept of the hermeneutic circle, traditionally inherent in continental philosophy. The main thesis of the article submitted for discussion is the assertion that the methodological fixation of analytical jurisprudence, which has become established as a relevant research tradition, must be overcome, since it is justified exclusively discursively, and not on the basis of sound reflection.

*Keywords:* philosophy of law, analytical jurisprudence, methodology of law, conceptual analysis of legal concepts, hermeneutics.

*For citation:* Alova D. G., Iljushkin A. A. The Problem of Methodological Fixation of Analytical Jurisprudence. *Theoretical and Applied Law*. No. 3 (21). Pp. 36–45. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-36-45

Вопросы о методологии в праве — это вопросы о том, каким образом то или иное исследование будет проводиться, было проведено и проводится сейчас. Без ответа на них невозможно провести ни одно научное исследование. Гипотетические изучаемые предмет и объект без определенного взятого на вооружение методологического инструментария просто остаются висеть в умозрительном вакууме: на них можно смотреть, но их невозможно обстоятельно рассматривать. При этом на данном историческом этапе наблюдается дихотомический разрыв между аналитическим и континентальным подходами в философии права.

Подбирая метод условного исследования, мы очерчиваем его метафизический маршрут — путь, который во многом определит и свои результаты. Тогда возникает важный вопрос: какой методологический инструментарий необходимо применять в каждом конкретном случае? Гвозди можно забивать и молотком, и обухом топора, но наиболее уместным способом забивания гвоздей будет использование подходящего орудия труда. Однако если с гвоздями и молотком всё ясно даже на интуитивном уровне, то с материями более умозрительного характера всё несколько сложнее: как наиболее релевантно организовать выстраивание той или иной эпистемы и как наиболее правильно ее в дальнейшем изучать?

Данная статья призвана помочь в поиске ответов на последние вопросы относительно юриспруденции. При помощи тезисов Дагфинна Фёллесдала и логики Герберта Харта исследование перебирается из аналитической философии в аналитическую юриспруденцию, сопоставляет концептуальный анализ с понятием герменевтического круга и в конце концов вырывается за пределы аналитического философско-правового направления. Делается вывод, что сложившиеся традиции броского дихотомического разделения философии права на аналитическую и континентальную, а также замыкание аналитической юриспруденции на концептуальном анализе юридических понятий обоснованы лишь механистически, из-за чего они должны быть пересмотрены с использованием веских аргументов, а не с оглядкой на устоявшийся эвристический канон.

### **Определение концептуального анализа**

Концептуальный анализ представляет собой особый метод исследования. И в зависимости от сферы своего применения его инструментарий соответствующим образом специфицируется. В общем же виде,

обращаясь к концептуальному анализу, исследователь рассматривает изучаемое понятие как концепт — наделенный значением образ, стоящий за понятием. При применении этого метода отслеживается путь становления смыслового содержания взятого на изучение понятия, в результате чего оно фиксируется в семантическом языке<sup>1</sup>.

В концептуально-аналитической оптике за одним понятием скрывается целый ряд других понятий, при обращении к концептуальному содержанию которых исходное понятие раскрывается максимально обстоятельно. Понятия здесь носят характер связанных друг с другом абстракций, призванных быть составной частью той или иной умозрительной структуры, создаваемой человеком для упорядочивания избранной эпистемы как круга знаний из определенной изучаемой области. Концептуальный анализ в этом смысле можно представить как метод рассмотрения сложившейся ризоматичной метафизической структуры изучаемого объекта.

В общем, концептуальный анализ исследует тот или иной предмет — по словам Фридриха Вайсмана, «расчленив мысль на ее предельные логические элементы... подобно тому, как химик анализирует вещество»<sup>2</sup>. В таком широком смысле понятие концептуального анализа наличествует и в юриспруденции, что обуславливает его объяснение как метода познания, обращенного к изучению семантики правовых понятий, которые закрепляются в юридическом терминологическом аппарате через правоприменительную деятельность, конституируя себя в повторяющейся практике человеческого поведения.

Когда речь заходит о концептуальном анализе, дискуссия, по-видимому, разворачивается в рамках аналитической философии. Это касается и юриспруденции: концептуальный анализ в праве идет рука об руку с аналитической традицией правовых исследований. Тут стоит заметить, что в такой парадигме — парадигме аналитической юриспруденции — концептуальному анализу отводится чрезвычайно большая и важная роль: роль «цемента» выстраиваемой смысловой системы права. Именно концептуально-аналитическое рассмотрение различного рода правовых явлений позволяет нам осознанно «вить паутину» юридических понятий.

Из такой логики выходит, что, лишь определив значение понятий, мы можем составить из них конкретную систему. То есть получается, что без концептуального анализа юридических понятий старательно конструируемая умозрительная юридическая реальность дезорганизуется и даже распадется из-за размытия и последующей потери скрывающихся за основополагающими правовыми понятиями смыслов. Но действительно ли это так? Чтобы ответить на этот вопрос, следует обратиться к истории концептуального анализа.

Концептуальный анализ часто называют имманентной чертой аналитической философии: первое в качестве метода определяет второе<sup>3</sup>. Согласившись с этой доктринальной максимой, мы положительно ответим на поставленный вопрос: да, реальность распадется. Но все-таки это суждение спорно.

### Место концептуального анализа в аналитической философии

Так, например, норвежско-американский философ Дагфинн Фёллесдал небезосновательно утверждает, что из-за отсутствия внятного определения классифицируемых понятий и единого принципа классификации деление философии на аналитическую и континентальную традиции в корне порочно и напоминает китайскую энциклопедию о видах животных, описанную Хорхе Луисом Борхесом<sup>4</sup>, где нарисованные тончайшей кистью из верблюжьей шерсти животные выделены в равную категорию с молочными поросятами, а бродячие собаки находятся рядом по списку с животными, разбившими вазу<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Гусева Э. Ю. Концептуальный анализ как метод лингвистических исследований // Интеллект. Инновации. Инвестиции. 2012. № S2. С. 26. EDN: PYBPJZ

<sup>2</sup> Waismann F. (1977) *Philosophical Papers*. Dordrecht: Reidel. Pp. 81–103.

<sup>3</sup> Фёллесдал Д. Аналитическая философия: что это такое и почему этим стоит заниматься? // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 222.

<sup>4</sup> Borges J. L. (1966) *Die analytische Sprache John Wilkins*. In: *Das Eine und die Vielen. Essays zur Literatur*. P. 212.

<sup>5</sup> Фёллесдал Д. Аналитическая философия: что это такое и почему этим стоит заниматься? // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 221–222.

В процессе аргументации этой позиции Фёллесдал подмечает, что аналитическая философия в своем определении не может быть сведена лишь к специфическому методу концептуального анализа<sup>1</sup>. В принципе, как и к пулу особых воззрений или рассматриваемых проблем<sup>2</sup>. Выделить аналитическую философию в отдельную традицию философии не получится, так же и как школу по принципу генетической преемственности идей<sup>3</sup>. В настоящем рассуждении, однако, уместно будет остановиться только на аргументации в части опровержения тезиса о завязанности аналитической философии на методе концептуального анализа.

Собственно, как замечает Фёллесдал, изначально аналитическая философия смогла сформироваться в отдельную философскую традицию как раз с помощью специфического метода исследования в виде концептуального анализа<sup>4</sup>. Но по мере развития этой философской традиции особое внимание к концептуальному анализу сместилось к акценту на доказательство и обоснование<sup>5</sup>, которые могут включать в себя и иные методологические подходы. Аналитическая философия в методологическом плане перестала зацикливаться лишь на анализе понятий. Если раньше философ-аналитик Джордж Эдвард Мур раскладывал понятие «лошадь» подобно тому, как это делалось бы анатомически, а Бертран Рассел прямо писал о «логико-аналитическом методе», то теперь не всякий философ-аналитик может похвастаться прямым отношением к этому методу исследования: анализу понятий, значения или языка<sup>6</sup>.

Более того, на самом деле не совсем правильно зацикливать на концептуальном анализе даже ранних философов-аналитиков. Так, согласно Фёллесдалю, частое обращение к исследованию языка с помощью в том числе концептуального анализа можно объяснить тем, что такой подход к решению философских проблем позволяет избавиться от возникающих амфиболий, эквивокаций и прочих двусмысленностей, однако философия языка является лишь частью аналитической философии<sup>7</sup>. Здесь же следует задать вопрос о том, является ли концептуальный анализ тождественным понятием относительно анализа лингвистического? Представляется, что это всё же разные методологические инструменты, хотя в современной аналитико-философской метаисследовательской литературе они часто используются синонимично.

В итоге получается, что концептуальный анализ как максимум можно было бы назвать отправной точкой аналитической традиции в философии. И предыдущее предложение поставлено в условное наклонение не просто так, ведь даже с этим тезисом можно поспорить, причем весьма продуктивно. В настоящее же время аналитическая философия характеризуется скорее специфическим способом подхода к философским проблемам, который базируется на внимании к механике обоснования и доказывания выносимых тезисов, а не на специальной методологии. Такое определение аналитической философии является широким. Но именно оно представляется наиболее релевантным, особенно в рамках рассуждения о том, что дихотомия аналитической и континентальной философии не является достаточно обоснованной и во многом порочна, поскольку даже если она не противопоставляет эти философские направления друг другу, то ограничивает их на самих себе. Причем не из-за существенных противоречий, а только из-за сложившейся терминологической традиции принадлежности, например, герменевтики к континентальной философии, а концептуального анализа — к аналитической.

### **Место концептуального анализа в аналитической юриспруденции**

Что же касается аналитической юриспруденции, то концептуальный анализ принято считать ее определяющей составляющей, поскольку она стала относиться к самостоятельной отрасли научного знания отдельно от аналитической философии именно за «внимание к языку права, анализу структуры и логики правовых норм, анализу содержания нормативного предписания...»<sup>8</sup> — то есть из-за

<sup>1</sup> Фёллесдал Д. Аналитическая философия: что это такое и почему этим стоит заниматься? // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 237.

<sup>2</sup> Там же. С. 237.

<sup>3</sup> Там же. С. 227.

<sup>4</sup> Там же. С. 222–223.

<sup>5</sup> Там же. С. 237.

<sup>6</sup> Там же. С. 222–223.

<sup>7</sup> Там же. С. 228–230.

<sup>8</sup> Оглезнев В. В. Концептуальный анализ в философии права: границы применимости // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 109.

уточнения предмета исследования. Собственно, согласно сложившемуся научно-правовому консенсусу, аналитическая юриспруденция направлена на изучение правового языка посредством уточнения смысла используемых в нем слов, что достигается определением их понятийного значения и смыслового содержания во взаимосвязи с эмпирическими явлениями, которые напрямую подразумевают наличие отражающего их языка права<sup>1</sup>.

Исходя из этих сложившихся в действующий консенсус доктринальных положений, можно сделать вывод, который уже высказывался выше: без особого внимания к концептуальному анализу не будет и аналитической юриспруденции, то есть правовая реальность структурно распадется. В настоящее время тесная связка аналитической юриспруденции с концептуальным анализом права как бы презюмируется.

Однако если в рамках аналитической философии можно обойтись и без концептуального анализа, то с помощью метода экстраполяции такое положение дел можно помыслить и в аналитической юриспруденции, которая, хотя и является самостоятельным направлением мысли, всё же действует в рамках аналитической философской традиции. Представляется, что аналитическая юриспруденция в метаисследовательском смысле является не менее устойчивой умозрительной структурой в сравнении с аналитической философией, которой, как было выяснено, для существования не требуется «цемент» в виде строго определенного метода исследования — концептуального анализа.

Из этого следует, что аналитической юриспруденции в доктринальном смысле еще предстоит пройти размежевывающий с методом концептуального анализа путь, который уже прошла аналитическая философия. Но в отрыве от того, что на этот счет в исследовательских кругах еще должен сложиться некоторый дискурсивный консенсус, важно сказать следующее: даже первый опыт рассмотрения правовых проблем через аналитическую оптику нельзя назвать примером использования концептуального анализа в строгом определении последнего — речь здесь идет, конечно, о работе Герберта Харта «Понятие права»<sup>2</sup>.

### Первый опыт применения аналитической логики к праву

Концепция права Харта строится на дескриптивной социологии<sup>3</sup>: она основана на разборе практической составляющей работы различных правовых институтов, для чего он выдвигает «правило признания», предполагающее, что право является правом только после его узнавания и последующего признания людьми как такового. Согласно Харту правовые нормы подразделяются на первичные и вторичные: первые обязывают действовать определенным образом, а вторые устанавливают способы принятия, применения и изменения первых — вторичные нормы по такой логике образуют правовую систему<sup>4</sup>. «Правило признания» является главной вторичной нормой, с которой начинается позитивное право и которая дает начало прочим нормам второго порядка. Человек, признавая право, берет на себя обязательство поступать или не поступать определенным образом — право является правом не из-за внешнего принуждения, а из-за внутреннего согласия<sup>5</sup>.

Таким образом Харт опроверг господствующую на тот момент в англо-саксонской семье права командную правовую теорию Джона Остина, гласившую, что право является подкрепленным санкцией за его несоблюдение приказом суверена<sup>6</sup>. Харт последовательно обосновал то, что право зиждется не на внешних насильственных проявлениях власти, а на своих внутренних особенностях — некоторой легитимной концептуальной структуре. Приказ суверена с последующей санкцией за его несоблюдение, по сути, можно приравнять к приказу вооруженного грабителя, встреченного в темном переулке беззащитным человеком<sup>7</sup>. Право по Харту же на уровне интересубъективного восприятия людей отличается от подобных действий. И тут, кстати, не важен характер последних — важно лишь то, как они были восприняты.

<sup>1</sup> Оглезнев В. В. Концептуальный анализ в философии права: границы применимости // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 109.

<sup>2</sup> См.: Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. 302 с.

<sup>3</sup> Там же. С. 8.

<sup>4</sup> Там же. С. 86–87.

<sup>5</sup> Там же. С. 110–111.

<sup>6</sup> См.: Остин Дж. Определение области юриспруденции. Часть 1. О пользе изучения юриспруденции. СПб.: Алетейя, 2022. 472 с.

<sup>7</sup> Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. С. 27.



Харт говорит о том, что людей не волнует, как право определяется теоретически — право признается как таковым посредством узнавания и последующего за этим признания, причем чуть ли не интуитивно: приказ грабителя на таком уровне правом не признается. Отталкиваясь от «правила признания», далее Харт рассуждает об онтологическом наполнении права. Именно здесь видится первое применение метода концептуального анализа по отношению к праву, которое как раз и является тем самым концептом с набором различных характеристик, определяющих понимание людьми этого понятия: понятие права определяется таковым за счет своего образного содержания.

Однако Харт в своем труде не сформулировал принципов работы концептуального анализа применительно к праву — труд был посвящен исследованию глубинного вопроса сущности права. Главной заслугой рассматриваемой работы стала первая в юридической науке попытка разрешить фундаментальные философско-правовые проблемы в духе аналитической философии. Причем не зацикливаясь лишь на вопросах определения понятий, значений и языка, а действуя в социолого-практическом ключе, наблюдая за реальностью и затем описывая ее.

Подобная социологическая парадигма рассуждений прослеживается и в прочих трудах Харта. Так, свою работу «Небеса понятий Иеринга и современная аналитическая юриспруденция», в которой в определенном смысле предпринята попытка соединить континентальную позитивистскую философскую традицию с аналитической<sup>1</sup>, он и вовсе подытоживает цитатой Людвиг Витгенштейна, гласящей, что для того, чтобы уяснить понятия, рассматривать их необходимо не в их бездействии, а в их работе<sup>2</sup>. Для Харта при философском анализе невозможно зацикливаться лишь на тексте — для наиболее полного осознания того или иного понятия необходимо рассматривать практическую сторону его претворения в жизнь.

Харт, будучи основоположником аналитической юриспруденции, определил всю последующую аналитическую традицию в юриспруденции таким образом, что направленность проводимого исследования не ограничивается лишь текстом — строгий концептуальный анализ здесь уступает место скорее концептуальной логике аналитической философии, по-особенному доказывающей и обосновывающей свои тезисы. Именно этот широкий методологический захват и позволил развить правовое учение в практическом ключе, проложив путь последующим языковым исследованиям в юриспруденции<sup>3</sup>. Когда речь идет о вкладе Харта в отправление и одновременное развитие аналитической юриспруденции, имеются в виду не конкретные размышления о языке права, а его философская логика. Как справедливо отмечает Дэннис Паттерсон: «Хотя Харт и уделял отдельное внимание вопросам значения, в качестве самостоятельных проблем вопросы референции, значения и истинности стали центральными в аналитической юриспруденции только лишь с недавнего времени»<sup>4</sup>.

### Концептуальный анализ и герменевтический круг

Итак, аналитическая юриспруденция, как и аналитическая философия в целом, вполне обходится и без строгого концептуального анализа для своего конституирования — для этого ей достаточно и более общих представлений о доказывании и обосновании своих тезисов. Это ни в коем случае не говорит о неважности концептуального анализа, но смещает с него акцент. Актуальный исследовательский консенсус, постулирующий тесную связку аналитической юриспруденции с концептуальным анализом, как можно было увидеть, обосновывается скорее не вескими критериями, а сложившимися дискурсивными

<sup>1</sup> Концепция *Begriffsjurisprudenz* Рудольфа фон Иеринга, то есть «юриспруденция понятий», занята рассмотрением правовых понятий как основных источников юриспруденции, что если не идентично, то как минимум близко духу аналитической юриспруденции в ее Харттовском изводе. Важно это отметить как раз в русле продвижения мысли о размытости и следующей из этого необоснованности разграничения континентальной и аналитической философско-правовых традиций. См. подробнее: *Оглезнев В. В.* С небес на землю: от *Begriffsjurisprudenz* к аналитической юриспруденции / В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2021. № 63. С. 241–246. DOI: 10.17223/1998863X/63/23. EDN: KMTUKE

<sup>2</sup> *Харт Г. Л. А.* Небеса понятий Иеринга и современная аналитическая юриспруденция // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 256.

<sup>3</sup> *Patterson D.* (2009). After Conceptual Analysis: The Rise of Practice Theory. In: Hage, J. C., von der Pfordten, D. (eds.) *Concepts in Law*. Law and Philosophy Library, vol. 88. Springer, Dordrecht. Pp. 117–129. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-90-481-2982-9\\_8](https://doi.org/10.1007/978-90-481-2982-9_8).

<sup>4</sup> *Паттерсон Д. М.* Дворкин о семантике правовых и политических понятий / Д. М. Паттерсон // Омский научный вестник. Серия Общество. История. Современность. 2021. Т. 6, № 2. С. 88. DOI: 10.25206/2542-0488-2021-6-2-83-93. EDN: PQBFYQ

практиками — определенной явно или неявно артикулированной традицией. В действительности же при смещении акцента с концептуального анализа в рамках аналитической юриспруденции ее метафизическая структура едва ли пострадает — юридическая реальность не распадается. И здесь встает вопрос уже не о том, чтобы преодолеть методологическую замкнутость аналитической юриспруденции на концептуальном анализе, а о том, чтобы преодолеть замкнутость самой аналитической юриспруденции.

Так, например, финский философ-аналитик Георг фон Вригт утверждал, что аналитическая философия несовместима с герменевтикой. Это суждение он основывал на двух посылках. Во-первых, герменевтика исходит из разделения социогуманитарных наук с естественными. И во-вторых, герменевтика постулирует понимание человеческого существования как исторического и культурного, а философы-аналитики вроде Уилларда Куайна, Уилфрида Селларса или Дональда Дэвидсона, которые занимались вопросами понимания и интерпретации, основывали свои суждения на натуралистическом понимании человека<sup>1</sup>.

Здесь, как подмечает Фёллесдал<sup>2</sup>, фон Вригт совершает ошибку в том смысле, что как философы-аналитики, так и философы-герменевтики придерживались разных позиций. Из-за чего доводы фон Вригта попросту ни на что не отвечают, поскольку они сводят к простой дихотомии слишком большое множество мнений, отличных друг от друга даже в рамках одного направления философской мысли. В противовес позиции фон Вригта примером совмещения аналитической философии с герменевтикой можно назвать, скажем, идеи о круге понимания Вольфганга Штегмюллера<sup>3</sup>. О герменевтическом круге как методологической проблеме также писал и сам Фёллесдал<sup>4</sup>.

Однако мы хотели бы обратить внимание на то, что герменевтический круг как традиционная составляющая континентальной философии, в общем-то, во многом напоминает концептуальный анализ как присущий аналитической философии метод исследования. Собственно, концептуальный анализ направлен на доскональное изучение понятий как концептов, за которыми скрываются уже иные концепты, определяющие наше понимание первого. То есть при обращении к концептуальному анализу объект изучения воспринимается как разветвленная система взаимосвязанных элементов — концептов, определяемых структурно через другие сложноуровневые концепты. Так, например, для того чтобы дать определение юридического факта, необходимо дать определение норме права. А для того чтобы дать определение норме права, необходимо истолковать, как она влияет на юридические факты. То есть понятия второго, третьего и последующих порядков также необходимо объяснить и обосновать для понимания исходного объекта изучения. Из-за этого для понимания исходной разветвленной взаимосвязанной системы нужно понять еще одну разветвленную взаимосвязанную систему и т. д. Для обстоятельного понимания одного понятия необходимо посмотреть на множество системно связанных с ним понятий структурно.

В этом смысле исследование посредством концептуального анализа являет собой пример герменевтического круга, когда познание осуществляется как бы не с нуля, а уже относительно предположений и ассоциаций, имеющихся вокруг чего-то исследуемого. Любое исследование опосредуется нами самими — оно заточено в кандалы из наших пресуппозиций. То есть когда какое-либо правовое явление подвергается концептуальному анализу, тем самым разбиваясь на множество концептов, для того чтобы наиболее полным образом понять это явление, необходимо обращаться к анализу уже этого множества концептов по отдельности: образующий концепт расчленяется на концепты нижестоящего порядка и т. д., пока анализ не замкнется на исходной посылке в виде образующего концепта<sup>5</sup>.

Такой методологический порядок неизбежен из-за того, что любой создаваемый исследователем концепт является лишь абстрактной конструкцией, нужной для удобства систематизации того или иного эвристического и эпистемологического пулов, так как концепт является обобщением некоторого мно-

<sup>1</sup> Wright G. H. von (1993) *Analytical Philosophy: A Historico-Critical Survey*. In: Wright von G. H. *The Tree of Knowledge and Other Essays*. E. J. Brill. Pp. 25–52.

<sup>2</sup> Фёллесдал Д. Аналитическая философия: что это такое и почему этим стоит заниматься? // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 236.

<sup>3</sup> Stegmüller W. (1975) *Das Problem der Induktion: Humes Herausforderung und moderne Antworten; Der sogenannte Zirkel des Verstehens*. *Wissenschaftliche Buchgesellschaft [Abt. Verl.]*. Edited by Wolfgang Stegmüller. Pp. 21–45.

<sup>4</sup> Føllesdal D., Walløe L., Elster J. (1977) *Argumentasjonsteori, språk og vitenskapsfilosofi*. Universitetsforlaget.

<sup>5</sup> Гадамер Г. Философские основания XX века. Актуальность прекрасного. М.: Искусство, 1991. С. 15–26.

жества однородных явлений<sup>1</sup>. Герменевтический круг в праве как составляющая юридической герменевтики воплощается в замкнутости и цикличности процесса толкования правовых явлений<sup>2</sup> — это же наличествует и при концептуально-аналитическом рассмотрении права.

Такой взгляд на концептуальный анализ укрепляет тезис о необходимости преодоления методологической замкнутости аналитической юриспруденции в том смысле, что вся традиция деления описанных исследовательских методов по их принадлежности не имеет под собой твердых оснований. Так, если сводить к общим понятиям концептуальный анализ и герменевтический круг, оказывается, что они могут восприниматься чуть ли не тождественно, ведь действуют согласно схожим принципам<sup>3</sup>. Однако, на наш взгляд, необходимо отличать методы и методологию, которая последовательно раскрывается в развитии научной теории. Герменевтический круг в таком разрезе является принципом понимания, основанным на соотношении части и целого. Концептуальный анализ же является многоаспектным феноменом, включающим в себя не только методологический подход к объекту как к концепту, но и подход, в котором теория и практика юриспруденции перемежаются в формировании определений и использования последних в правоприменительной деятельности, системно влияющих друг на друга.

По сути, эта несколько «деконструкторская» работа родилась из высказывания немецкого философа права Лоренца Кэлера: «Как бы философия права ни называлась, ее проблемы и аргументы остаются теми же самыми»<sup>4</sup>. Сложившаяся исследовательская традиция исходит из терминологического деления философии на множество направлений и методов. Самое крупное обобщающее деление философии наблюдается в дихотомии аналитической и континентальной традиций исследований. Это же порочное из-за следующей за ним замкнутости деление наблюдается и в философии права. Однако представляется важным вынести на обсуждение тезис, гласящий, что для достижения действительно обоснованных результатов исследований следует отказаться от разделения философских и правовых направлений, если каких-то существенных причин за этим не скрывается, а консенсуально принятые классификации различных идей практически не отличаются от китайской энциклопедии животных.

## Литература

1. *Аскольдов-Алексеев С. А.* Концепт и слово // Русская словесность: От теории словесности к структуре текста: Антология / науч. ред. В. П. Нерознак. М.: Academia, 1997. С. 267–279.
2. *Гадамер Г.* Философские основания XX века. Актуальность прекрасного. М.: Искусство, 1991. С. 15–26.
3. *Гусева Э. Ю.* Концептуальный анализ как метод лингвистических исследований // Интеллект. Инновации. Инвестиции. 2012. № S2. С. 24–26. EDN: PУBPJZ
4. *Кэлер Л.* Неизбежность философии права // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 270–283.
5. *Оглезнев В. В.* Концептуальный анализ в философии права: границы применимости // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 107–119.
6. *Оглезнев В. В.* С небес на землю: от Begriffsjurisprudenz к аналитической юриспруденции / В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2021. № 63. С. 241–246. DOI: 10.17223/1998863X/63/23. EDN: KMTUKE
7. *Остин Дж.* Определение области юриспруденции. Часть 1. О пользе изучения юриспруденции. СПб.: Алетейя, 2022. 472 с.

<sup>1</sup> *Аскольдов-Алексеев С. А.* Концепт и слово // Русская словесность: От теории словесности к структуре текста: Антология / науч. ред. В. П. Нерознак. М.: Academia, 1997. С. 267–279.

<sup>2</sup> *Сорокун П. В.* Герменевтический подход в правопонимании / П. В. Сорокун, Е. В. Комаренко // Эпоха науки. 2017. № 9. С. 122. DOI: 10.1555/2409-3203-2017-0-9-128-132. EDN: YJCHTN

<sup>3</sup> Редуцируя эти понятия до конца, можно назвать эти принципы не просто схожими, а вовсе едиными.

<sup>4</sup> *Кэлер Л.* Неизбежность философии права // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 277.

8. Паттерсон Д. М. Дворкин о семантике правовых и политических понятий / Д. М. Паттерсон // Омский научный вестник. Серия Общество. История. Современность. 2021. Т. 6, № 2. С. 83–93. DOI: 10.25206/2542-0488-2021-6-2-83-93. EDN: PQBFYQ
9. Сорокун П. В. Герменевтический подход в правопонимании / П. В. Сорокун, Е. В. Комаренко // Эпоха науки. 2017. № 9. С. 128–132. DOI: 10.1555/2409-3203-2017-0-9-128-132. EDN: YJCHTN
10. Фёллесдал Д. Аналитическая философия: что это такое и почему этим стоит заниматься? // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 219–239.
11. Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. 302 с.
12. Харт Г. Л. А. Небеса понятий Иеринга и современная аналитическая юриспруденция // Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / науч. ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. С. 240–256.
13. Borges J. L. (1966) Die analytische Sprache John Wilkins. In: Das Eine und die Vielen. Essays zur Literatur. Pp. 209–214.
14. Føllesdal D., Walløe L., Elster J. (1977) Argumentasjonsteori, språk og vitenskapsfilosofi. Universitetsforlaget.
15. Patterson D. (2009). After Conceptual Analysis: The Rise of Practice Theory. In: Hage, J.C., von der Pfordten, D. (eds) Concepts in Law. Law and Philosophy Library, vol. 88. Springer, Dordrecht. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-90-481-2982-9\\_8](https://doi.org/10.1007/978-90-481-2982-9_8)
16. Stegmüller W. (1975) Das Problem der Induktion: Humes Herausforderung und moderne Antworten; Der sogenannte Zirkel des Verstehens. *Wissenschaftliche Buchgesellschaft [Abt. Verl.]*. Edited by Wolfgang Stegmüller. Pp. 21–45.
17. Waismann F. (1977) Philosophical Papers. Dordrecht: Reidel. Pp. 81–103.
18. Wright G. H. von (1993) Analytical Philosophy: A Historico-Critical Survey. In: Wright von G. H. The Tree of Knowledge and Other Essays. *E. J. Brill*. Pp. 25–52.

### Об авторах:

**Алова Дарья Геннадьевна**, преподаватель департамента теории права и сравнительного правоведения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)  
e-mail: d.trinitka@hse.ru

**Ильюшкин Алексей Андреевич**, обучающийся по программе «Юриспруденция» факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)  
e-mail: aailyushkin@edu.hse.ru

### References

1. Askol'dov-Alekseyev, S. A. (1997) Kontsept i slovo. In: Neroznak, V.P. (ed.) Russian literature: From the theory of literature to text structure: Anthology. *Academia*. Pp. 267–279. (In Russ.)
2. Gadamer, H. G. (1991) Philosophical foundations of the 20th century. Relevance of beauty. *Iskusstvo*. Pp. 15–26.
3. Guseva, E. (2012) Conceptual analysis as linguistic research method. *Intellect. Innovations. Investments*. Pp. 24–26. (In Russ.)
4. Kähler, L. (2023) Die Unvermeidlichkeit der Rechtsphilosophie. In: Ogleznev, V. V., Surovtsev, V. A. (eds.) Analytical philosophy of law: legal language and speech acts. *Kanon+ ROOI Reabilitatsiya*. Pp. 270–283. (In Russ.)

5. Ogleznev, V. V. (2023) Conceptual analysis in the philosophy of law: limits of applicability. In: Ogleznev, V. V., Surovtsev, V. A. (eds.) Analytical philosophy of law: legal language and speech acts. *Kanon+ ROOI Reabilitatsiya*. Pp. 107–119. (In Russ.)
6. Ogleznev, V. V., Surovtsev, V. A. Down to earth: from begriffsjurisprudenz to analytical jurisprudence. *Tomsk State University Journal of Philosophy, Sociology and Political Science*. No. 63. Pp. 241–246. DOI: 10.17223/1998863X/63/23. (In Russ.)
7. Austin, J. (2022) The Province of Jurisprudence Determined. *Aletheia*. 472 p. (In Russ.)
8. Patterson, D. M. (2021) Dworkin on the semantics of legal and political concepts. Omsk Scientific Bulletin. Series Society. History. Modernity. Vol. 6, no. 2. Pp. 83–93. DOI: 10.25206/2542-0488-2021-6-2-83-93. (In Russ.)
9. Sorokun, P. V., Komarenko, E. V. (2017) Hermeneutical approach to human rights era of science. No. 9. Pp. 128–132. DOI: 10.1555/2409-3203-2017-0-9-128-132. (In Russ.)
10. Føllesdal, D., Walløe, L., Elster, J. (1996) Argumentasjonsteori, språk og vitenskapsfilosofi. *Universitetsforlaget*. Pp. 219–239. (In Russ.)
11. Hart, H. L. A. (2007) The concept of law. *Izdatel'stvo Sankt-Peterburgskogo universitetata*. 302 p. (In Russ.)
12. Hart, H. L. A. (2023) Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence. In: Ogleznev, V. V., Surovtsev, V. A. (eds.) Analytical philosophy of law: legal language and speech acts. *Kanon+ ROOI Reabilitatsiya*. Pp. 240–256. (In Russ.)
13. Borges, J. L. (1966) Die analytische Sprache John Wilkins. In: Das Eine und die Vielen. Essays zur Literatur. Pp. 209–214.
14. Føllesdal, D., Walløe, L., Elster, J. (1977) Argumentasjonsteori, språk og vitenskapsfilosofi. *Universitetsforlaget*.
15. Patterson, D. (2009). After Conceptual Analysis: The Rise of Practice Theory. In: Hage, J.C., von der Pfordten, D. (eds) Concepts in Law. Law and Philosophy Library, vol. 88. *Springer, Dordrecht*. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-90-481-2982-9\\_8](https://doi.org/10.1007/978-90-481-2982-9_8)
16. Stegmüller, W. (1975) Das Problem der Induktion: Humes Herausforderung und moderne Antworten; Der sogenannte Zirkel des Verstehens. *Wissenschaftliche Buchgesellschaft [Abt. Verl.]*. Edited by Wolfgang Stegmüller. Pp. 21–45.
17. Waismann, F. (1977) Philosophical Papers. *Dordrecht: Reidel*. Pp. 81–103.
18. Wright, G. H. von (1993) Analytical Philosophy: A Historico-Critical Survey. In: Wright von G. H. The Tree of Knowledge and Other Essays. *E. J. Brill*. Pp. 25–52.

### About the authors:

**Darja G. Alova**, Lecturer of the School of Theory of Law and Comparative Law of the Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)  
e-mail: d.trinitka@hse.ru

**Aleksej A. Iljushkin**, student of the Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)  
e-mail: aailyushkin@edu.hse.ru

## Учение о естественном праве как идейная основа западной правовой традиции

**Комлева Е.**

Санкт-Петербургский государственный университет (Санкт-Петербург, Российская Федерация)

e-mail: liza.berezovskaya23@yandex.ru

### *Аннотация*

В статье рассматривается классический юснатурализм как идейная основа правовой традиции западного мира. Как показал автор, юснатурализм был закономерно связан с античной и средневековой правовой традициями, определяя как господствующий исторический тип правового мышления, так и реализуемые в рамках соответствующих традиций модели правового регулирования поведения участников правовой коммуникации. Господствующее положение юснатурализма определялось историческим контекстом, а также спецификой правопорядков соответствующего исторического типа. По мнению автора, доктрина классического юснатурализма стала идейным фундаментом западной традиции права во всех разнообразных аспектах и проявлениях этой последней. Можно, следовательно, утверждать, что западная правовая традиция, рассматриваемая с указанной точки зрения, представляет собой совокупность правовых идей, характерных для западной цивилизации и предназначенных для модернизации незападных государств.

*Ключевые слова:* классический юснатурализм, правопорядок, юридическая доктрина, правовая коммуникация, модель правового регулирования.

*Для цитирования:* Комлева Е. Учение о естественном праве как идейная основа западной правовой традиции // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 3 (21). С. 46–53. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-46-53. EDN: QZZNMW

## The Doctrine of Natural Law as the Ideology of the Western Legal Tradition

**Komleva E.**

Saint Petersburg State University (Saint Petersburg, Russian Federation)

e-mail: liza.berezovskaya23@yandex.ru

### *Abstract*

The article examines classical natural law as the ideological foundation of the legal tradition in the Western world. As the author demonstrates, natural law was inherently linked to the legal traditions of antiquity and the Middle Ages, shaping both the dominant historical type of legal thinking and the models of legal regulation implemented within the respective traditions for the behavior of participants in legal communication. The preeminent position of natural law was determined by historical context as well as the specificities of the legal orders corresponding to that historical type.

According to the author, the doctrine of classical natural law has become the ideological bedrock of the Western legal tradition in all its diverse aspects and manifestations. It can, therefore, be asserted that the Western legal tradition, viewed from this perspective, constitutes a collection of legal ideas characteristic of Western civilization and intended for the modernization of non-Western states.

*Keywords:* classical jusnaturalism, legal order, legal doctrine, legal communication, model of legal regulation.

*For citation:* Komleva E. (2024) The Doctrine of Natural Law as the Ideology of the Western Legal Tradition. *Theoretical and Applied Law*, no. 3 (21), pp. 46–53. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-46-53

Современная юридическая наука, подобно всем другим гуманитарным наукам, находится в условиях смены парадигм, предполагающей радикальное обновление не только предметного поля познания и его проблематики, обусловленное появлением новых реалий, неизбежно входящих в поле зрения исследователей, но и правовой методологии, а также категориального аппарата, системы основных понятий, существенно отличающихся от тех, которыми оперировала юриспруденция XIX–XX вв.<sup>1</sup> Таким образом, можно вести речь о формировании новой картины правовой реальности, ставшем неизбежным следствием того идейного кризиса, в котором несколько десятилетий назад находились все юридические науки<sup>2</sup>.

В частности, переосмыслению подверглись представления о понятии права, его природе, сущности, предпосылках возникновения и основных законах развития, что повлекло за собой смещение центра внимания с абстрактной «системы», имеющей якобы универсальный характер и не зависящей от конкретных исторических условий, на многомерный и разнонаправленный процесс развития правопорядков, общие рамки которого формируются в цивилизационном контексте, оказывающем определяющее влияние на порядок правовой коммуникации членов сообщества, их представления о праве, а также на способы регулирования общественных отношений, используемые в том или ином обществе, стоящем на той или иной ступени развития.

Так, применительно ко многим правопорядкам прошлого представляется некорректным выделять такие признаки, как нормативность и системность. Дело в том, что сами эти категории, имеющие высокую степень абстрактности и общезначимости, предполагают высокий уровень типизации регулируемых отношений, что, в свою очередь, требует соответствующего уровня развития юридического мышления, присущего далеко не всем правопорядкам<sup>3</sup>. Неслучайно материальные и духовные предпосылки регулирования посредством норм окончательно сложились (причем не везде, а в наиболее продвинутых на тот момент правопорядках) в XVI–XVII вв., когда западный мир и, соответственно, западная правовая традиция вошли в эпоху научной и технической революций, стимулированных открытиями в сфере точных наук.

Именно по аналогии с взаимодействиями, рассматривавшимися в рамках ньютоновской классической механики, конструировалась модель правового регулирования, ставшая естественной для западного мира эпохи модерна. Данная модель представляет собой многоуровневую вертикальную иерархию, включающую: 1) принципы права, представляющие собой руководящие начала регулирования, выводимые из наблюдений основных закономерностей жизни общества, государства и права; 2) нормы права, имеющие характер общеобязательных, формально определенных правил поведения, установленных или санкционированных государством; 3) правоотношения, то есть урегулированные нормами права общественные отношения, имеющие типичный характер для правопорядка<sup>4</sup>.

Таким образом, общая модель правового регулирования, сохраняющая свое значение и в условиях перехода от модерна к постмодерну, выглядит как воздействие норм на фактические общественные отношения путем наделения их участников субъективными правами и обязанностями, выступающими производными результатами нормативного регулирования. Причем источником регулирования выступает,

<sup>1</sup> О значении смены парадигм, или научных революций, как ключевых этапов роста научного знания неоднократно писали философы и историки науки, такие как Т. Кун, К. Поппер и др. См., в частности: Кун Т. Структура научных революций. М.: Прогресс, 1975; Поппер К. Р. Логика научного исследования // Поппер К. Р. Логика и рост научного знания. М.: Прогресс, 1983. С. 33–235.

<sup>2</sup> В работах зарубежных теоретиков 1970–1980-х гг. содержится констатация данного кризиса и анализируются его проявления, особенно наглядно наблюдаемые в языке права и юридической науки. См.: Юридические понятия и язык права: зарубежные исследования. М.: ИНИОН, 1986. С. 25 и след.

<sup>3</sup> См.: Разуваев Н. В. Право как система и жизненный мир // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2023. № 2 (16). С. 4–7.

<sup>4</sup> См. подробнее: Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. / С. С. Алексеев. Т. 2. М.: Издательство «Юридическая литература» Администрации Президента Российской Федерации, 1982. С. 24–26. EDN: RLSTQN

как легко убедиться, воля государства (resp. законодателя), занявшего в данной схеме то место, которое божественная воля или вечные и неизменные законы природы занимали в традиционных правовых порядках доиндустриальной эпохи. Исходя из этого формируется правовопонимание, отражающее существенные характеристики рассмотренной модели регулирования и выступающее идейной основой последней в правовых традициях современности, а именно юспозитивистское, или нормативистское, правовопонимание, явно или неявно определяющее правовое мышление современного человека.

В отличие от современных правовых систем правового порядка прошлого не включали в себя развитой нормативной составляющей, основными элементами их структуры являлись юридические факты и правовые отношения, то есть, прежде всего, субъективные права и обязанности индивидов. Данное обстоятельство отмечал в свое время известный советский правовед Е. Б. Пашуканис, полагавший, что даже в современных правовых традициях не нормы, а именно правоотношения являются первичной клеткой правовой материи. С еще большим на то основанием сказанное относится к правовым традициям древности и Средних веков.

Для них была характерна своего рода «горизонтальная» модель правового регулирования, или регулирования посредством соглашений, устанавливавших субъективные права и обязанности участников. Эти субъективные права и обязанности лишь с течением длительного времени трансформируются в нормы, создаваемые в порядке доктринального или судебного правотворчества<sup>1</sup>. Развивая данную мысль, ученый писал, что норма права «представляет собой только симптом, по которому можно судить с некоторой долей вероятности о возникновении в ближайшем будущем соответствующих отношений. Но для того чтобы утверждать объективное существование права, нужно знать, осуществляется ли это нормативное содержание в жизни, то есть в социальных отношениях»<sup>2</sup>.

Этой модели регулирования соответствовал известный уровень развития правового мышления и правовой культуры, оперировавший в плане формально-логическом не столько абстрактными общими категориями, сколько конкретными казусами, связанными между собой не причинно-следственными связями, а свободными ассоциациями, подобными тем, которыми и в современной культуре связываются между собой художественные, в частности поэтические, образы<sup>3</sup>. Впрочем, говоря об уровне развития, следует специально оговориться, что речь не идет о том, что правовое мышление и правовопонимание, лежащие в основе правовых традиций доиндустриальных эпох, являлись менее развитыми или более отсталыми, чем современный тип правового мышления и правовопонимания.

Такие ошибочные суждения, распространенные в науке прошлого и позапрошлого столетий с ее европоцентристской установкой, уже получили надлежащую оценку в современной литературе. Скорее следует говорить об исторической специфике, вполне адекватной тому общему социокультурному контексту, в рамках которого складывались эти правовые традиции. Хорошую иллюстрацию данной мысли приводит Г. Бейтсон, утверждавший, что культуры, в рамках которых господствовало представление, будто инфекционные заболевания передаются злыми духами, при прочих равных условиях, ничуть не менее эффективны в плане лечения этих заболеваний, чем культуры, убежденные в том, что такие заболевания распространяются бактериями и вирусами<sup>4</sup>. Чтобы убедиться в этом, достаточно вспомнить, что римский врач Гален, руководствовавшийся в своих общенаучных представлениях философскими воззрениями Аристотеля, вплоть до XVII в. оставался практически непревзойденным медиком и диагностом, определившим развитие медицины на многие столетия вперед.

Точно так же правовое мышление доиндустриальных эпох, оперировавшее главным образом единичными атомарными фактами, было не менее адекватно модели регулирования поведения субъектов,

<sup>1</sup> Такой способ регулирования В. Ф. Попондопуло именует «правовым регулированием», противопоставляя его нормативному регулированию в узком смысле. См.: *Попондопуло В. Ф. Человеческая деятельность. Правовые формы осуществления и публичная организация*. М.: Проспект, 2021. С. 85.

<sup>2</sup> *Пашуканис Е. Б. Общая теория права и марксизм* // Е. Б. Пашуканис. Избранные произведения по общей теории права и государства. М.: Юридическая литература, 1980. С. 79–80.

<sup>3</sup> Такой способ правового мышления был с особой наглядностью и яркостью представлен в сочинениях римских юристов. См.: *Малиновский А. А. Римская юриспруденция: методология и дидактика* // *Российское право: образование, практика, наука*. 2017. № 4 (100). С. 31.

<sup>4</sup> См.: *Бейтсон Г. Экология разума*. М.: Смысл, 2000. С. 18–20.



чем правовое мышление, ориентированное на нормативную структуру права. Это связано с тем, что не только само регулирование, но и его предмет, а именно человеческое поведение, имеет свою культурно-историческую специфику, предполагающую для разных эпох различные модели регулирования.

Не углубляясь в рассмотрение данной проблемы, далеко выходящее за рамки настоящей работы, попробуем предположить, что поведение членов любого аграрного общества во многом имело аффективный и ценностно-рациональный характер (в том смысле, который вкладывался в данные понятия М. Вебером), существенно отличающийся от целерационального поведения, преобладающего в индустриальных и постиндустриальных обществах эпохи модерна<sup>1</sup>.

На весьма специфическую рациональность поведения членов традиционных аграрных обществ указывал и М. А. Рейснер, по словам которого в его основе «лежало не только рациональное, но весьма трезвое юридическое мышление, которое стремилось свести к математическому уровню тот или иной имущественный спор, так что и с этой стороны не было недостатков в практике рационального мышления, выработанного самой практикой хозяйственного оборота. Таким образом, уже одно крестьянское и огородное хозяйство Востока дает достаточно данных для образования наряду с мистическими и весьма рациональных построений»<sup>2</sup>.

Рациональность правового мышления, формируемого в рамках правовых традиций доиндустриальных (докапиталистических) обществ и, в первую очередь, западной правовой традиции, обеспечивалась влиянием, оказываемым на него тем правопониманием, которое было характерно и, более того, единственно возможно для правовых традиций данного исторического типа, а именно учением о естественном праве, или юснатуралистическим правопониманием. Последнее было столь же, если можно так выразиться, «органически» присуще доиндустриальным правовым традициям, насколько юспозитивизм присущ правовым традициям эпохи модерна. Указанное обстоятельство позволяет нам сделать вывод о том, что именно юснатуралистическое правопонимание являлось идейной основой указанных правовых традиций, определяющим образом влиявшей на реализацию специфической для них модели правового регулирования, о которой шла речь ранее.

Значение юснатурализма как идейной основы предопределялось некоторыми характерными чертами, присущими правопорядкам Древнего мира и Средних веков, а именно: 1) их горизонтальной структурой, резко отличающейся от вертикальной системной организации современных правовых систем; 2) специфической рациональностью поведения участников правовой коммуникации; 3) дефицитом нормативной составляющей, делавшим правовое регулирование ориентированным не столько на типичные отношения, регулярно воспроизводимые с участием неограниченного круга лиц, сколько на конкретные факты (казусы) и на конкретных субъектов.

Юснатурализм, с одной стороны, был необходимо связан с указанными особенностями, с другой — нивелировал их в интересах более эффективного правового регулирования. Так, представление о вечных и неизменных законах Вселенной, установленных божественной волей, как нельзя лучше соответствовало типу правового мышления доиндустриальной эпохи, сочетавшему в себе ассоциативно-образные и понятийные элементы. Одновременно сами эти вечные и неизменные законы, эксплицированные в актах законодательства, судебных решениях и сочинениях юристов, выполняли роль общих принципов правового регулирования, оказывая непосредственное воздействие на поведение участников правовой коммуникации.

Юснатурализм, тем или иным образом проявлявший себя в различных цивилизационных контекстах<sup>3</sup>, по вполне понятным причинам наиболее полно и всесторонне реализовался в рамках западной

<sup>1</sup> См.: Вебер М. Основные социологические понятия // М. Вебер. Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990. С. 628.

<sup>2</sup> Рейснер М. А. Идеологии Востока: очерки восточной теократии. Изд. 2-е. М.: Либроком, 2012. С. 13.

<sup>3</sup> Как полагает индийский исследователь С. С. Пракаш, элементы естественно-правового подхода содержались еще в Ведах, древнейшем памятнике индусской политико-правовой мысли. Сторонниками данного подхода являлись также Конфуций и Лао-цзы. По словам исследователя, «теории естественного права не принимают права, созданного человеком, в качестве истинного права. Они считают истинным правом не действующее право, а нечто другое, и придают этому праву высший статус в сравнении с действующим правом» (Пракаш С. С. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М.: ИЦ «Академия», 2006. С. 70). Можно с достаточной долей уверенности полагать, что модернизация права началась с утратой юснатурализмом господствующих позиций в правопонимании Нового времени.

правовой традиции<sup>1</sup>. Уже в античном мире учение о естественном праве имело своей целью познание вечных и неизменных природных законов, которые, определяя поведение человека как существа, обладающего свободной волей, призваны выступать основополагающими принципами нормативного регулирования в обществе.

В истории западной политико-правовой мысли учение о естественном праве претерпело известную эволюцию, пройдя в своем развитии несколько основных этапов, причем каждый из этих этапов знаменовал собой новый этап в правовой традиции или даже новую правовую традицию<sup>2</sup>. Можно говорить как минимум о трех исторических типах юснатурализма, а именно об античном юснатурализме, получившем наиболее полную и всестороннюю разработку в сочинениях Аристотеля, стоиков и Цицерона, средневековом юснатурализме, в развитие которого внесли глубокий вклад Иероним, Августин Блаженный и Фома Аквинский, и о юснатурализме раннего Нового времени, яркими представителями которого выступали Г. Гроций, Т. Гоббс, Дж. Локк, Ж.-Ж. Руссо и др.

В античном юснатурализме слабо проявлялись религиозные идеи, что могло быть связано с острым противоборством религиозно-мифологического мышления, имевшего ассоциативно-образный характер, с мышлением философским, являвшимся понятийным по преимуществу. Роль божественной воли выполняли у античных мыслителей природная справедливость (Аристотель, римские юристы) или естественный разум (стоики, Цицерон). Тем самым античный юснатурализм не только заложил основы представлений о естественном праве, сохранившиеся в наши дни, но и послужил мощным катализатором для формирования научной рациональности в том ее значении, которое было релевантно для соответствующих исторического и социокультурного контекстов<sup>3</sup>.

Средневековый юснатурализм видел основной источник вечных и неизменных законов в божественной воле, которая посредством этих законов оказывает регулирующее воздействие на человеческое поведение, тем самым выступая источником действующего (позитивного) права и правового регулирования. Признавая детерминирующее значение божественной воли в человеческих делах, средневековые мыслители-богословы одновременно не отрицали и значения человеческой свободной воли.

Это позволило им решить проблему ответственности за преступления, совершаемые людьми, являвшуюся неразрешимой для стоиков. Так, по мнению Фомы Аквинского: «Смысл естественного закона для человека как особого существа, одаренного богом душой и разумом (порожденным естественным светом разума и познания), состоит в том, что человек по самой своей природе наделен способностью различать добро и зло, причастен к добру и склонен к действиям и поступкам свободной воли, направленной к осуществлению добра как цели»<sup>4</sup>.

Наконец, учения о естественном праве раннего Нового времени, складывавшиеся в активном противоборстве со средневековыми доктринами, трактовали естественные законы как эмпирически наблюдаемые физические законы, аналогичные, например, законам классической механики. И подобно тому как физические взаимодействия могут быть описаны языком математики, взаимодействия в социальном мире также получают свое внешнее выражение и закрепление в актах позитивного права. В связи с этим следует возразить тем исследователям, которые полагают, будто юснатурализм Нового времени непременно включал в себя либеральную идеологию. В действительности из различных его версий могли следовать и либеральные (Гроций, Локк, Монтескье, Кондорсе и др.), и авторитарно-монархические (Гоббс), и радикально-демократические (Руссо) выводы.

По мере развития идей юснатурализма представление об универсальном «вселенском законе», реализуемом в поведении индивидов, легло в основу признания (уже в эпоху буржуазных революций XVII–XVIII вв.) комплекса естественных и неотчуждаемых прав и свобод, принадлежащих от рождения

<sup>1</sup> Здесь и далее речь будет идти о классическом юснатурализме, который следует отличать от современного юснатурализма, имеющего более философско-теоретическое, нежели практическое значение.

<sup>2</sup> О правовых традициях доиндустриальной эпохи см. подробнее: *Полдников Д. Ю.* Сравнительная история зарубежного права. В 2 т. Т. 1. Правовые традиции Древности и Средневековья. М.: Норма : Инфра-М, 2023.

<sup>3</sup> См. подробнее: *Разуваев Н. В.* Правовая наука Древнего Рима: от мифа к логосу // *Российская юстиция.* 2023. № 12. С. 19–26.

<sup>4</sup> История политических и правовых учений. Средние века и Возрождение / отв. ред. В. С. Нерсисянц. М.: Наука, 1986. С. 35.

любому человеку (прежде всего, права на жизнь, достоинство, свободу, собственность, убеждения и веру). В своем наиболее полном виде концепция классического юснатурализма была представлена в сочинении Г. Гроция «Три книги о праве войны и мира»<sup>1</sup>.

Г. Гроций, руководствуясь воззрениями античных и средневековых авторов о естественном праве и естественном законе, трансформировал эти представления в соответствии с появившейся в эпоху Нового времени потребностью в создании системы конституционных гарантий свободы личности, ее основных субъективных прав. Эти неотъемлемые и неотчуждаемые основные права должны были служить фундаментом для всех отраслей позитивного законодательства в правовом демократическом государстве.

Учение юснатурализма, видоизменяясь под влиянием целого ряда социальных, политических и идейных факторов, стало мощной движущей силой развития правопорядков западного мира — начиная от законодательств древнегреческих полисов и римского права и заканчивая правовыми системами современности, нормативную основу которых образуют конституционные права и свободы человека и гражданина<sup>2</sup>. Несмотря на динамический потенциал, присущий классическому юснатурализму, и на его способность видоизменяться, актуализироваться в различные эпохи, можно говорить и об устойчивости смысловых интенций, изначально присущих учению о естественном праве.

Как подчеркивают Д. И. Луковская и И. Б. Ломакина: «Противопоставление естественного права позитивному и моральная составляющая трансцендентных ценностей, имманентно присущих нормам естественного права, стали нарративом юснатурализма. Вневременной и внеконтекстуальный характер норм естественного права обусловили определенность самого естественного права и знания о нем»<sup>3</sup>. Способность юснатурализма к развитию, а также преемственность различных концепций в рамках единого правопонимания были обусловлены наличием неизменного идейного ядра, характерного для всех учений о естественном праве — от античности до эпохи раннего модерна.

Отмеченные особенности позволяют сделать вывод о том, что именно доктрина классического юснатурализма стала идейным фундаментом западной традиции права во всех разнообразных аспектах и проявлениях этой последней. В контексте вышеизложенного представляются далеко не случайными два обстоятельства. Во-первых, ведущая роль юристов в организации традиционных правопорядков на Западе вплоть до начала Нового времени. И во-вторых, практически всеобщая приверженность представителей профессионального юридического сообщества идеям юснатурализма, оказавшим, таким образом, определяющее влияние на развитие правопорядков западного мира от античности до раннего Нового времени.

Этот сознательный процесс развития правовых институтов и учреждений столь замечателен, что может быть уподоблен органическому росту живых существ. Легко заметить, что такая органическая аналогия не только продиктована вдохновляющим влиянием идей классического юснатурализма, лежавшего в основе развития правовых институтов, составляющего содержание западной правовой традиции, но и, в свою очередь, оказало влияние на доктрину юснатурализма, в течение ряда столетий занимавшую господствующие позиции в правовой доктрине и политической идеологии.

Таким образом, учение о естественном праве как идейная основа западной правовой традиции было самым непосредственным образом связано с конструируемой в рамках данной традиции модели правового регулирования, а также с правовым мышлением, типичным для соответствующей традиции. При этом модель регулирования, изначально формирующаяся спонтанно, на эмпирическом уровне, приобретает общезначимость в преломлении сквозь призму рациональности правового мышления, наивысшим рефлексивным выражением которой становится правопонимание.

Последнее характеризует достаточно высокоразвитые правовые традиции и появляется относительно поздно. Однако с момента его появления, как можно было убедиться на примере классического

<sup>1</sup> См.: Гроций Г. О праве войны и мира. М.: Ладомир, 1994.

<sup>2</sup> См. подробнее об этом: Арановский К. В. Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений / К. В. Арановский, С. Д. Князев. М.: Проспект, 2016. 208 с. EDN: PRIWGB

<sup>3</sup> Луковская Д. И., Ломакина И. Б. Проблема определенности правопонимания (в контексте эволюции юснатурализма) // Вестник Санкт-Петербургского Университета МВД России. 2020. № 3 (87). С. 28.

юснатурализма Античности и Средних веков, именно правопонимание начинает формировать как существенные характеристики правового мышления, так и модели регулирования поведения субъектов права.

### Литература

1. *Алексеев С. С.* Общая теория права: в 2 томах / С. С. Алексеев. Том 2. М.: Издательство «Юридическая литература» Администрации Президента Российской Федерации, 1982. 360 с. EDN: RLSTQN
2. *Арановский К. В.* Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений / К. В. Арановский, С. Д. Князев. М.: Проспект, 2016. 208 с. EDN: PRIWGB
3. *Бейтсон Г.* Экология разума. М.: Смысл, 2000.
4. *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Изд-во МГУ: ИНФРА-М — НОРМА, 1998.
5. *Вебер М.* Основные социологические понятия // М. Вебер Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990. EDN: SGUYOR
6. *Гроций Г.* О праве войны и мира. М.: Ладомир, 1994.
7. История политических и правовых учений. Средние века и Возрождение / отв. ред. В. С. Нерсисянц. М.: Наука, 1986.
8. *Кун Т.* Структура научных революций. М.: Прогресс, 1975.
9. *Луковская Д. И.* Проблема определенности правопознания (в контексте эволюции юснатурализма) / Д. И. Луковская, И. Б. Ломакина // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2020. № 3 (87). С. 26–32. DOI: 10.35750/2071-8284-2020-3-26-32. EDN: MHXGAL
10. *Малиновский А. А.* Римская юриспруденция: методология и дидактика // Российское право: образование, практика, наука. 2017. № 4 (100). С. 29–35.
11. *Пашуканис Е. Б.* Общая теория права и марксизм // Е. Б. Пашуканис. Избранные произведения по общей теории права и государства. М.: Юридическая литература, 1980.
12. *Полдников Д. Ю.* Сравнительная история зарубежного права: учебник: в 2 томах / Д. Ю. Полдников. М.: Инфра-М, Норма, 2023. 544 с. DOI: 10.12737/2037407. EDN: LKDFYX
13. *Попондопуло В. Ф.* Человеческая деятельность: правовые формы осуществления и публичная организация / В. Ф. Попондопуло. М.: Проспект, 2021. 736 с. EDN: NVXSFX
14. *Поппер К.* Логика научного исследования / К. Поппер // Логика и рост научного знания: Избранные работы / Составление, общая редакция и вступительная статья В. Н. Садовского. М.: Прогресс, 1983. С. 33–235. EDN: TАНZVR
15. *Пракаш С. С.* Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М.: ИЦ «Академия», 2006.
16. *Разуваев Н. В.* Право как система и жизненный мир / Н. В. Разуваев // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2023. № 2 (16). С. 4–7. EDN: AVZGWC
17. *Разуваев Н. В.* Правовая наука Древнего Рима: от мифа к логосу / Н. В. Разуваев // Российская юстиция. 2023. № 12. С. 19–26. DOI: 10.52433/01316761\_2023\_12\_19. EDN: YBIMSG
18. *Рейснер М. А.* Идеологии Востока. Очерки Восточной теократии / М. А. Рейснер. 1-е изд. М.: Юрайт, 2019. 355 с. (Антология мысли). EDN: SOQCIC
19. Юридические понятия и язык права: зарубежные исследования. М.: ИНИОН, 1986.

### Об авторе:

**Комлева Елизавета**, соискатель кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета (Санкт-Петербург, Российская Федерация)  
e-mail: liza.berezovskaya23@yandex.ru

### References

1. Alekseev, S. S. (1982) General Theory of Law: in 2 volumes. Volume 2. *Publishing House Legal Literature of the Administration of the President of the Russian Federation*. 360 p.

2. Aranovsky, K. V., Knyazev, S. D. (2016) The Rule of Law and the Rule of Law in the Relationship of Signs and Meanings. *Limited Liability Company Prospect*. 208 p.
3. Bateson, G. (2000) Ecology of Reason. *Smysl*.
4. Berman, G. J. (1998) Western Legal Tradition: the Era of Formation. *INFRA-M, NORMA*.
5. Weber, M. (1990) Basic Sociological Concepts. In: Selected Works. *Progress*.
6. Grotius, G. (1994) On the Law of War and Peace. *Ladomir*.
7. Nersesyants, V. S. (ed.) (1986) History of Political and Legal Doctrines. Middle Ages and Renaissance. *Nauka*.
8. Kuhn, T. (1975) The Structure of Scientific Revolutions. *Progress*.
9. Lukovskaya, D. I., Lomakina, I. B. The problem of certainty of legal cognition (in the context of the evolution of nature law). Bulletin of St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 2020. No. 3 (87). P. 26–32. DOI: 10.35750/2071-8284-2020-3-26-32
10. Malinovsky, A. A. (2017) Roman jurisprudence: methodology and didactics. *Russian law: education, practice, science*. No. 4 (100), pp. 29–35.
11. Pashukanis, E. B. (1980) The general theory of law and Marxism. In: Selected works on the general theory of law and state. *Legal literature*.
12. Poldnikov, D. Yu. (2003) Comparative history of foreign law: textbook: in 2 volumes. *Infra-M, Norma*. 544 p. DOI: 10.12737/2037407
13. Popondopulo, V. F. (2021) Human activity: legal forms of implementation and public organization. *Prospect*. 736 p. EDN: NVXSFX
14. Popper, K. (1983) Logic of Scientific Discovery. In: The Growth of Scientific Knowledge. Progress Publishing Group, 1983. Pp. 33–235.
15. Prakash, S. S. (2006) Jurisprudence, legal philosophy, in a nutshell. *Academy*.
16. Razuvaev, N. V. (2023) Law as a System and Lifeworld. *Theoretical and Applied Law*. No. 2 (16), pp. 4–7.
17. Razuvaev, N. V. (2023) The legal science of Ancient Rome: From myth to logos. *Russian Justice*. No. 12, pp. 19–26. DOI: 10.52433/01316761\_2023\_12\_19
18. Reisner, M. A. (2019) Ideologies of the East. Essays on Eastern Theocracy. *Yurait Publishing House*. 355 p.
19. Lezov, S. V. (ed.) (1986) Legal Concepts and the Language of Law: Foreign Studies. *INION*.

### About the author:

**Komleva Elizaveta**, external doctoral candidate of the Department of Theory and History of State and Law of the Faculty of Law, Saint Petersburg State University (Saint Petersburg, Russian Federation)  
e-mail: liza.berezovskaya23@yandex.ru

## Административные регламенты: понятие, признаки, проблемы правовой регламентации

**Лушникова В. А.**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Российская Федерация, Москва)

e-mail: vary07@bk.ru

### *Аннотация*

В статье анализируется относительно новая для российской правовой системы разновидность нормативных правовых актов — административные регламенты. Выявлены признаки, отличающие административные регламенты от иных ведомственных нормативных правовых актов. В работе проанализированы и рассмотрены основные этапы включения административных регламентов в российскую правовую действительность в ходе проводимой административной реформы, дано авторское определение административных регламентов, раскрывающее наиболее существенные их характеристики, рассмотрены виды административных регламентов, выявлены их общие и отличительные черты. Проведенное исследование позволило обозначить, сформулировать и охарактеризовать основные проблемы, связанные с применением административных регламентов, и предложить возможные пути их решения.

*Ключевые слова:* административные регламенты, ведомственное нормотворчество, административная процедура, административный процесс, административная реформа, правовая система.

*Для цитирования:* Лушникова В. А. Административные регламенты: понятие, признаки, проблемы правовой регламентации // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 3 (21). С. 54–62. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-54-62. EDN: RJVWCI

## Administrative Regulations: Concept, Features, Problems of a Legal Regulation

**Varvara A. Lushnikova**

National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

e-mail: vary07@bk.ru

### *Abstract*

The article analyzes a variety of normative legal acts, which is relatively new for the Russian legal system — administrative regulations. Signs that distinguish administrative regulations from other departmental regulatory legal acts are identified. The main stages of the inclusion of administrative regulations in the Russian legal reality in the course of the ongoing administrative reform are analyzed and considered. The author's definition of administrative regulations is given, revealing their most essential characteristics. The types of administrative regulations are considered, their general and special features are revealed. The study made it possible to identify, formulate and characterize the main problems associated with the application of administrative regulations and suggest possible ways to solve them.

*Keywords:* administrative regulations, departmental rule-making, administrative procedure, administrative process, administrative reform, legal system.

*For citation:* Lushnikova, V. A. Administrative Regulations: Concept, Features, Problems of a Legal Regulation. *Theoretical and Applied Law*, no. 3 (21), pp. 54–62. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-54-62

Сегодня в модернизации российской правовой системы можно выделить две главные тенденции. Первая тенденция проявляется в том, что в современной России появляются новые институты, которые успешно зарекомендовали себя на Западе (медиация, оценка регулирующего воздействия, электронная подпись и т. д.). Данные институты в большей степени характерны для новых отношений, связанных с развитием частной собственности, с предпринимательской и инвестиционной деятельностью.

Другая тенденция — это исключение из современной российской правовой системы институтов, которые закрепляли основы советского государственного строительства, плановой экономики и т. п.

Однако, как показал проведенный анализ, в системе нормативных правовых актов России остается довольно внушительный блок актов, принятых еще во времена СССР. Так, например, в информационном банке данных «Нормативные правовые акты Российской Федерации» Министерства юстиции Российской Федерации на 24 апреля 2024 г. зарегистрировано 6564 акта СССР и РСФСР<sup>1</sup>. И это принимая во внимание тот факт, что Д. А. Медведев, будучи еще Председателем Правительства России, в рамках правовой реформы под названием «регуляторная гильотина» подписал поручение, согласно которому все нормативные правовые акты, принятые в СССР и РСФСР, должны быть отменены к началу 2020 г.

Между тем статистика показывает, что в соотношении со всем нормативным массивом данных актов не так уж много, поскольку сейчас в указанном информационном банке зарегистрировано 15 750 963 нормативных правовых акта, причем 78 672 из них составляют нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти<sup>2</sup>.

Несмотря на то что конкретного количества, сколько же из этих актов приняты в форме административных регламентов, Министерство юстиции Российской Федерации не приводит, исследование современной российской юридической действительности позволяет сделать вывод о широком распространении данных источников права в различных сферах общественной жизни, что, безусловно, определяет актуальность осмысления этого правового феномена как с позиций отраслевых юридических наук, так и общей теории государства и права.

Следует заметить, что правовые реформы, начавшиеся в России еще в 1990-е гг., не обошли стороной систему нормативных правовых актов, в числе которых большой удельный вес составляют административные регламенты.

Административные регламенты являются довольно новым источником права в рамках российской правовой системы по сравнению с другими формами внешнего выражения правовых норм. Их появление связано, прежде всего, с проведением очередного этапа административной реформы. В 2003 г. в Послании Федеральному Собранию Президент Российской Федерации указал на необходимость заниматься совершенствованием административных процедур, с чем напрямую связано повышение эффективности деятельности государственного аппарата в целом<sup>3</sup>.

В Концепции административной реформы разработка и повсеместное внедрение административных регламентов выделены в качестве самостоятельной задачи. Целью реализации данной меры является повышение качества и эффективности существующих управленческих административных процессов<sup>4</sup>.

При этом такой вид нормативных правовых актов как регламент к тому моменту был принят в ряде высших органов государственной власти (Правительства России, палаты Федерального Собрания Российской Федерации), но федеральные органы исполнительной власти регламенты не принимали.

<sup>1</sup> Официальный сайт Министерства юстиции Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: <https://minjust.ru/> (дата обращения: 24.04.2024).

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 16.05.2003 // Российская газета. № 93. 17.05.2003.

<sup>4</sup> Распоряжение Правительства РФ от 25.10.2005 № 1789-р «О Концепции административной реформы в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 14.11.2005. № 46, ст. 4720.

В федеральных министерствах самыми распространенными видами нормативных правовых актов были приказы и инструкции.

Первое законодательное упоминание административных регламентов связано со вступлением в силу Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»<sup>1</sup>. В этом нормативном правовом акте должностной регламент государственного гражданского служащего был обозначен в качестве одного из элементов административного регламента государственного органа. При этом определение исследуемого понятия административного регламента в законе отсутствовало.

Следующим шагом стала разработка законопроекта «Об административных регламентах в исполнительных органах государственной власти»<sup>2</sup>, в котором предлагалось понимать административный регламент как нормативный правовой акт исполнительного органа государственной власти, который закрепляет административные процедуры. Также в законопроекте было дано определение самих административных процедур. Несмотря на обозначенные положительные аспекты, анализируемый законопроект так и не стал законом.

Правовой основой для появления административных регламентов стало Постановление Правительства Российской Федерации от 19.01.2005 № 30 «О Типовом регламенте взаимодействия федеральных органов исполнительной власти»<sup>3</sup>. Согласно этому нормативному документу, каждый из федеральных органов исполнительной власти должен принять регламент, который регулировал бы различные аспекты деятельности данных органов, включая реализацию соответствующих полномочий, а также взаимодействие с иными органами государственной власти.

Также важным документом при рассмотрении понятия и видовых особенностей административных регламентов является Постановление Правительства Российской Федерации от 28.07.2005 № 452 «О Типовом регламенте внутренней организации федеральных органов исполнительной власти»<sup>4</sup>.

Из вышесказанного следует вывод о существовании дихотомии административных регламентов. Об этом писал в своем монографическом исследовании К. В. Давыдов, отмечая, что административные регламенты бывают внутренними и внешними<sup>5</sup>.

Каждому из этих типов регламентов посвящено свое постановление Правительства Российской Федерации, раскрывающее их особенности. Первая группа административных регламентов представлена актами, регламентирующими вопросы внутренней организации федеральных органов исполнительной власти, вторая — внешними регламентами, которые регулируют вопросы осуществления федеральными органами исполнительной власти государственных функций, а также вопросы взаимодействия с другими государственными органами в процессе осуществления этих функций.

Следует заметить, что, несмотря на широкое применение как внутренних, так и внешних административных регламентов, легальная дефиниция внутренних регламентов на данный момент в российском законодательстве отсутствует.

Если вести речь о внешних регламентах, то нормативно закрепленные дефиниции встречаются в Концепции административной реформы<sup>6</sup> и в Федеральном законе «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Федеральный закон от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 02.08.2004. № 31, ст. 3215.

<sup>2</sup> Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.duma.gov.ru/> (дата обращения: 20.03.2024).

<sup>3</sup> О Типовом регламенте взаимодействия федеральных органов исполнительной власти: пост. Правительства Российской Федерации от 19.01.2005 № 30 // Собрание законодательства РФ. 24.01.2005. № 4, ст. 305.

<sup>4</sup> О Типовом регламенте внутренней организации федеральных органов исполнительной власти: пост. Правительства Российской Федерации от 28.07.2005 № 452 // Собрание законодательства РФ. 01.08.2005. № 31, ст. 3233.

<sup>5</sup> См.: Давыдов К. В. Административные регламенты федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации: вопросы теории / К. В. Давыдов. М.: Nota Bene Медиа Трейд, 2010. 389 с. EDN: QSADFR

<sup>6</sup> О Концепции административной реформы в Российской Федерации: расп. Правительства РФ от 25.10.2005 № 1789-р // Собрание законодательства РФ. 14.11.2005. № 46, ст. 4720.

<sup>7</sup> Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг: Федер. закон от 27.07.2010 № 210-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 02.08.2010. № 31, ст. 4179.



При этом коллизии между двумя определениями практически не наблюдается, поскольку Концепция закрепляет расширенную трактовку анализируемого понятия, характеризуя административный регламент как нормативный правовой акт, определяющий последовательность административных процедур, необходимых для исполнения соответствующих государственных функций, а федеральный закон дает уже более конкретную формулировку, сосредоточивая свое внимание исключительно на предоставлении государственных и муниципальных услуг.

Т. Я. Хабриева, А. Ф. Ноздрачев и Ю. А. Тихомиров в свое время предложили емкое и лаконичное определение административного регламента: это нормативный правовой акт, устанавливающий административную процедуру (административные процедуры)<sup>1</sup>. В законопроекте, который упоминался нами ранее, было использовано именно это определение.

Между тем данное определение раскрывает не все признаки административных регламентов. Сущностные характеристики административных регламентов определяются, прежде всего, тем, что они являются разновидностью нормативных правовых актов.

С точки зрения теории государства и права нормативный правовой акт представляет собой официальный документ компетентного органа государства либо должностного лица, закрепляющий, отменяющий либо конкретизирующий правовые нормы. Это отличает нормативные правовые акты от ненормативных правоприменительных актов, не содержащих правовых норм, а лишь позволяющих реализовывать нормативные положения на практике в отношении конкретных субъектов права, а также отличает их и от актов официального толкования норм права.

Административные регламенты обладают такими классическими для нормативных правовых актов признаками, как формальная определенность, неперсонифицированность, многократное применение, общеобязательность, обеспеченность силой государственного принуждения.

Вышеуказанные содержательные признаки нормативности административных регламентов дополняются также формальным признаком **государственной регистрации** административных регламентов в Министерстве юстиции Российской Федерации. В соответствующих постановлениях Правительства РФ закреплена обязательность государственной регистрации внешних административных регламентов<sup>2</sup>. При этом следует отметить, что правила о государственной регистрации Министерством юстиции Российской Федерации административных регламентов предоставления государственных услуг в 2024 и 2025 гг. не применяются<sup>3</sup>.

В отношении внутренних регламентов подобного требования в настоящее время нет, однако большинство внутренних регламентов прошли процедуру государственной регистрации<sup>4</sup>. Примерами могут служить административные регламенты внутренней организации Министерства финансов, МЧС России, Министерства обороны, ФССП, Росгвардии и многих иных органов исполнительной власти.

Помимо этого, административные регламенты являются подзаконными нормативными правовыми актами, они принимаются на основании законов либо в силу их исполнения, и поэтому они не должны им противоречить, поскольку призваны конкретизировать и детализировать законодательные положения. Так, в Федеральном законе «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» обозначены основы предоставления государственных и муниципальных услуг

<sup>1</sup> Административная реформа в России. Научно-практическое пособие / под ред. С. Е. Нарышкина, Т. Я. Хабриевой. М.: Контракт: ИНФРА-М, 2006. С. 34.

<sup>2</sup> Постановление Правительства РФ от 16.05.2011 № 373 «О разработке и утверждении административных регламентов осуществления государственного контроля (надзора) и административных регламентов предоставления государственных услуг» // Собрание законодательства Российской Федерации. 30.05.2011. № 22, ст. 3169; Постановление Правительства РФ от 20.07.2021 № 1228 (ред. от 25.04.2024) «Об утверждении Правил разработки и утверждения административных регламентов предоставления государственных услуг, о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых актов и отдельных положений актов Правительства Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 02.08.2021. № 31, ст. 5904.

<sup>3</sup> Постановление Правительства РФ от 14.10.2023 № 1706 «Об особенностях разработки, согласования, проведения экспертизы и утверждения административных регламентов предоставления государственных услуг в 2024 и 2025 годах, в том числе без использования федеральной государственной информационной системы, обеспечивающей ведение федерального реестра государственных услуг» // Собрание законодательства РФ. 23.10.2023. № 43, ст. 7711.

<sup>4</sup> Давыдов К. В. Административные регламенты федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации: вопросы теории / К. В. Давыдов. М.: Nota Bene Медиа Трейд, 2010. С. 22–23. EDN: QSADFR

(в частности, комплект необходимых документов, сроки конкретных действий, размер взимаемой платы и т. д.). Административные регламенты конкретизируют эти положения применительно к тем или иным государственным и муниципальным услугам.

Административные регламенты выступают определенным, а в настоящее время довольно распространенным видом актов в системе российского права, а значит, и в системе подзаконных нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и органов местного самоуправления, то есть органов, которые с принятием поправок в действующую Конституцию России составляют единую систему публичной власти.

Помимо того что административные регламенты являются формами (видами) подзаконных нормативных правовых актов, они также представляют собой определенный **вид актов управления**, правовая природа которых определяет императивный, обязывающий характер данных актов.

Несмотря на то что в административном праве, а также в отдельных работах по теории права используется понятие «акт управления», некоторые ученые употребляют понятие «административный акт», «правовой акт управления».

В соответствии с германской традицией под «административными актами» понимаются исключительно индивидуально-властные указания. Более привычным для российского административного права является следование французской традиции, использующей термин «административный акт» для обозначения как нормативных, так и индивидуальных актов<sup>1</sup>.

А. Ф. Ноздрачев при этом отмечает, что в классическом понимании, в материальном смысле административный акт представляет собой определенное решение. Административные регламенты же как такового решения не содержат, не указывают конкретного результата, а лишь определяют процедуру достижения данного результата, «конечного административного продукта»<sup>2</sup>. Именно эта отличительная особенность, по его мнению, позволяет выделить административные регламенты в обособленную группу в рамках всей совокупности административных актов.

Представляется, что применительно к административным регламентам вместо терминов «акт управления» или «административный акт» лучше использовать термин «акт публичного управления», под которым следует понимать властное волевое действие органов публичной власти и должностных лиц, как правило, закрепленное документально, осуществляемое в целях реализации и на основе нормативных правовых актов и распоряжений высших органов государственной власти, направленное на регулирование общественных отношений<sup>3</sup>.

Однако открытым остается вопрос: какой смысл следует вкладывать в понятие «административный регламент»?

Как уже было отмечено, административные регламенты закрепляют различные **административные процедуры**, следовательно, они могут быть охарактеризованы как процедурные акты. Конечно, содержание административных процедур, составляющих предмет регулирования внутренних и внешних административных регламентов, значительно различается: с одной стороны, это процедуры, касающиеся организации деятельности органа исполнительной власти, а с другой — процедуры, связанные с реализацией функций государства и предоставлением государственных услуг. Существование различных видов административных регламентов обусловлено наличием разнообразных процедур, закрепляемых анализируемыми нормативными правовыми актами.

Между тем выводить правовое понятие, опираясь только на один признак, нельзя. Такой подход не является методологически верным и конструктивным. В связи с этим важен анализ основных характеристик исследуемого правового феномена.

<sup>1</sup> Стариков Ю. Н. Курс общего административного права: в 3 т. / Т. 2. М.: Норма, 2002. С. 243–246. EDN: RWKJBF

<sup>2</sup> Ноздрачев А. Ф. Системная регламентация административной деятельности: отечественная доктрина и практика // Законодательство и экономика. 2011. № 8. С. 8–9. EDN: PHVRWP

<sup>3</sup> Сходное определение было предложено Ю. Г. Арзамасовым в работе: Арзамасов Ю. Г. Теория и практика ведомственного нормотворчества в России / Ю. Г. Арзамасов. М.: Юрлитинформ, 2013. 480 с. (Теория и история государства и права). EDN: RBJENG

Административные регламенты по своей природе **являются специальными кодифицированными актами**.

Однако какие признаки отличают простые ведомственные нормативные правовые акты (то есть акты федеральных органов исполнительной власти) от кодифицированных? Представляется, что отличия состоят в следующем.

Прежде всего, следует вести речь о содержании нормативного материала. Как правило, основной массив юридических норм, закрепленных в кодифицированных ведомственных актах, в свое время уже был закреплен в иных нормативных правовых актах, ранее регулировавших аналогичные общественные отношения. В качестве примера можно привести Административный регламент МВД России по предоставлению государственной услуги по выдаче справок о наличии (отсутствии) судимости и/или факта уголовного преследования либо о прекращении уголовного преследования<sup>1</sup>, большинство норм которого ранее содержались в Инструкции о порядке предоставления гражданам справок о наличии (отсутствии) у них судимости<sup>2</sup>.

Во-вторых, это четкое, структурно обусловленное и систематическое изложение норм права.

Из данного признака административных регламентов вытекает еще один: **особая юридическая конструкция**, отличающаяся от конструкций приказов и инструкций. Так, например, в приказах текст нормативного правового акта состоит в подавляющем большинстве случаев из пунктов, подпунктов и абзацев. На примере административных регламентов исполнения государственных функций и административных регламентов предоставления государственных услуг структура рассматриваемого вида нормативных правовых актов выглядит следующим образом: общие положения; раздел, посвященный требованиям, предъявляемым к исполнению той или иной государственной функции; описание состава, последовательности и сроков реализации соответствующих административных процедур; информация о порядке проводимого контроля и его возможных формах; сведения о досудебном порядке обжалования действий и решений, принятых в рамках предоставления той или иной услуги<sup>3</sup>.

Еще одной отличительной особенностью административных регламентов является их **утверждение приказами**. К большому сожалению, федеральные органы исполнительной власти по-прежнему продолжают следовать правотворческой традиции, в соответствии с которой кодифицированный акт в форме административного регламента утверждается таким простым нормативным актом, как приказ.

Ведомственные кодифицированные акты позволяют бороться с «пробельностью» нормативного материала, существующими коллизиями, а также с наличием множества нормативных правовых актов, регулирующих сходные общественные отношения.

На сегодняшний день ведомственные кодифицированные акты представляют собой **результат реализации функций правового регулирования**.

Закрепление четких сроков и процедур предоставления разрешительных документов позволяет административным регламентам выступать **в роли превентивных антикоррупционных средств**.

Следует также отметить, что административные регламенты **являются правовыми инструментами реализации государственной и муниципальной политики**. Эти виды политики формируются в различных сферах общественной жизни высшими органами государственной власти (Президентом, парламентом, Правительством), а также органами местного самоуправления. В определенных сферах федеральные министерства также участвуют в формировании государственной политики посредством принятия ведомственных нормативных правовых актов, что следует из анализа Указов Президента Российской

<sup>1</sup> Приказ МВД России от 27.09.2019 № 660 «Об утверждении Административного регламента Министерства внутренних дел Российской Федерации по предоставлению государственной услуги по выдаче справок о наличии (отсутствии) судимости и (или) факта уголовного преследования либо о прекращении уголовного преследования» (Зарегистрировано в Минюсте России 29.01.2020 № 57322) // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 30.01.2020.

<sup>2</sup> Приказ МВД РФ от 01.11.2001 № 965 (ред. от 17.11.2005) «Об утверждении Инструкции о порядке предоставления гражданам справок о наличии (отсутствии) у них судимости» (зарегистрировано в Минюсте РФ 11.01.2002 № 3153) // Российская газета. № 13. 23.01.2002.

<sup>3</sup> Постановление Правительства РФ от 16.05.2011 № 373 «О разработке и утверждении административных регламентов исполнения государственных функций и административных регламентов предоставления государственных услуг» // Собрание законодательства РФ. 30.05.2011. № 22, ст. 3169.

Федерации «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти»<sup>1</sup> и «О структуре федеральных органов исполнительной власти»<sup>2</sup>.

Сказанное позволяет предложить следующую дефиницию административного регламента. Административный регламент представляет собой *нормативный правовой акт исполнительного органа публичной власти, особая юридическая конструкция которого закрепляет совокупность юридических процедур, а также субъектов, сроков и результатов реализации таких процедур*. Административные регламенты представляют собой разветвленную систему и могут приниматься на федеральном, региональном и муниципальном уровнях.

Принимая во внимание тот факт, что административные регламенты в настоящее время действуют практически во всех федеральных, региональных и муниципальных органах исполнительной власти, следует признать, что они широко распространены в российской правовой системе. Несмотря на это, в сфере разработки и применения административных регламентов по-прежнему существуют значительные проблемы.

Прежде всего, как ранее отмечалось, административные регламенты названы нормативными правовыми актами в некоторых законодательных и подзаконных актах, но в базовом для рассматриваемой сферы Постановлении Правительства РФ<sup>3</sup> административные регламенты не упоминаются в данном ключе. В Постановлении в числе нормативных правовых актов, принимаемых федеральными органами исполнительной власти, обозначены постановления, приказы, правила, инструкции, положения. Отмечается, что письма, телеграммы и распоряжения не являются нормативными правовыми актами.

На региональном уровне наблюдается сходная ситуация: Федеральный закон от 21.12.2021 № 414-ФЗ «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации»<sup>4</sup> в числе нормативных правовых актов органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации административные регламенты не называет. При этом в данном Федеральном законе упоминаются Регламент Государственной Думы, а также регламенты законодательных органов субъекта Российской Федерации как нормативные правовые акты, решающие вопросы внутреннего распорядка деятельности данных органов.

Центральный нормативный правовой акт, посвященный деятельности органов местного самоуправления, — Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>5</sup> — идет по тому же пути. Упоминания регламентов нет ни в статье 35, посвященной компетенции представительного органа местного самоуправления, ни в нормах главы 7 указанного закона, определяющей систему муниципальных правовых актов.

Таким образом, в федеральном законодательстве был закреплен новый вид нормативных правовых актов, но в настоящее время детализированная схема разработки, принятия и регистрации административных регламентов до конца не разработана. Здесь справедливо возникает вопрос: целесообразно ли будет принятие Федерального закона «Об административных регламентах в исполнительных органах государственной власти»?

Несмотря на кажущуюся привлекательность такой меры, и теоретические положения нормографии, и практика законодательной деятельности свидетельствуют о нецелесообразности такого решения указанного вопроса. Создание отдельного федерального закона по каждому виду нормативных правовых актов породило бы значительные затраты финансовых, временных и кадровых ресурсов. Данный вывод подтверждается и практикой отсутствия подобного рода федеральных законов, посвященных правилам разработки, принятия и регистрации только одной разновидности нормативных правовых актов.

<sup>1</sup> Указ Президента РФ от 09.03.2004 № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» // Российская газета. № 50. 12.03.2004.

<sup>2</sup> Указ Президента РФ от 11.05.2024 № 326 «О структуре федеральных органов исполнительной власти» // Собрание законодательства РФ. 13.05.2024. № 20, ст. 2590.

<sup>3</sup> Постановление Правительства РФ от 13.08.1997 № 1009 «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации» // Российская газета. № 161. 21.08.1997.

<sup>4</sup> Федеральный закон от 21.12.2021 № 414-ФЗ «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 27.12.2021. № 52 (часть I), ст. 8973.

<sup>5</sup> Собрание законодательства РФ. 06.10.2003. № 40, ст. 3822.

Принимая во внимание вышесказанное, наиболее рациональным решением проблемы видится разработка и принятие Федерального закона «О нормотворческой деятельности и нормативных правовых актах федеральных органов исполнительной власти». Данный шаг направлен на повышение качества различных аспектов нормотворческой деятельности федеральных органов исполнительной власти. Обозначенный Федеральный закон призван закрепить четкий перечень всех существующих видов ведомственных нормативных правовых актов, к которым относятся, в том числе, административные регламенты, порядок их учета и хранения. Также необходимо зафиксировать и охарактеризовать все стадии ведомственного нормотворческого процесса.

Современные реалии свидетельствуют о существовании определенных трудностей в процессе построения единого правового пространства в России, функционировании механизма правового регулирования в целом. Во многом данная ситуация обусловлена отсутствием Федерального закона «О нормотворческой деятельности и нормативных правовых актах федеральных органов исполнительной власти». Несмотря на то что впервые идея о принятии такого закона была высказана еще в 1998 г.<sup>1</sup>, данная проблема, несомненно, требует серьезного осмысления и дальнейшей проработки, поскольку на тот момент речь об административных регламентах, как источниках права, вообще не шла.

В настоящее время ситуация изменилась, административные регламенты играют важную роль в российской правовой системе, в конкретизации и детализации положений законов и постановлений Правительства России, в обеспечении прав российских граждан. Не зря профессор А. Ф. Ноздрачев назвал их «символом нового порядка в России»<sup>2</sup>. Административные регламенты направлены на повышение уровня прозрачности деятельности органов исполнительной власти и их должностных лиц, достигаемой за счет регламентации детальных административных процедур. В целом следует признать, что административные регламенты стали эффективным инструментом реализации административной реформы. Принятие обозначенного закона будет важным шагом в дальнейшем укреплении позиций административных регламентов в российской правовой системе, в повышении их качества. Помимо этого, такая регламентация будет способствовать также усилению эффективности всей системы актов публичной власти.

## Литература

1. Административная реформа в России. Научно-практическое пособие / под ред. С. Е. Нарышкина, Т. Я. Хабриевой. М.: Контракт: ИНФРА-М, 2006. 341 с.
2. Арзамасов Ю. Г. Обеспечение прав человека и гражданина в нормотворческой деятельности органов внутренних дел: специальность 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Арзамасов Юрий Геннадьевич. Москва, 1998. 242 с. EDN: NLKDYX
3. Арзамасов Ю. Г. Теория и практика ведомственного нормотворчества в России / Ю. Г. Арзамасов. М.: Юрлитинформ, 2013. 480 с. (Теория и история государства и права). EDN: RBJENG
4. Давыдов К. В. Административные регламенты федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации: вопросы теории / К. В. Давыдов. М.: Nota Bene Медиа Трейд, 2010. 389 с. EDN: QSADFR
5. Ноздрачев А. Ф. Системная регламентация административной деятельности: отечественная доктрина и практика // Законодательство и экономика. 2011. № 8. С. 5–41. EDN: PHVRWP
6. Стариков Ю. Н. Курс общего административного права: в 3 т. / Т. 2. М.: Норма, 2002. 600 с. EDN: RWKJBF

<sup>1</sup> См.: Арзамасов Ю. Г. Обеспечение прав человека и гражданина в нормотворческой деятельности органов внутренних дел: специальность 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Арзамасов Юрий Геннадьевич. Москва, 1998. С. 10. EDN: NLKDYX

<sup>2</sup> Ноздрачев А. Ф. Системная регламентация административной деятельности: отечественная доктрина и практика // Законодательство и экономика. 2011. № 8. С. 2. EDN: PHVRWP

**Об авторе:**

**Лушникова (Назайкинская) Варвара Алексеевна**, преподаватель департамента теории права и сравнительного правоведения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Российская Федерация, Москва); заместитель академического руководителя образовательной программы «Юриспруденция» Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Российская Федерация, Москва)  
e-mail: vary07@bk.ru

**References**

1. Naryishkin, S. E., Habrieva, T. Ya. (eds.) (2006) Administrative reform in Russia. Scientific and practical guide. *Kontrakt: INFRA*. 341 p. (In Russ.)
2. Arzamasov, Yu. G. (2013) Theory and practice of departmental rule-making in Russia. *Yurlitinform*. 480 p. (In Russ.)
3. Arzamasov, Yu. G. (1998) Ensuring human and civil rights in the law-making activities of the internal affairs bodies. 242 p. (In Russ.)
4. Davyidov, K. V. (2010) Administrative regulations of the federal executive bodies of the Russian Federation: theory issues. *NOTA BENE*. 390 p. (In Russ.)
5. Nozdrachev, A. F. (2011) System regulation of administrative activities: domestic doctrine and practice. *Zakonodatelstvo i ekonomika*. Vol. 8. Pp. 5–41. (In Russ.)
6. Starilov, Yu. N. (2002) General Administrative Law Course. In 3 vols. Vol. II. *NORMA: INFRA-M*. 600 p. (In Russ.)

**About the author:**

**Varvara A. Lushnikova (Nazaykinskaya)**, lecturer of the School of Theory of Law and Comparative Law of the Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation); deputy chief of the educational program “Jurisprudence”, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)  
e-mail: vary07@bk.ru

## Принудительная и добровольная биометрия: содержание и разграничение в российском праве

**Митянов З. О.**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Нижегородский филиал (Нижний Новгород, Российская Федерация)

e-mail: zakharmityanov1311@gmail.com

### *Аннотация*

В статье рассматриваются особенности выделения и разграничения двух областей, входящих в сферу обработки биометрических персональных данных в России: принудительной и добровольной биометрии. Формулируются определения понятий данных областей, рассматриваются особенности их содержания. Приводится обоснование их разграничения, основные критерии и особенности такого разграничения. Выделяются проблемы добровольной биометрии в контексте исключительных случаев принудительной обработки биометрических персональных данных. Изучается соотношение частных и публичных интересов в каждой из областей. Делаются выводы об оформлении границ добровольной биометрии и ее отграничении от принудительной в связи с законодательными новеллами конца 2022 г.; принципиальном отличии принудительной биометрии от добровольной; наличии особых критериев разграничения добровольной и принудительной биометрии; необходимости сосредоточения правотворческих усилий именно на области добровольной биометрии ввиду ее динамичности и близости к повседневной жизни.

*Ключевые слова:* биометрические персональные данные, принудительная биометрия, добровольная биометрия, разграничение понятий, Единая биометрическая система.

*Для цитирования:* Митянов З. О. Принудительная и добровольная биометрия: содержание и разграничение в российском праве // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 3 (21). С. 63–74. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-63-74. EDN: RQKXYV

## Compulsory and Voluntary Biometrics: Content and Distinction in Russian Law

**Zakhar O. Mitianov**

National Research University Higher School of Economics, Nizhny Novgorod Branch (Nizhny Novgorod, Russian Federation)

e-mail: zakharmityanov1311@gmail.com

### *Abstract*

The article examines the peculiarities of separation and differentiation of two areas included in the sphere of biometric personal data processing in Russia: compulsory and voluntary biometrics. The definitions of the concepts of these areas are formulated, the peculiarities of their content are considered. Justification of their differentiation, main criteria and specifics of such differentiation are given. The problems of voluntary biometrics in the context of exceptional cases of compulsory processing of biometric personal data are highlighted. The balance of private and public interests in each of the areas is studied. The conclusions are drawn about the formation of the scope of voluntary biometrics and its differentiation from compulsory biometrics due to the legislative novelties at the

end of 2022; the essential difference between compulsory biometrics and voluntary biometrics; the existence of special criteria for differentiating between voluntary and compulsory biometrics; the need to focus lawmaking efforts on voluntary biometrics due to its dynamism and closeness to everyday life. *Keywords:* biometric personal data, compulsory biometrics, voluntary biometrics, differentiation of concepts, Unified Biometric System.

*For citation:* Mitianov, Z. O. (2024) Compulsory and Voluntary Biometrics: Content and Distinction in Russian Law. *Theoretical and Applied Law*. No. 3 (21), pp. 63–74. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-63-74

В условиях цифровой трансформации России информация становится основной ценностью, так как является драйвером развития. Соответственно, она требует надлежащей защиты при помощи правовых средств.

Ввиду появления новых технологий обработки информации появляются новые ее виды, нередко являющиеся «чувствительными»<sup>1</sup> и уязвимыми. Таковыми являются биометрические персональные данные (далее — БПД), которые, согласно ст. 11 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» (далее — Закон № 152-ФЗ), представляют собой сведения о физиологических и биологических особенностях человека, на основании которых можно установить его личность и которые используются оператором для установления личности субъекта персональных данных<sup>2</sup>. Уязвимыми БПД являются потому, что характеризуют неотъемлемые и «нестираемые» черты человека, составляющие его цифровой облик: геометрия лица, записи голоса и речи, рисунок вен ладони, скан сетчатки глаза и иные БПД являются уникальными для каждого человека и присущи ему на протяжении всей жизни<sup>3</sup>. Они могут стать объектом злого умысла, быть подделаны, украдены или скомпрометированы, что может нанести серьезный ущерб физической и ментальной целостности человека<sup>4</sup>, а также повлечь неблагоприятные для него юридические последствия.

Из-за новизны и растиражированной «опасности» биометрических технологий наблюдается достаточно высокий уровень недоверия граждан к биометрии и сдаче своих БПД как государству, так и хозяйствующим субъектам. Согласно опросу ВЦИОМ<sup>5</sup>, проведенному в июне 2023 г., 32 % россиян негативно относятся к сдаче БПД, чаще всего объясняя это вторжением в частную жизнь, нарушением прав человека и опасениями по поводу утечек данных; положительно к сдаче биометрии относится всего 26 % населения. При этом осведомлены о существовании и содержании биометрии всего 55 % опрошенных. Низкий уровень информированности, непонимание преимуществ и недостатков биометрии закономерно влекут недоверие как к самим технологиям, так и к субъектам, собирающим и использующим БПД.

Сфера обработки БПД тем временем становится всё обширнее: они получают распространение как в области государственной безопасности и правоохранительной деятельности, так и в повседневной жизни (банковские услуги, дистанционная сдача экзаменов, оплата проезда в транспорте, товаров в магазинах). По данным аналитиков, текущий совокупный годовой рост рынка биометрии в мире составляет приблизительно 19 %, а к 2027 г. данный рынок вырастет почти в два раза по сравнению с 2023 г.<sup>6</sup> В такой объемной и разнообразной сфере неизбежно сталкиваются публичные и частные интересы. Первые

<sup>1</sup> См., например: Кривогин М. С. Особенности правового регулирования биометрических персональных данных // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2017. № 2. С. 83–84. DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.80.89. EDN: ZFCIZT; Бундин М. В. Персональные данные в системе информации ограниченного доступа: специальность 12.00.13 «Информационное право»: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Бундин Михаил Вячеславович. Москва, 2017. С. 15. EDN: CFEAGH

<sup>2</sup> О персональных данных: Федер. закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_61801/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61801/) (дата обращения: 22.12.2023). Здесь и далее тексты нормативных актов используются и (или) цитируются по СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> См.: Рассолов И. М. Биометрия в контексте персональных данных и генетической информации: правовые проблемы / И. М. Рассолов, С. Г. Чубукова, И. В. Микурова // *Lex Russica (Русский закон)*. 2019. № 1 (146). С. 110. DOI: 10.17803/1729-5920.2019.146.1.108-118. EDN: YVPCZF

<sup>4</sup> См.: Van der Ploeg I. (2007) Genetics, Biometrics and the Informatization of the Body. *Annali dell'Istituto Superiore di Sanita*. Vol. 43, No. 1. Pp. 47–50. PMID: 17536153

<sup>5</sup> Третью опрошенных граждан России плохо относятся к сдаче биометрии. URL: <https://www.vedomosti.ru/society/articles/2023/07/04/983761-tret-oproshennih-grazhdan> (дата обращения: 27.02.2024).

<sup>6</sup> Мировой рынок биометрии — 39,37 млрд долларов в 2023 году. URL: <https://www.secuteck.ru> (дата обращения: 28.02.2024).



состоят в необходимости использования БПД для целей идентификации, отслеживания и пресечения противоправных деяний, а также общего обеспечения государственной безопасности<sup>1</sup>. Вторые состоят в гарантиях реализации конституционного права на неприкосновенность частной жизни<sup>2</sup> и обеспечения конфиденциальности БПД отдельного физического лица<sup>3</sup>.

В ходе работы будет проведено разграничение двух крупных областей, составляющих сферу обработки БПД: принудительной и добровольной биометрии. Ввиду быстрого распространения биометрии в сфере безопасности и повседневной жизни, а также возросшего тренда на приватность и недоверия граждан к биометрии необходимо изучение теоретических и нормативных основ выделения и разграничения принудительной и добровольной биометрии. Исследование полезно для будущего определения наиболее эффективной стратегии правового регулирования обеих областей в целях обеспечения защиты физических лиц, являющихся субъектами БПД. Научная новизна исследования состоит в определении особенностей содержания и выделении критериев разграничения добровольной и принудительной биометрии в праве России.

### Зарождение и эволюция принудительной и добровольной биометрии

Законодательство в сфере обработки БПД (и персональных данных в целом) существует относительно недавно, поскольку начало активно развиваться лишь в постсоветский период истории России, с принятием Верховным Советом РСФСР в 1991 г. Декларации о правах и свободах человека и гражданина и последующим закреплением в Конституции РФ в 1993 г. права на неприкосновенность частной жизни<sup>4</sup>. В советский период нормы о конфиденциальности и неприкосновенности были установлены лишь формально и не подкреплены реальной практикой обеспечения<sup>5</sup>.

Общие основы обработки персональных данных были заложены еще в Федеральном законе от 20.02.1995 № 24 «Об информации, информатизации и защите информации»<sup>6</sup> (утратил силу), который в ст. 2 и 11 впервые закрепил дефиницию «персональные данные», однако не конкретизировал ее в части БПД. Непосредственно понятие «биометрические персональные данные» было впервые закреплено в 2006 г. с принятием Закона № 152-ФЗ и включением в данный закон ст. 11, устанавливающей легальное определение БПД. Впоследствии определение незначительно менялось, вокруг БПД постепенно формировался пласт законодательного регулирования.

В 2022 г. в законодательном регулировании сферы обработки БПД произошли масштабные изменения: был принят Федеральный закон от 29.12.2022 № 572-ФЗ «Об осуществлении идентификации и/или аутентификации физических лиц с использованием биометрических персональных данных, о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»<sup>7</sup> (далее — Закон № 572-ФЗ), ознаменовавший собой новую веху в законодательном регулировании биометрии в России и, помимо прочего, поспособствовавший выделению и разграничению принудительной и добровольной биометрии.

До принятия Закона № 572-ФЗ разграничение между принудительной и добровольной биометрией было достаточно условным, поскольку вся «добровольность» сводилась лишь к необходимости

<sup>1</sup> См.: Кузнецова С. С. Биометрическая идентификация в Интернете: тенденции правового регулирования в России и за рубежом / С. С. Кузнецова, А. Н. Мочалов, М. С. Саликов // Вестник Томского государственного университета. 2022. № 476. С. 265. DOI: 10.17223/15617793/476/28. EDN: NEKBAX

<sup>2</sup> Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 (с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020). URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_28399/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/) (дата обращения: 23.12.2023).

<sup>3</sup> См.: Кузнецова С. С., Мочалов А. Н., Саликов М. С. Указ. соч. С. 265.

<sup>4</sup> См.: Сапронов Д. Ю. Эволюция правового регулирования персональных данных в России // Труды по интеллектуальной собственности, 2020. Т. 36, № 3–4. С. 182. EDN: PNFYBW

<sup>5</sup> См.: там же. С. 181.

<sup>6</sup> Об информации, информатизации и защите информации: Федер. закон от 20.02.1995 № 24-ФЗ. URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_61798/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61798/) (дата обращения: 08.01.2024).

<sup>7</sup> Об осуществлении идентификации и/или аутентификации физических лиц с использованием биометрических персональных данных, о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации: Федер. закон от 29.12.2022 № 572-ФЗ. URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_436110/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_436110/) (дата обращения: 08.01.2024).

получения письменного согласия субъекта БПД на их обработку, установленной в ч. 1 ст. 11 Закона № 152-ФЗ. Такое согласие должно было быть добровольным и информированным: субъект БПД осуществлял волеизъявление на обработку своих БПД после того, как получит информацию о целях, способах обработки и иных необходимых нюансах. При этом на практике «добровольность» не всегда соблюдалась: например, оператор БПД мог обусловить оказание услуг/заключение договора согласием на обработку БПД и в случае отказа субъекта БПД попросту не предоставлял услугу<sup>1</sup>. Такие случаи ставили под угрозу права физических лиц, а также подрывали доверие к биометрии среди населения.

В ч. 2 ст. 11 Закона № 152-ФЗ указан перечень случаев, при которых БПД могут обрабатываться без согласия субъекта БПД, а значит, и без его воли: в основном эти ситуации касаются реализации публичного интереса и направлены на обеспечение безопасности и обороны государства (дактилоскопическая регистрация, геномная регистрация, оборона, безопасность, противодействие терроризму, оперативно-розыскная деятельность, транспортная безопасность и др.). Отсутствие воли субъекта БПД фактически означает «принудительность» обработки: в исключительных случаях БПД будут обработаны независимо от воли субъекта и в произвольном объеме, необходимом для целей обработки.

Таким образом, добровольная биометрия представляла собой все БПД, которые правомерно обрабатываются с письменного согласия субъекта БПД в соответствии с ч. 1 ст. 11 Закона № 152-ФЗ. При этом пространственные и временные рамки такой обработки были практически не установлены, а круг операторов был произвольным: любое лицо с письменного согласия субъекта БПД могло их обрабатывать.

Принудительная биометрия была очерчена более четко, поскольку представляла собой исключительный и исчерпывающий перечень случаев, установленных в ч. 2 ст. 11 Закона № 152-ФЗ, для каждого из которых существовали свои законодательные правила регулирования (законодательство об обороне, безопасности, противодействии терроризму и др.), а операторами чаще всего являлись правоохранительные органы либо иные органы публичной власти.

### **Определение содержания и границ принудительной и добровольной биометрии**

В декабре 2022 г. с принятием Закона № 572-ФЗ разграничение принудительной и добровольной биометрии оформилось окончательно, и обе области получили характерное содержание.

Для начала стоит отметить, что, несмотря на то что новый закон и в названии, и в содержании оперирует понятиями «биометрическая идентификация/аутентификация», речь всё равно будет идти об обработке БПД. Представляется допустимым включить указанные категории в более широкое понятие «обработка БПД» в качестве форм обработки. Допустимо это потому, что, исходя из легальной дефиниции БПД, содержащейся в ч. 1 ст. 11 Закона № 152-ФЗ, с такой категорией данных не может проводиться иных операций, кроме как идентификация и/или аутентификация, ведь одной из характеристик БПД является именно возможность установления по ним личности человека (и использование их для этой цели оператором), на основе чего и работают идентификация и аутентификация. Отличие между ними состоит лишь в том, что при аутентификации получаемый оператором биометрический шаблон конкретного лица сопоставляется с его же уже имеющимся в базе данных шаблоном для подтверждения личности (то есть происходит сопоставление «один к одному» и проверка, тот ли человек представлен для аутентификации), а при идентификации оператор сопоставляет получаемый шаблон с общей базой данных, не зная при этом заранее, какой человек представлен для идентификации, для выделения и определения (а именно идентификации) его среди группы лиц (то есть происходит сопоставление «одного ко многим» и выясняется, что за человек представлен для идентификации, устанавливается его личность по биометрии)<sup>2</sup>.

Принудительная биометрия на практике чаще всего включает в себя обработку БПД правоохранительными органами (например, при дактилоскопической регистрации или при проведении мониторинга

<sup>1</sup> За отказ обслужить потребителя, который не предоставил персональные данные, будут штрафовать. URL: <https://its.1c.ru/db/newscomm/content/479672/hdoc> (дата обращения: 01.03.2024).

<sup>2</sup> См.: Mordini E., Petrini C. (2007) Ethical and social implications of biometric identification technology. *Annali dell'Istituto Superiore di Sanita*. Vol. 43. No. 1. Pp. 5–11. PMID: 17536148.

мест массового скопления людей с помощью камер с технологией распознавания лиц<sup>1</sup>); обработку БПД сотрудниками пограничной службы (при проверке личности по биометрическому паспорту), а также иные случаи (нотариат, исполнение наказаний, мониторинг эпидемиологической ситуации и др.)<sup>2</sup>.

Принудительная биометрия почти не претерпела изменений с точки зрения законодательного регулирования. К положениям ч. 2 ст. 11 Закона № 152-ФЗ, выделяющим ее в отдельную область, добавились нормы ч. 2 ст. 1 Закона № 572-ФЗ, характеризующие сферу применения закона, которые «выводят» принудительную биометрию из-под обработки в рамках Единой биометрической системы (далее — ЕБС). Данные положения во многом дублируют исключения, связанные с реализацией публичного интереса, установленные в ч. 2 ст. 11 Закона № 152-ФЗ, но всё же конкретизируют круг случаев обработки принудительной биометрии. Например, под принудительную биометрию подпадают: обработка БПД при разведывательной и контрразведывательной деятельности; при реализации внешней политики; функционирование государственной системы миграционного и регистрационного учета, а также изготовление, оформление и контроль обращения документов, удостоверяющих личность; обеспечение санитарно-эпидемиологического благополучия; неавтоматизированная обработка БПД с участием должностного лица.

Указанные выше случаи конкретизируют положения ч. 2 ст. 11 Закона № 152-ФЗ, прописанные достаточно общими словами («законодательством об обороне, о безопасности»), и оформляют исчерпывающий перечень ситуаций, при которых обработка БПД может считаться принудительной. То есть нормативными рамками принудительной биометрии являются положения ч. 2 ст. 11 Закона № 152-ФЗ и ч. 2 ст. 1 Закона № 572-ФЗ, которые расширены в большом количестве подзаконных и ведомственных актов органов публичной власти (в основном правоохранительных). Также рамки принудительной биометрии прослеживаются в недавно введенной ч. 3 ст. 11 Закона № 152-ФЗ. Она устанавливает запрет на обязательное предоставление БПД, за исключением случаев, перечисленных в ч. 2 ст. 11 Закона № 152-ФЗ.

Поскольку, согласно ч. 3 ст. 11 Закона № 152-ФЗ, предоставление БПД в ряде случаев является обязательным, и на эти случаи не распространяет действие новый Закон № 572-ФЗ, устанавливающий правила и гарантии для физических лиц при обработке их БПД (в числе которых принцип добровольности предоставления БПД, возможность отказа от обработки и др., что будет рассмотрено далее), можно определить сущность принудительной биометрии. Основной ее чертой является обязательная (принудительная) обработка БПД без согласия субъекта БПД, а в ряде случаев даже без его ведома<sup>3</sup>.

Таким образом, принудительная биометрия — это обработка БПД без согласия (либо без согласия и осведомленности) субъекта БПД, осуществляемая в исключительных случаях, исчерпывающий перечень которых установлен в ч. 2 ст. 11 Закона № 152-ФЗ и ч. 2 ст. 1 Закона № 572-ФЗ, связанная в основном с реализацией публичного интереса в сфере безопасности и деятельности правоохранительных органов.

Область добровольной биометрии включает в себя обработку БПД чаще всего: при оказании государственных и муниципальных услуг (в том числе при открытии бизнеса онлайн с 01.03.2024<sup>4</sup>); при

<sup>1</sup> См.: Кутейников Д. Л. Неприкосновенность частной жизни в условиях использования систем искусственного интеллекта для удаленной биометрической идентификации личности / Д. Л. Кутейников, О. А. Ижаев, Л. В. Алексеевич, С. С. Зенин // *Lex Russica* (Русский закон). 2022. Т. 75, № 2 (183). С. 121–131. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.183.2.121-131. EDN: YBGYGU

<sup>2</sup> См., например: Raposo V. L. (2023) The Use of Facial Recognition Technology by Law Enforcement in Europe: A Non-Orwellian Draft Proposal. *European Journal on Criminal Policy and Research*. No. 29. Pp. 515–533. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10610-022-09512-y>; Sánchez-Monedero J. (2022) The politics of deceptive borders: “biomarkers of deceit” and the case of iBorderCtrl. *Information, Communication & Society*. Vol. 25, No. 3. Pp. 413–430. DOI: 10.1080/1369118X.2020.1792530; Аналитический доклад ИДККТ: биометрия и борьба с терроризмом. URL: [https://www.un.org/securitycouncil/ctc/sites/www.un.org.securitycouncil.ctc/files/files/documents/2022/Jan/cted\\_analytical\\_brief\\_biometrics\\_ru.pdf](https://www.un.org/securitycouncil/ctc/sites/www.un.org.securitycouncil.ctc/files/files/documents/2022/Jan/cted_analytical_brief_biometrics_ru.pdf) (дата обращения: 02.03.2024).

<sup>3</sup> Обработка БПД без ведома субъекта БПД может производиться правоохранительными органами (например, сотрудниками МВД РФ) при мониторинге мест массового скопления людей камерами с функцией распознавания лиц. Такой мониторинг осуществляется в рамках проектов «Умный город» и/или «Безопасный город» и попадает под исключения, указанные в ч. 2 ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ. Лица, совершающие противоправные деяния, могут не подозревать, что находятся в поле зрения камер. Камеры распознают людей по геометрии лица (т. е. обрабатывают их БПД) и выдают процент совпадения сотруднику МВД РФ на пункте управления. Данный процесс принято называть удаленной биометрической идентификацией, которая является одной из самых обсуждаемых в настоящее время в контексте массовой слежки и оцифровки людей. По данному вопросу см. Решение Савёловского районного суда г. Москвы от 06.11.2019 по делу № 02а-0577/2019. URL: <https://www.mosgorsud.ru/rs/savolovskij/services/cases/kas> (дата обращения: 14.02.2024).

<sup>4</sup> Физлицам. Открыть бизнес можно полностью онлайн с помощью Единой биометрической системы. URL: [https://ebs.ru/news/FELEMENT\\_ID=3514866](https://ebs.ru/news/FELEMENT_ID=3514866) (дата обращения: 03.03.2024).

оплате товаров в магазине или проезда в транспорте по биометрии лица; при предоставлении банковских услуг; при получении электронной сим-карты (e-SIM); при иных действиях, не связанных с правоохранительной деятельностью и обеспечением государственной безопасности<sup>1</sup>. Основной особенностью является то, что такая обработка происходит в Единой биометрической системе<sup>2</sup>.

Добровольная биометрия благодаря Закону № 572-ФЗ перестала представлять собой «размытую» область. Закон запретил обработку БПД вне ЕБС, запретил беспорядочную «коммерческую» обработку БПД, существование коммерческих баз данных БПД, а также установил специальный круг операторов БПД. (Оператором БПД является АО «Центр биометрических технологий», а взаимодействовать с ЕБС и собирать БПД у граждан могут только аккредитованные лица.) Данный закон дополнил правовой статус физических лиц как субъектов БПД, наделив их важными правами и гарантиями, ключевыми среди которых являются добровольность и предоставление согласия субъектом БПД на размещение и обработку своих данных в ЕБС.

Согласно ч. 11 ст. 3 Закона № 572-ФЗ предоставление физическими лицами своих БПД в целях, предусмотренных данным законом, не может быть обязательным. Также предоставление согласия на размещение и обработку БПД в ЕБС, в соответствии с п. 1 ч. 14 ст. 3 Закона № 572-ФЗ, является правом, а не обязанностью физического лица. Физическое лицо также вправе ознакомиться с ранее предоставленными согласиями (пп. 2–4 ч. 14 ст. 3 Закона № 572-ФЗ), отозвать ранее данное согласие на обработку БПД (п. 5 ч. 14 ст. 3 Закона № 572-ФЗ) и требовать блокирования, удаления или уничтожения своих БПД от оператора ЕБС (п. 6 ч. 14 ст. 3 Закона № 572-ФЗ). Указанные права физических лиц представляют собой как формы добровольного волеизъявления при обработке БПД (добровольное согласие/отказ/отзыв согласия), так и проявления особой доктрины информационного права — «права на забвение»<sup>3</sup>. Фактически лицо может навсегда отказаться от предоставления своих БПД в ЕБС, отозвать ранее данное согласие либо потребовать уничтожения таких данных, что «сотрет» его цифровой след из ЕБС.

Одной из гарантий добровольности при размещении и обработке БПД в ЕБС также является введение запрета на дискриминацию по признаку сдачи БПД. Оказание (в том числе государственных и муниципальных) услуг, продажу товаров, прием на обслуживание теперь нельзя обуславливать идентификацией/аутентификацией по БПД в соответствии с ч. 13 ст. 3 Закона № 572-ФЗ и ч. 3 ст. 11 Закона № 152-ФЗ.

Рассмотренные выше права и гарантии физических лиц при обработке БПД в ЕБС характеризуют особенности области добровольной биометрии. Центральным принципом ее существования является добровольность физических лиц при даче/отзыве согласия на размещение и обработку БПД в ЕБС, которая обеспечивается связанными правами и гарантиями. Прослеживается замысел законодателя на добровольную, человекоцентричную, предназначенную для повышения комфорта жизни человека обработку БПД в рамках ЕБС. Именно различные проявления свободы воли субъекта БПД в соответствии с Законом № 572-ФЗ, обеспеченные гарантиями, позволяют называть рассмотренную область добровольной биометрией.

Таким образом, добровольная биометрия — это обработка БПД, осуществляемая с добровольного информированного согласия субъекта БПД ограниченным кругом лиц в рамках формирования и функционирования ЕБС.

<sup>1</sup> Физлицам. Лицо и голос вместо документов. URL: <https://ebs.ru/citizens/> (дата обращения: 03.03.2024).

<sup>2</sup> См.: Полякова Т. А. Особенности взаимодействия и правового обеспечения информационной безопасности в единой биометрической системе в Российской Федерации / Т. А. Полякова, И. С. Бойченко // Правовая политика и правовая жизнь. 2023. № 3. С. 26–34. DOI: 10.24412/1608-8794-2023-3-26-34. EDN: BQZMXN

<sup>3</sup> Право на забвение представляет собой особую доктрину информационного права, подразумевающую право каждого человека на уничтожение «цифрового следа» о нем: данных, сведений, публикаций в сети Интернет и базах данных. Данная доктрина включает, в числе прочего, право требовать удаления/уничтожения своих данных с сайтов/информационных систем и ресурсов/баз данных, а также любые действия, направленные на удаление «цифрового следа».

По данному вопросу см., например: Романова А. Ю. О некоторых аспектах права на забвение / А. Ю. Романова // Законодательство. 2020. № 4. С. 44–49. EDN: QOBWAT; Жарова А. К. Обеспечение права на доступ к Интернету и забвение в цифровом пространстве Российской Федерации / А. К. Жарова, В. М. Елин // Мониторинг правоприменения. 2021. № 2 (39). С. 48–53. DOI: 10.21681/2226-0692-2021-2-48-53. EDN: NEDFXI; Чуб Е. С. Право на забвение: новое право человека? // Цифровое право. 2022. Т. 3, № 4. С. 89–106. DOI: 10.38044/2686-9136-2022-3-4-89-106. EDN: SKGRFU

## Критерии и особенности разграничения принудительной и добровольной биометрии

На основании рассмотренной разницы принудительной и добровольной биометрии с точки зрения содержания и нормативного регулирования можно выделить следующие критерии их разграничения:

1) *Наличие добровольного, конкретного, сознательного и информированного согласия физического лица на обработку его БПД*

Такая формулировка следует из Формы согласия на обработку БПД в ЕБС (утверждена распоряжением Правительства Российской Федерации от 30 июня 2018 г. № 1322-р, в редакции от 01.02.2023). Данный критерий является достаточно очевидным и при этом наиболее четко разграничивает принудительную и добровольную биометрию. В области добровольной биометрии обработка БПД осуществляется при предоставлении такого согласия, а в области принудительной биометрии обработка может происходить без него. Однако существует ряд проблем применения данного критерия.

Во-первых, не до конца ясен порядок и способ предоставления согласия при обработке БПД в рамках добровольной биометрии. Согласно общим требованиям ч. 1 ст. 11 Закона № 152-ФЗ согласие должно быть дано в письменной форме, установленной рассмотренным выше распоряжением Правительства РФ. При этом ч. 2 ст. 4 Закона № 572-ФЗ допускает подписание согласия усиленной неквалифицированной электронной подписью при размещении физическим лицом своих БПД через банки, МФЦ и иные организации, либо простой электронной подписью в период с 29.12.2022 до 01.01.2025 при условии получения ключа при личной явке. Правила размещения физическими лицами своих БПД в ЕБС с использованием мобильного приложения ЕБС не содержат требований к форме и способу подписания согласия, но Закон № 572-ФЗ в ч. 3 ст. 4 допускает его подписание простой электронной подписью.

Выходит, что в соответствии с Законом № 572-ФЗ для разных случаев размещения БПД в ЕБС (через банки, МФЦ и иные организации либо через мобильное приложение ЕБС) применяются разные правила предоставления и подписания согласия физическим лицом, а общие правила Закона № 152-ФЗ только устанавливают письменную форму согласия. Такая рассинхронизация норм порождает путаницу у обычных граждан, размещающих свои БПД в ЕБС, вызывает у них непонимание и недоверие, а также грозит нарушениями прав физических лиц. Представляется необходимой унификация нормативной базы, регулирующей предоставление согласия на обработку БПД во всех случаях и форматах их обработки. В целях обеспечения прав и интересов физических лиц целесообразно было бы установить единую письменную форму согласия на обработку БПД, подаваемую через сервис «Госуслуги» либо лично в МФЦ, что позволило бы избежать уловок со стороны организаций и банков, а также уравнило бы порядки предоставления согласия и отказа, так как отказ от обработки БПД на текущий момент дается только в письменной форме и при личной явке в МФЦ.

Во-вторых, даже в области добровольной биометрии свобода волеизъявления заканчивается там, где начинается публичный интерес. Кажущееся сбалансированным соотношение публичных и частных интересов периодически всё равно склоняется в пользу первых.

Например, в случаях, указанных в ст. 13 Закона № 572-ФЗ, предоставление БПД для последующей идентификации/аутентификации при проходе на территории режимных объектов является обязательным, так как императивно установлено, что данные процедуры осуществляются с использованием ЕБС. Фактически в случае отказа от размещения и обработки БПД в ЕБС для целей, указанных в статье 13, лицу будет запрещен проход на контрольно-пропускном пункте. Это означает обязательность сдачи БПД в ЕБС для прохода на режимный объект (для любого лица, в том числе сотрудника данного предприятия), указывает на наличие существенного публичного интереса в области добровольной биометрии и делает данный случай «добровольно-принудительной» сдачей биометрии. С одной стороны, это нарушает и без того хрупкий баланс публичных и частных интересов в области добровольной биометрии, но с другой — способствует обеспечению безопасности режимных объектов при помощи современных и эффективных технологий обработки БПД.

Представляется, что рассмотренный перекокс в сторону публичного интереса в добровольной биометрии, а также прогосударственное смещение баланса интересов в сфере обработки БПД в целом являются оправданными, так как технологии биометрии играют важную роль в обеспечении

национальной безопасности: борьбе с преступностью, терроризмом, экстремизмом и диверсионной деятельностью. Особенно актуальна данная роль сейчас, в контексте проведения специальной военной операции и нарастания диверсионной активности, когда необходима защита ключевых российских объектов промышленности и инфраструктуры.

#### 2) Информационная система, в которой происходит обработка БПД

В соответствии с данным критерием также можно разграничить добровольную и принудительную биометрию: первая может размещаться и обрабатываться только в ЕБС, ее хранение и обработка с недавних пор запрещены в иных базах данных и информационных системах.

Принудительная же биометрия хранится и обрабатывается в информационных системах, как правило, правоохранительных органов. Например, такими системами могут быть ЦИАДИС-МВД<sup>1</sup> либо «информационные системы органов безопасности», о которых говорится в п. 14 Порядка получения, учета, хранения, классификации, использования, выдачи и уничтожения биометрических персональных данных об особенностях строения папиллярных узоров пальцев и/или ладоней рук человека, позволяющих установить его личность, получения биологического материала и осуществления обработки геномной информации в рамках осуществления пограничного контроля<sup>2</sup>.

#### 3) Оператор БПД

В соответствии с Законом № 572-ФЗ оператором ЕБС является определяемая Правительством РФ организация, в настоящий момент ею является АО «Центр биометрических технологий»<sup>3</sup>. Операторами региональных сегментов ЕБС в соответствии с п. 11 ст. 2 Закона № 572-ФЗ могут являться органы исполнительной власти субъекта РФ, а также подведомственные им государственные учреждения либо государственные унитарные предприятия. Данный перечень является исчерпывающим кругом операторов добровольной биометрии, и другие лица не могут осуществлять обработку БПД в ЕБС.

Операторами принудительной биометрии могут выступать различные лица, среди которых преобладают органы публичной власти, перечень которых строго не установлен. Чаще всего это правоохранительные органы, например ФСБ РФ, СВР РФ, МВД РФ, ФСИН РФ. Реже операторами БПД в принудительной биометрии могут выступать нотариусы для дополнительной идентификации лиц, обратившихся за совершением нотариального действия<sup>4</sup>.

#### 4) Лица, обладающие правом на непосредственную обработку БПД

В добровольной биометрии все БПД размещаются и обрабатываются в ЕБС. Для того чтобы государственные органы, Центральный Банк РФ и коммерческие организации, которые когда-либо собирали и обрабатывали БПД в своих базах данных (а затем передали их в ЕБС в соответствии с законом), смогли получить доступ к БПД через ЕБС и продолжить оказывать услуги физическим лицам, таким субъектам необходимо пройти государственную аккредитацию. То есть в добровольной биометрии с недавних пор действует разрешительный порядок доступа к обработке БПД, предусматривающий обязательное прохождение аккредитации, проводимой Министерством цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ (Минцифры РФ).

<sup>1</sup> Об утверждении Порядка проведения идентификации личности человека по отпечаткам пальцев (ладоней) рук в режиме реального времени и Перечня категорий лиц, в отношении которых обязательная государственная дактилоскопическая регистрация не проводится в случае идентификации их личности в результате проверки по отпечаткам пальцев (ладоней) рук в режиме реального времени: приказ МВД России от 19.06.2018 № 384. URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_304560/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_304560/) (дата обращения: 16.02.2024).

<sup>2</sup> Об утверждении Порядка получения, учета, хранения, классификации, использования, выдачи и уничтожения биометрических персональных данных об особенностях строения папиллярных узоров пальцев и (или) ладоней рук человека, позволяющих установить его личность, получения биологического материала и осуществления обработки геномной информации в рамках осуществления пограничного контроля: приказ ФСБ России от 16.12.2016 № 771. URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_212299/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_212299/) (дата обращения: 16.02.2024).

<sup>3</sup> О возложении на акционерное общество «Центр Биометрических Технологий» функций оператора единой информационной системы персональных данных, обеспечивающей обработку, включая сбор и хранение биометрических персональных данных, их проверку и передачу информации о степени их соответствия предоставленным биометрическим персональным данным физического лица, а также о признании утратившими силу распоряжения Правительства Российской Федерации от 22 февраля 2018 г. № 293-р и пункта 4 изменений, которые вносятся в акты Правительства Российской Федерации, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24 июня 2021 г. № 982: постановление Правительства РФ от 16.12.2022 № 2326. URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_434599/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_434599/) (дата обращения: 17.02.2024).

<sup>4</sup> См.: Кирсанова Е. В. Некоторые проблемы при использовании биометрических данных для идентификации личности в нотариальной практике // Образование и право. 2022. № 9. С. 152–154. DOI: 10.24412/2076-1503-2022-9-152-154. EDN: ENYFVP

Требования для прохождения аккредитации установлены в ст. 17 Закона № 572-ФЗ, а сама аккредитация необходима для обеспечения организационной и технической безопасности обработки БПД конкретной организацией/государственным органом и соответствующей защиты БПД физических лиц. Актуальный перечень аккредитованных субъектов размещен на сайте Минцифры РФ<sup>1</sup>.

В принудительной биометрии правом на непосредственную обработку БПД обладают должностные лица органов публичной власти, которые осуществляют такую обработку в соответствии с законодательством и ведомственными актами, а также нотариусы (о них было сказано выше).

#### 5) *Нормативная основа регулирования*

Добровольная биометрия регулируется общими нормами ч. 1, 3 ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ и практически целиком урегулирована недавно принятым ФЗ № 572-ФЗ. Нормативная основа добровольной биометрии конкретизирована в различных порядках, определяемых подзаконными и ведомственными актами (по большей части постановлениями Правительства РФ и приказами Минцифры РФ).

Круг регулирования принудительной биометрии очерчен в ч. 2 ст. 11 Закона № 152-ФЗ, а также косвенно обозначен в ч. 2 ст. 1 Закона № 572-ФЗ. Исчерпывающий перечень случаев обязательной обработки БПД указан именно в данных нормах. Большой пласт нормативного регулирования содержится также в подзаконных и ведомственных актах таких органов, как ФСБ РФ, МВД РФ, и иных правоохранительных органов.

Итак, выше были приведены основные критерии, по которым можно разграничить области принудительной и добровольной биометрии. Данная классификация может способствовать доктринальному осмыслению разницы рассмотренных явлений, совершенствованию нормативно-правовой базы регулирования (в особенности добровольной) биометрии, выработке особых стратегий правового регулирования обеих областей.

Подведем итог: в ходе проведенного исследования была проанализирована хронология зарождения принудительной и добровольной биометрии в российском праве; были рассмотрены текущие нормативные и теоретические рамки данных областей; сформулированы авторские определения понятий «принудительная биометрия» и «добровольная биометрия»; выделены критерии разграничения принудительной и добровольной биометрии; рассмотрены особенности разграничения, в том числе проблемы добровольности и предоставления согласия на обработку БПД в области добровольной биометрии.

По итогам работы можно сделать следующие *выводы*:

1) Четкие рамки принудительной и добровольной биометрии оформились относительно недавно, в связи с принятием Закона № 572-ФЗ и дополнением ст. 11 Закона № 152-ФЗ и ч. 3 Закона № 572-ФЗ. Закон № 572-ФЗ сыграл определяющую роль в формировании, прежде всего, границ добровольной биометрии, а также конкретизировал нормативные основы ее отграничения от принудительной биометрии.

2) Авторские определения принудительной и добровольной биометрии сформулированы следующим образом. Принудительная биометрия — это обработка БПД без согласия (в ряде ситуаций и без осведомленности) субъекта БПД, осуществляемая в исключительных случаях, исчерпывающий перечень которых установлен в ч. 2 ст. 11 Закона № 152-ФЗ и ч. 2 ст. 1 Закона № 572-ФЗ, связанных в основном с реализацией публичного интереса в сфере безопасности и деятельности правоохранительных органов. Добровольная биометрия — это обработка БПД, осуществляемая с добровольного информированного согласия субъекта БПД ограниченным кругом лиц в рамках формирования и функционирования ЕБС.

3) Принудительная и добровольная биометрия могут быть разграничены между собой по следующим основным критериям: наличие добровольного, конкретного, сознательного и информированного согласия физического лица на обработку его БПД; информационная система, в которой обрабатываются БПД; оператор БПД (информационной системы); лицо, непосредственно обрабатывающее БПД; нормативная основа регулирования. Первый критерий обладает определенными особенностями ввиду того, что в добровольной биометрии существуют исключения, при которых обработка БПД осуществляется принудительно.

<sup>1</sup> Аккредитация в сфере аутентификации на основе биометрических персональных данных. URL: <https://digital.gov.ru/uploaded/files/perechen-9.docx> (дата обращения: 02.03.2024).

4) Принудительная биометрия, как правило, находится за рамками повседневной жизни людей, а подавляющее преобладание публичного интереса в данной области пресекает на корню возможные рассуждения об обеспечении конфиденциальности физических лиц. Тем не менее правоохранительным органам необходимо применять новейшие технологии — для обеспечения безопасности государства и общества в эпоху экономической нестабильности и нарастающей внешней угрозы.

Целесообразным представляется сосредоточение усилий законодателей именно на области добровольной биометрии для обеспечения прав и законных интересов физических лиц в данной сфере и налаживания механизма работы биометрии «в быту». Добровольная биометрия является более динамичной и приближенной к повседневной жизни, и от эффективности ее регулирования во многом зависит общее отношение людей к биометрии. Комфорт и безопасность операций, проводимых с БПД в области добровольной биометрии, позволит не только повысить доверие граждан к новой многообещающей сфере, но и в целом может стать фактором ускорения цифровизации и развития экономики в России.

### Литература

1. Бундин М. В. Персональные данные в системе информации ограниченного доступа: специальность 12.00.13 «Информационное право»: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Бундин Михаил Вячеславович. Москва, 2017. 218 с. EDN: CFEAGH
2. Жарова А. К. Обеспечение права на доступ к Интернету и забвение в цифровом пространстве Российской Федерации / А. К. Жарова, В. М. Елин // Мониторинг правоприменения. 2021. № 2 (39). С. 48–53. DOI: 10.21681/2226-0692-2021-2-48-53. EDN: NEDFXI
3. Кирсанова Е. В. Некоторые проблемы при использовании биометрических данных для идентификации личности в нотариальной практике / Е. В. Кирсанова // Образование и право. 2022. № 9. С. 152–154. DOI: 10.24412/2076-1503-2022-9-152-154. EDN: ENYFPV
4. Кривогин М. С. Особенности правового регулирования биометрических персональных данных / М. С. Кривогин // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 80–89. DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.80.89. EDN: ZFCIZT
5. Кузнецова С. С. Биометрическая идентификация в Интернете: тенденции правового регулирования в России и за рубежом / С. С. Кузнецова, А. Н. Мочалов, М. С. Саликов // Вестник Томского государственного университета. 2022. № 476. С. 257–267. DOI: 10.17223/15617793/476/28. EDN: NEKBAX
6. Кутейников Д. Л. Неприкосновенность частной жизни в условиях использования систем искусственного интеллекта для удаленной биометрической идентификации личности / Д. Л. Кутейников, О. А. Ижаев, Л. В. Алексеевич, С. С. Зенин // Lex Russica (Русский закон). 2022. Т. 75, № 2 (183). С. 121–131. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.183.2.121-131. EDN: YBGYGU
7. Полякова Т. А. Особенности взаимодействия и правового обеспечения информационной безопасности в единой биометрической системе в Российской Федерации / Т. А. Полякова, И. С. Бойченко // Правовая политика и правовая жизнь. 2023. № 3. С. 26–34. DOI: 10.24412/1608-8794-2023-3-26-34. EDN: BQZMXN
8. Рассолов И. М. Биометрия в контексте персональных данных и генетической информации: правовые проблемы / И. М. Рассолов, С. Г. Чубукова, И. В. Микурова // Lex Russica (Русский закон). 2019. № 1 (146). С. 108–118. DOI: 10.17803/1729-5920.2019.146.1.108-118. EDN: YVPCZF
9. Романова А. Ю. О некоторых аспектах права на забвение / А. Ю. Романова // Законодательство. 2020. № 4. С. 44–49. EDN: QOBWAT
10. Сапронов Д. Ю. Эволюция правового регулирования персональных данных в России / Д. Ю. Сапронов // Труды по интеллектуальной собственности. 2020. Т. 36, № 3–4. С. 180–186. EDN: PNFYBW
11. Чуб Е. С. Право на забвение: новое право человека? / Е. С. Чуб // Цифровое право. 2022. Т. 3, № 4. С. 89–106. DOI: 10.38044/2686-9136-2022-3-4-89-106. EDN: SKGRFU
12. Mordini E., Petrini C. (2007) Ethical and social implications of biometric identification technology. *Annali dell'Istituto Superiore di Sanita*. Vol. 43. No. 1. Pp. 5–11. PMID: 17536148



13. Raposo V. L. (2023) The Use of Facial Recognition Technology by Law Enforcement in Europe: A Non-Orwellian Draft Proposal. *European Journal on Criminal Policy and Research*. No. 29. Pp. 515–533. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10610-022-09512-y>
14. Sánchez-Monedero J. (2022) The politics of deceptive borders: “biomarkers of deceit” and the case of iBorderCtrl. *Information, Communication & Society*. Vol. 25, No. 3. Pp. 413–430. DOI: 10.1080/1369118X.2020.1792530
15. Van der Ploeg I. (2007) Genetics, Biometrics and the Informatization of the Body. *Annali dell'Istituto Superiore di Sanita*. Vol. 43, No. 1. Pp. 47–50. PMID: 17536153

### Об авторе:

**Митянов Захар Олегович**, аспирант Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Нижегородский филиал (Нижний Новгород, Российская Федерация)  
e-mail: zakharmityanov1311@gmail.com

### References

1. Bundin, M. V. (2017) Personal data in the system of information of limited access: abstract of PhD dissertation: 12.00.13. Moscow. 218 p. (In Russ.)
2. Zharova, A., Elin, V. (2021) Ensuring the right to internet access and oblivion in the digital space of the Russian Federation. *Monitoring of law enforcement*. No. 2 (39). Pp. 48–53. DOI: 10.21681/2226-0692-2021-2-48-53 (In Russ.)
3. Kirsanova, E. V. (2022) Some problems when using biometric data for personal identification in notary practice. *Obrazovanie i pravo*. No. 9. Pp. 152–154. DOI: 10.24412/2076-1503-2022-9-152-154 (In Russ.)
4. Krivogin, M. (2017) Peculiarities of legal regulating biometric personal data. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. No. 2. Pp. 80–89. DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.80.89 (In Russ.)
5. Kuznetsova, S. S., Mochalov, A. N., Salikov, M. S. (2022) Biometric identification on the internet: trends of legal regulation in Russia and in foreign countries. *Tomsk State University Journal*. No. 476. Pp. 257–267. DOI: 10.17223/15617793/476/28 (In Russ.)
6. Kuteynikov, D. L., Izhaev, O. A., Lebedev, V. A., Zenin, S. S. (2022) Privacy in the Realm of Artificial intelligence systems application for remote biometric identification. *Lex Russica (Russian Law)*. No. 2 (183). Pp. 121–131. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.183.2.121-131 (In Russ.)
7. Polyakova, T. A., Boychenko, I. S. (2023) Features of interaction and legal support of information security in a Unified Biometric System in the Russian Federation. *Pravovaya politika i pravovaya zhizn'*. No. 3. Pp. 26–34. DOI: 10.24412/1608-8794-2023-3-26-34 (In Russ.)
8. Rassolov, I. M., Chubukova, S. G., Mikurova, I. V. Biometrics in the context of personal data and genetic information: legal issues. *Lex Russica (Russian Law)*. No. 1 (146). Pp. 108–118. DOI: 10.17803/1729-5920.2019.146.1.108-118 (In Russ.)
9. Romanova, A. Yu. (2020) Some aspects of right to be forgotten. *Zakonodatel'stvo*. No. 4. Pp. 44–49. (In Russ.)
10. Saprnov, D. Yu. (2020) Evolution of legal regulation of personal data in Russia. *Works on Intellectual Property*. No. 3-4. Pp. 180–186. (In Russ.)
11. Chub, E. S. (2022) The right to be forgotten: a new human right? *Digital Law Journal*. Vol. 3. No. 4. Pp. 89–106. DOI: 10.38044/2686-9136-2022-3-4-89-106. (In Russ.)
12. Mordini, E., Petrini, C. (2007) Ethical and social implications of biometric identification technology. *Annali dell'Istituto Superiore di Sanita*. Vol. 43. No. 1. Pp. 5–11. PMID: 17536148
13. Raposo, V. L. (2023) The Use of Facial Recognition Technology by Law Enforcement in Europe: A Non-Orwellian Draft Proposal. *European Journal on Criminal Policy and Research*. No. 29. Pp. 515–533. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10610-022-09512-y>

14. Sánchez-Monedero, J. (2022) The politics of deceptive borders: “biomarkers of deceit” and the case of iBorderCtrl. *Information, Communication & Society*. Vol. 25. No. 3. Pp. 413–430. DOI: 10.1080/1369118X.2020.1792530
15. Van der Ploeg, I. (2007) Genetics, Biometrics and the Informatization of the Body. *Annali dell'Istituto Superiore di Sanita*. Vol. 43. No 1. Pp. 47–50. PMID: 17536153

**About the author:**

**Zakhar O. Mitianov**, postgraduate student of the National Research University Higher School of Economics, Nizhny Novgorod Branch (Nizhny Novgorod, Russian Federation)  
e-mail: zakharmityanov1311@gmail.com

## Автономия воли в регулировании трансфера права собственности: сравнительный анализ

**Олейников М. А.**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

e-mail: maoleynokov@hse.ru

### *Аннотация*

Отсутствие унифицированного материально-правового регулирования трансфера права собственности в международном частном праве обусловлено наличием принципиальных противоречий в подходах различных правовых порядков к данному вопросу. Коллизионная привязка *lex rei sitae* не является оптимальным способом регулирования трансфера права собственности на движимые вещи в трансграничных сделках. Мобильный конфликт — один из случаев, когда определение вещного статута по праву места нахождения вещи затруднительно и ведет к несправедливому результату. Дозволение участникам трансграничных отношений самостоятельно выбирать правовой порядок, по которому возникает и прекращается право собственности, выступает в качестве одного из способов преодоления недостатков коллизионного регулирования трансфера права собственности. Однако подобное проявление автономии воли допускается далеко не во всех правовых порядках и не является общепринятым подходом. Цель исследования состоит в выявлении сложностей, с которыми сталкивается правовой порядок при дозволении автономии воли в части трансфера права собственности, а также определения путей их преодоления. В практическом преломлении автономия воли рассматривается на примере правовых порядков России и СНГ, Швейцарии, Нидерландов, Китая. Выбор правового порядка, согласно которому возникает и прекращается право собственности, не является расширением сферы действия договорного статута, а представляет собой автономию воли в отношении вещного статута. Следовательно, автономия воли сталкивается со сложностями, характерными для вещного права. Проведенный анализ позволяет прийти к выводу, что автономия воли в части возникновения и прекращения права собственности с определенными ограничениями допустима и служит инструментом преодоления трудностей, вызываемых применением коллизионной привязки *lex rei sitae* в ряде случаев. Вместе с тем дозволение участникам международной сделки своим соглашением выбирать правовой порядок, применимый к трансферу права собственности, ставит вопрос о противопоставимости данного выбора против третьих лиц. В работе обозначаются пути решения данной проблемы.

*Ключевые слова:* международное частное право, трансфер права собственности, коллизионное регулирование, мобильный конфликт, унифицированное регулирование, гармонизация, автономия воли.

*Для цитирования:* Олейников М. А. Автономия воли в регулировании трансфера права собственности: сравнительный анализ // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 3 (21). С. 75–86. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-75-86. EDN: RRDHVF

## Party Autonomy in The Regulation of Transfer of Title: Comparative Analysis

**Mikhail A. Oleynikov**

National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

e-mail: maoleynokov@hse.ru

*Abstract*

The absence of a unified material legal regulation of the transfer of property rights is determined by the presence of fundamental contradictions in the approaches of various legal systems to this issue. The *lex rei sitae* connecting factor is not the optimal way to regulate the transfer of ownership of movable property in cross-border transactions. Conflict mobile is one of the cases, when determining the statute of a movable property by the law of its location is difficult and leads to an unfair result. The right of the parties to a contract in cross-border relations to freely choose the legal order regulating transfer of ownership is one of the ways to overcome the disadvantages of conflict-of-laws regulation of the transfer of ownership. However, such a manifestation of the party autonomy is not allowed in all legal systems and is not a generally accepted approach. The purpose of the study is to reveal the difficulties of the legal order in case of implementation of the party autonomy in the sphere of transfer of property rights, as well as to identify ways to overcome them. The party autonomy is practically analyzed on the example of the legal systems of Russia and CIS, Switzerland, the Netherlands, China. The choice of the legal order applicable to the transfer of ownership is not an extension of the scope of the contract statute, but represents party autonomy in relation to the real statute. Consequently, party autonomy interferes with the specific issues of property law. The analysis shows us that the party autonomy with certain restrictions is permissible for regulating transfer of ownership and serves an instrument for overcoming difficulties caused by the use of *lex rei sitae* connecting factor in a number of cases. However, allowing parties to an international transaction to choose the legal order applicable to the transfer of ownership raises the question of the effect of the choice against third parties. The article outlines ways to solve this problem.

*Keywords:* private international law, transfer of ownership, conflict of laws regulation, conflict mobile, unification, harmonization, party autonomy.

*For citation:* Oleynikov M. A. (2024) Party Autonomy in The Regulation of Transfer of Title: Comparative Analysis. *Theoretical and Applied Law*. No. 3 (21). Pp. 75–86. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-75-86

Проблематика трансфера права собственности на вещи по договору является центральным вопросом любого правового порядка. Сделки по приобретению права собственности на вещи представляют собой основу гражданского оборота и влекут возникновение у лица комплекса прав и обязанностей собственника. Определение момента перехода права собственности в трансграничных сделках существенно осложняется необходимостью выбора компетентного национального правового порядка, регулирующего трансфер права собственности.

В настоящее время для его определения используется коллизионная привязка места нахождения вещи — *lex rei sitae*. Именно она господствует в международном частном праве подавляющего числа правовых порядков<sup>1</sup>. Однако при ее использовании в ряде случаев возникают сложности с определением вещного статута движимых вещей, что влечет существенные трудности при определении момента трансфера права собственности. Центральная проблема *lex rei sitae* состоит в наличии затруднений при разрешении мобильного конфликта — ситуации, когда движимая вещь перемещается в другую юрисдикцию.

Зачастую установить юрисдикцию, в которой находилась движимая вещь в тот или иной момент, невозможно. В условиях роста числа региональных объединений государств, где степень интеграции предполагает отсутствие какого-либо таможенного контроля на границах между государствами, данная проблема еще более обостряется. При таких обстоятельствах действие коллизионной привязки *lex rei sitae* приобретает основанный на допущениях характер.

В юридической плоскости ситуация еще больше усложняется. С учетом того, что критерием, лежащим в основе коллизионной привязки *lex rei sitae*, является местонахождение вещи, при перемещении движимой вещи между странами возникает вопрос — какой правовой порядок будет определять вещный статут.

<sup>1</sup> Базедов Ю. Автономия воли в регулировании международных отношений / пер с англ. Ю. М. Юмашева. М., 2022. С. 54.

В отношении ситуаций, когда исполнен юридический состав, необходимый для трансфера права собственности в рамках одной юрисдикции, однако указанного состава недостаточно для признания перехода права собственности состоявшимся по праву страны, в которую перемещается вещь, в международном частном праве выработано решение. Например, согласно абз. 2 ст. 3 Гаагской конвенции о законе, применимом к передаче права собственности при международной купле-продаже товаров, 1958 г., в том случае, если право собственности уже возникло согласно нормам одного правопорядка, то оно признается существующим в последующих правопорядках<sup>1</sup>.

Более сложные решения требуются, если вещь перемещается в новую юрисдикцию, однако по нормам предыдущего правопорядка трансфер права собственности не произошел. В указанных обстоятельствах момент перехода права собственности будет определяться по нормам нового правопорядка<sup>2</sup>. Однако, например, если осуществляется перемещение вещи из правопорядка, основанного на системе, требующей передачи вещи, в правопорядок, где используется консенсуальная система, покупатель автоматически становится собственником лишь в силу перемещения вещи в новую юрисдикцию. Указанное решение является серьезным недостатком коллизионной привязки *lex rei sitae*, так как в данном случае она действует произвольным образом и не принимает во внимание волю сторон соглашения.

С учетом недостатков коллизионной привязки *lex rei sitae* юридическим сообществом неоднократно предпринимались попытки создания унифицированного регулирования трансфера права собственности на международном уровне. Однако существенное препятствие в практической реализации данной идеи состоит в наличии принципиальных различий в моделях регулирования трансфера права собственности<sup>3</sup>.

Гаагская конвенция о законе, применимом к передаче права собственности при международной купле-продаже товаров, 1958 г. явилась одной из таких попыток. Трансфер права собственности регулируется в ст. 3 Конвенции, которая представляет собой унифицированную коллизионную норму. В ней указано, что «переход к покупателю права собственности на проданные предметы по отношению ко всем лицам, иным, нежели стороны договора купли-продажи, регулируется внутренним правом страны, в которой находятся такие предметы в момент возникновения относящейся к ним претензии»<sup>4</sup>. Предусмотренное ст. 2 Конвенции распространение договорного статута на вопросы, по своей сути являющиеся последствиями перехода права собственности, представляется оригинальным решением.

Вместе с тем использование унифицированной коллизионной нормы, предусмотренной ст. 3 Конвенции, в любом случае не разрешило проблем, связанных с поиском компетентного национального правопорядка. Более того, указанная Конвенция до настоящего момента не вступила в юридическую силу по причине отсутствия требуемого числа ратификаций.

Одной из наиболее успешных конвенций, регулирующих куплю-продажу с иностранным элементом, явилась Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Однако она фокусируется на вопросах заключения договора купли-продажи, урегулирования взаимных обязательств продавца и покупателя, а также перехода риска случайной гибели товара и не содержит какого-либо регулирования перехода права собственности<sup>5</sup>.

В связи с этим перед юридическим сообществом стоит задача поиска альтернативных инструментов, которые позволят преодолеть или как минимум существенно снизить важность проблематики, возникающей при использовании *lex rei sitae*. Одним из вариантов, потенциально способных решить эту задачу, является расширение на законодательном уровне перечня случаев, где автономия воли допускается.

<sup>1</sup> Конвенция о законе, применимом к передаче права собственности при международной купле-продаже товаров, 1958 г. // Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли Т. 1. Нью-Йорк, 1971. С. 14–18.

<sup>2</sup> Любарская Т. С. Автономия воли при определении вещного статута в международном частном праве: дисс. канд. юрид. наук. М., 2020. С. 31–32.

<sup>3</sup> Сэгерт В. Консенсуальная система и система передачи в европейском частном праве — консенсус в отношении передачи. М, 2011. С. 280.

<sup>4</sup> Конвенция о законе, применимом к передаче права собственности при международной купле-продаже товаров, 1958 г. // Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли Т. 1. Нью-Йорк, 1971. С. 14–18.

<sup>5</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров / United Nations Commission on International Trade Law. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/v1056999-cisg-e-book-r.pdf>, свободный, (дата обращения: 10.03.2024).

Например, Ю. Базедов подчеркивает, что автономия воли в последнее время распространилась и на новые сферы права, в том числе и на вещное право<sup>1</sup>.

Следовательно, представляется целесообразным проанализировать решения различных правопорядков, допускающих регулирование трансфера права собственности соглашением сторон. Изучение данного вопроса путем сравнения различных правопорядков обладает высокой ценностью, так как каждый правопорядок предлагает уникальное решение.

### Российская Федерация и постсоветское пространство

В законодательстве Российской Федерации положения о праве, применимом к трансферу права собственности в трансграничных сделках, изначально были помещены законодателем в п. 1 ст. 1210 ГК РФ, регулирующий обязательственный статут. Право, выбранное сторонами в качестве применимого к договору, автоматически распространялось также и на вопросы трансфера права собственности. Такое решение квалифицировалось как изъятие вопросов трансфера права собственности из сферы действия вещного статута в пользу обязательственного<sup>2</sup>. В дальнейшем положения, допускающие выбор права, применимого к трансферу права собственности, были перемещены в раздел, регулирующий вещный статут, а именно в п. 3 ст. 1206 ГК РФ.

Описанная трансформация законодательства представляется верной, так как вопрос квалификации принадлежности правового явления к обязательственному или вещному статуту представляется не сугубо теоретическим вопросом, а имеет практическое значение. Идея доктрины сводится к тому, что трансфер права собственности охватывается вещным статутом. Следовательно, автоматическое применение права, применимого к договору, невозможно. Более того, в рамках договорных отношений право, выбранное сторонами, по умолчанию применяется ко всем вопросам обязательственного статута. К вещному статуту автономия воли может быть применена только в части возникновения и прекращения вещного права<sup>3</sup>. Таким образом, выбор права, применимого к трансферу вещных прав, является соглашением, требующим отдельного волеизъявления сторон, и ограничен только одним аспектом вещного статута. Это существенно отличается от подхода к автономии воли в сфере договорного права.

На этот аспект обратил внимание и Верховный Суд Российской Федерации в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 г. № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации». В п. 19 Постановления Пленума было прямо указано, что вопрос возникновения и прекращения вещных прав относится к вещному статуту и для распространения на него права, применимого к договору, требуется заключение специального соглашения<sup>4</sup>. Следовательно, автономия воли в сфере обязательственного права и вещного права действует, руководствуясь совершенно разными принципами. В настоящий момент российское регулирование, практика и доктрина признают вещно-правовой характер автономии воли сторон в вопросе выбора права, применимого к трансферу права собственности.

В соответствии с положениями п. 3 ст. 1206 ГК РФ стороны соглашения вправе договориться о применении к трансферу права собственности национального правопорядка, применимого к сделке, без ущерба для прав третьих лиц<sup>5</sup>. В контексте данного решения российского правопорядка следует рассмотреть два аспекта.

<sup>1</sup> Базедов Ю. Право открытых обществ — частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права / пер с англ. Ю. М. Юмашева. М., 2022. С. 150–152.

<sup>2</sup> Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств [Электронное издание]. М., 2017. С. 501.

<sup>3</sup> Комментарий к разделу IV «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / ИЦЧП им. С. С. Алексеева при Президенте РФ; отв. ред. И. С. Зыкин, А. В. Асосков, А. Н. Жильцов. М., 2021. С. 232–233.

<sup>4</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 г. № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации». Верховный Суд Российской Федерации. URL: <https://www.vsrif.ru/documents/own/28079/>, по подписке (дата обращения: 08.04.2024).

<sup>5</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ. Собрание законодательства Российской Федерации от 03.12.2001 № 49. Ст. 4552.

Первый из них состоит в том, что стороны вправе своим соглашением распространить на вопросы трансфера вещных прав только то право, которое выбрано ими в качестве применимого к сделке. Центральным доводом в пользу такого решения является отсутствие необходимости согласования договорного и вещного статутов в данном случае<sup>1</sup>. Следует признать, что подобное решение существенным образом упрощает модель взаимоотношений сторон. Например, в случае возникновения потенциально-го спора суду не придется устанавливать содержание права, применимого к сделке, затем права, применимого к трансферу права собственности, а потом разрешать проблему согласования статутов.

Однако в этом случае возникает проблема, что стороны, ограниченные этими условиями, могут вообще не достичь какого-либо соглашения относительно трансфера права собственности, что приведет к необходимости использования *lex rei sitae*. Более того, предполагается, что стороны не будут выбирать противоречащие друг другу правопорядки. Данное допущение представляется обоснованным, так как отказ сторон от использования *lex rei sitae* уже свидетельствует о понимании ими проблемных аспектов трансфера права собственности по трансграничным сделкам. На основании данной аргументации Т. С. Любарская приходит к выводу о нецелесообразности ограничения сторон<sup>2</sup>. Этот вывод представляется обоснованным, однако аргументация в его пользу является в большей степени политико-правовой. Догматических возражений против решения российского правопорядка не приводится.

Второй аспект, требующий рассмотрения, состоит в том, что право, выбранное сторонами в отношении трансфера права собственности, действует без ущерба для прав третьих лиц. Данная формулировка представляется несколько размытой и оставляет пространство для дискуссии. Например, в ситуации, когда выбранное право, даже в случае, если будет иметь эффект против третьих лиц, не будет наносить им ущерб.

Господствующий подход российской доктрины состоит в том, что выбранное сторонами право не должно распространяться на третьих лиц, а вопросы, лежащие в области вещного права, должны решаться по *lex rei sitae*<sup>3</sup>. Указанное решение подвергается критике сразу с двух сторон.

С одной стороны, можно возразить, что вещное право, не имеющее эффекта против третьих лиц, не является вещным правом как таковым. Однако данный подход не учитывает, что спор, связанный с возникновением права на вещь, может возникнуть и между сторонами соглашения. В данном случае указанная норма ГК РФ будет направлена на урегулирование отношений сторон по трансграничной сделке в отношении вопросов, лежащих в области вещного права.

С другой стороны, этот подход критикуется за излишнюю идеализацию неприкосновенности третьих лиц. Указывается, что возможность выбора правопорядка для трансфера собственности обусловлена правомочием собственника на распоряжение вещью<sup>4</sup>. Следовательно, нераспространение на третьих лиц права, выбранного сторонами, допускается, если указанные лица лишены возможности защитить свои права по выбранному праву. Данный подход весьма сложен и во многом является теоретической концепцией, реализовать которую на практике весьма затруднительно.

В связи с этим представляется, что российский правопорядок открыт к различным решениям, которые, с учетом крайне размытой формулировки закона, должна предлагать юридическая доктрина. Например, Т. С. Любарская предлагает компромиссный вариант решения рассматриваемой проблемы. Идея сводится к тому, что право, выбранное сторонами, распространяет свой эффект на третьих лиц, если их положение не ухудшается или меняется в лучшую сторону<sup>5</sup>.

На постсоветском пространстве (например, в Армении, Казахстане, Узбекистане, Украине) подход к регулированию трансфера права собственности в трансграничных сделках похож на российское регулирование. При этом можно выделить две модели регулирования. В рамках первой модели право, применимое к трансферу права собственности, по умолчанию определяется по коллизионной привязке

<sup>1</sup> Любарская Т. С. Автономия воли при определении вещного статута в международном частном праве: дисс. канд. юрид. наук. М., 2020. С. 134.

<sup>2</sup> Там же. С. 134–135.

<sup>3</sup> Комментарий к разделу IV «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / ИЦЧП им. С. С. Алексеева при Президенте РФ; отв. ред. И. С. Зыкин, А. В. Асосков, А. Н. Жильцов. М., 2021. С. 234.

<sup>4</sup> Flessner A. (2011) Choice of Law in International Property Law — New Encouragement from Europe. *European law publishers GmbH*. Pp. 26–29.

<sup>5</sup> Любарская Т. С. Автономия воли при определении вещного статута в международном частном праве: дисс. канд. юрид. наук. М., 2020. С. 194.

*lex rei sitae*, однако сторонам дозволяется отдельным волеизъявлением распространить действие право-порядка, применяемого к сделке, и на трансфер соответствующего права. Вторая модель по умолчанию предполагает осуществление трансфера права собственности по правопорядку, применяемому к сделке. Вместе с тем стороны вправе предусмотреть иное.

В связи с наличием двух моделей возникает вопрос, какая из них является предпочтительной. Например, Модельный гражданский кодекс СНГ, являющийся инструментом гармонизации частного права на постсоветском пространстве, использует вторую модель. Согласно п. 2 ст. 1220 данного регионального рекомендательного акта «возникновение и прекращение вещных прав на имущество, являющееся предметом сделки, определяется по праву страны, которому подчинена данная сделка, если иное не установлено соглашением сторон»<sup>1</sup>. Однако к такой модели следует отнестись критически.

Во-первых, при таком подходе остается неясным, как будет ограничено право сторон устанавливать соглашением «иное». Представляется, что в данном случае это право сводится к использованию традиционного варианта — коллизионной привязки *lex rei sitae*. Во-вторых, автоматическое распространение права, применимого к сделке, на вещный статут в принципе является неверным решением, что было детально рассмотрено выше на примере российского правопорядка. В связи с этим первая модель, по умолчанию предполагающая использование общепринятой коллизионной привязки *lex rei sitae* к трансферу права собственности, представляется теоретически верной и более удобной к применению на практике.

В качестве исключения на постсоветском пространстве следует выделить Республику Беларусь. Согласно п. 1 ст. 1120 Гражданского кодекса Республики Беларусь вопросы возникновения и прекращения права собственности регулируются правом места совершения сделки. При этом стороны вправе предусмотреть иное<sup>2</sup>. Данное решение основано на положениях советских нормативно-правовых актов. Впервые оно было имплементировано в Основы гражданского законодательства СССР 1961 г. редакцией 1977 г.

Место совершения сделки в качестве коллизионного критерия определения вещного статута представляется спорным решением, так как оно, как правило, выбирается исходя из удобства сторон и при этом никак не связано с правопорядками государств, имеющих хотя бы какое-то отношение к вещи. Более того, в современных реалиях место совершения сделки не имеет какого-либо значения, так как сегодня подавляющее большинство сделок заключается «между отсутствующими»<sup>3</sup>. В связи с этим к подходу белорусского законодательства следует отнестись критически.

### Швейцарская конфедерация и Нидерланды

Наибольший интерес из европейских правопорядков представляют Швейцария и Нидерланды. Именно решения данных правопорядков являются наиболее обсуждаемыми как в российской, так и в зарубежной юридической доктрине.

В соответствии с положениями ст. 104 Закона Швейцарии о международном частном праве стороны вправе подчинить трансфер права собственности по трансграничной сделке праву государства назначения, праву государства отправления и праву, которому подчинена сама сделка. При этом указанный выбор не противопоставляется третьим лицам<sup>4</sup>. Внимание сразу привлекает тот факт, что швейцарское решение отличается от российского несколько большей широтой перечня правопорядков, которые могут быть выбраны сторонами в целях регулирования трансфера права собственности.

<sup>1</sup> Гражданский кодекс. Часть 3. Модель. Рекомендательный законодательный акт Содружества Независимых Государств / Электронный фонд нормативных и нормативно-технических документов «Кодекс». URL: <https://docs.cntd.ru/document/901776572?marker=64U0IK>, свободный, (дата обращения: 19.03.2024).

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Республики Беларусь / Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=hk9800218>, свободный, (дата обращения: 13.04.2024).

<sup>3</sup> Годунов В. Н., Мещанова М. В. Частное право Республики Беларусь: история становления, развитие и перспективы совершенствования // Частное право в странах бывшего СССР: итоги 30-летия: сборник статей / Исследовательский центр частного права имени С. С. Алексеева при Президенте РФ; под ред. Л. Ю. Михеевой. М., 2022. С. 182.

<sup>4</sup> Flessner A. (2011) Choice of Law in International Property Law — New Encouragement from Europe. *European law publishers GmbH*. Pp. 11–12.



Вместе с тем, несмотря на то что решение швейцарского правопорядка на первый взгляд представляется в большей степени ориентированным на интересы сторон, к нему следует отнести критически. С одной стороны, указанная модель всё равно ограничивает стороны, предоставляя им право выбора только из трех вариантов; с другой — при использовании описанного подхода могут иметь место проблемы, аналогичные тем, которые возникают в случае действия коллизионной привязки *lex rei sitae*. Например, стороны выбрали в качестве права, регулирующего договор, германский правопорядок, а в качестве права, регулирующего трансфер права собственности, — правопорядок государства назначения, коим является Франция. В связи с этим возникает вопрос, который состоит в том, зачем вообще накладывать какие-либо ограничения на стороны, если всё равно имеются риски выбора несовместимых правопорядков.

Исследователи указывают, что в случае выбора противоречащих порядков к обязательственному и вещному статутам негативные последствия будут целиком на сторонах, сделавших такой выбор<sup>1</sup>. Таким образом, положения закона Швейцарии о международном частном праве предлагают некое промежуточное решение. Оно существенно не расширяет автономию воли в выборе права, однако содержит риски, характерные для коллизионной привязки *lex rei sitae*.

Регулирование швейцарского правопорядка в части нераспространения права, выбранного сторонами, на третьих лиц в исследовательской литературе оценивается как решение, реализация которого остановилась на половине пути<sup>2</sup>. Таким образом, исследователи выражают сомнение в целесообразности внедрения автономии воли в вещном праве без распространения ее эффекта на третьих лиц. Однако не следует забывать, что, как уже было указано выше, споры относительно перехода права собственности зачастую возникают исключительно между сторонами трансграничной сделки. В связи с этим недооценивать значение данной нормы нельзя в любом случае.

Вместе с тем в некоторых случаях эффект выбранного сторонами права будет действовать против третьих лиц. В качестве примера Ю. Базедов приводит положения швейцарского закона о том, что оговорка о сохранении титула, которая не допускается швейцарским правом, сохраняет свой эффект на территории Швейцарии в течение трех месяцев, а также противопоставляется третьим лицам, за исключением добросовестных третьих лиц<sup>3</sup>.

Таким образом, трансфер права собственности по иностранному праву, выбранному сторонами, признается действующим против ряда третьих лиц, несмотря на то что вещь уже находится в швейцарской юрисдикции. Следовательно, решение швейцарского правопорядка об отсутствии эффекта автономии воли на третьих лиц не носит абсолютного характера.

Переходя к рассмотрению голландского решения относительно автономии воли в области вещных прав, необходимо сразу подчеркнуть, что в положениях книги 10 Гражданского кодекса Нидерландов, регулирующих международное частное право, вообще отсутствует аналогичная российской или швейцарской общей норме о вещно-правовой автономии воли.

Все нормы, так или иначе допускающие вещно-правовую автономию воли, расположены в конкретных статьях книги 10 Гражданского кодекса Нидерландов. В качестве примера можно привести положения ст. 128, регулирующей оговорку о сохранении права собственности. Указанная статья, при соблюдении целого ряда условий, позволяет сторонам регулировать оговорку по праву места назначения вещи вместо *lex rei sitae*<sup>4</sup>.

Таким образом, автономия воли в голландском правопорядке серьезно ограничена, так как допускается только в некоторых случаях и при определенных условиях. В то же время голландские исследователи, например J. van der Weide, указывают, что в строгом смысле автономия воли в указанных случаях отсутствует, так как выбранное право не противопоставляется третьим лицам<sup>5</sup>. Однако представляется, что даже сам исследователь сомневается в наличии или отсутствии эффекта выбранного права против

<sup>1</sup> Любарская Т. С. Автономия воли при определении вещного статута в международном частном праве: дисс. канд. юрид. наук. М., 2020. С. 134.

<sup>2</sup> Flessner A. (2011) Choice of Law in International Property Law — New Encouragement from Europe. *European law publishers GmbH*. Pp. 11–12.

<sup>3</sup> Базедов Ю. Автономия воли в регулировании международных отношений / пер с англ. Ю. М. Юмашева. М., 2022. С. 61.

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Van der Weide J. (2011) Party Autonomy in Dutch International Property Law. *European law publishers GmbH*. P. 55.

третьих лиц в указанных случаях. Это обусловлено тем, что далее он задается вопросом о том, признал бы иностранный суд распространение такого выбора сторон на третьих лиц или нет.

Вместе с тем в ряде случаев выбранное право все-таки противопоставляется третьим лицам<sup>1</sup>. Указанными положениями являются нормы о переходе права собственности к страховщику на украденную вещь (трансфер происходит по праву, применимому к договору страхования), а также о вещах в пути (трансфер по праву, применимому к основной сделке). Таким образом, голландское регулирование представляется сложным решением, так как в каждом случае решение является индивидуальным.

### Китайская Народная Республика

Действующее регулирование частноправовых отношений с иностранным элементом в Китае основано на Законе КНР «О праве, применимом к гражданским правоотношениям с иностранным элементом» (далее — Закон КНР о МЧП). При этом необходимо обратить внимание на общие положения Закона КНР о МЧП, центральным значением в которых обладает ст. 3. Она устанавливает автономию воли в качестве общего принципа международного частного права.

Однако ст. 3 содержит также положение, что стороны вольны выбирать право только в том случае, если это предусмотрено законом. Данная оговорка существенно снижает ценность рассматриваемой нормы. Вместе с тем в исследовательской литературе признается, что декларирование автономии воли в качестве универсального принципа оказывает существенное влияние на подходы Закона КНР о МЧП к регулированию трансграничных отношений<sup>2</sup>.

Таким образом, китайское регулирование требует от законодателя подтверждать допустимость выбора права сторонами правоотношения применительно к каждой конкретной правовой ситуации. В связи с этим представляется, что положения ст. 3 Закона КНР о МЧП, признающие автономию воли в качестве базового принципа, адресованы китайскому законодателю в качестве нормы-принципа, которой следует руководствоваться при создании регулирования. Несмотря на это, либеральный подход к допущению автономии воли, описанный выше, находит свое отражение в более чем одной трети коллизионных норм Закона КНР о МЧП<sup>3</sup>. Статья 37 Закона КНР о МЧП, посвященная проблематике вещного права, гласит, что «стороны могут выбрать право, применимое к вещным правам на движимое имущество. Если стороны не осуществили выбор, применяется право места, в котором движимое имущество находилось в момент наступления юридического факта»<sup>4</sup>.

Положения указанной нормы выглядят крайне смело. Они не задают каких-либо ограничений сторонам в части правопорядков, доступных к выбору, а также не содержат каких-либо ограничений на действие выбранного права против третьих лиц. Более того, отсутствует характерная для других правопорядков оговорка, что допускается выбирать право только в части вопроса возникновения и прекращения вещных прав. Интересным представляется и тот факт, что китайские исследователи не уделяют существенного внимания данным вопросам, указывая лишь на то, что ст. 37 Закона КНР о МЧП нуждается в серьезной корректировке<sup>5</sup>. Таким образом, китайское регулирование ставит целый комплекс вопросов относительно механизма своей работы. В связи с этим представляется целесообразным последовательно рассмотреть каждый из них.

Отсутствие в китайском законе указания на то, что автономия воли в вещном праве ограничена только вопросами возникновения и прекращения вещных прав, вовсе не означает, что выбранное сторонами право распространяется и на вопросы, регулирующие содержание и осуществление вещных прав. Это обусловлено целым комплексом препятствий различного характера.

Центральный аргумент китайской доктрины в пользу невозможности выбора права, применимого к содержанию и осуществлению вещных прав, состоит в том, что такое решение противоречит

<sup>1</sup> Van der Weide J. (2011) Party Autonomy in Dutch International Property Law. *European law publishers GmbH*. P. 57.

<sup>2</sup> Guangjian T. (2016) Private International Law in China. *Springer Singapore*. Pp. 40–41.

<sup>3</sup> Qingkun X. (2017) The Codification of Conflicts Law in China: A Long Way to Go. *Am. J. Comp. L.* No. 65. Pp. 931–932. DOI: 10.1093/ajcl/avx044

<sup>4</sup> Плеханов В. В. Международное частное право. Сборник национальных кодификаций. М., 2021. С. 394.

<sup>5</sup> Huo Z. (2011) Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law. *RJT ns.* Vol. 45. P. 670.

принципу *numerus clausus*. Данный принцип является основополагающим в области вещного права. Содержание конкретного вещного права, а также иные вопросы, например, защита указанного права, в каждом правовом порядке имеют определенные отличия. Вследствие действия принципа *numerus clausus* вещное право из одного правового порядка просто не будет вещным правом с точки зрения последующего правового порядка.

В связи с этим любое возникшее вещное право при перемещении в новый правовой порядок проходит процесс адаптации, то есть поиск наиболее похожего вещного права, в целях включения этого возникшего права в систему вещных прав нового правового порядка. В. В. Плеханов указывает, что проблематика адаптации раскрывается на примере ограниченных вещных прав, так как право собственности урегулировано в правовых порядках в целом сходным образом, а потому не является репрезентативным<sup>1</sup>. Вместе с тем указанное не означает, что отсутствует необходимость адаптации права собственности. В данном случае она проходит незаметно, однако право собственности по предшествующему правовому порядку все равно трансформируется в право собственности по новому правовому порядку.

Таким образом, содержание права собственности, а также сопутствующие вопросы, например защита вещных прав, регулируются по праву места нахождения вещи. Альтернативное решение повлекло бы существенное нарушение системы вещных прав, а также необходимости устанавливать содержание иностранного права при возникновении спора, связанного с содержанием и защитой вещных прав на вещь, являющуюся объектом трансграничной сделки.

Еще одной особенностью китайского правового порядка является полное отсутствие каких-либо ограничений для сторон трансграничного контракта в части выбора правового порядка, который будет регулировать трансфер права собственности. Следовательно, согласно буквальному содержанию ст. 37 Закона КНР о МЧП стороны могут выбрать любой правовой порядок вне зависимости от наличия у него какой-либо материальной связи с правоотношением.

Китайские исследователи подвергают критике положения ст. 37 Закона КНР о МЧП по данной проблеме и указывают на необходимость заимствования решения швейцарского правового порядка<sup>2</sup>. Однако швейцарский подход, как было показано выше, не решает проблемы согласования вещного и обязательственного статутов, а всего лишь снижает вероятность ее возникновения, так как ограничивает круг правовых порядков, доступных к выбору, но не требует соответствия вещного статута договорному. В связи с этим вопрос сводится к тому, вправе ли стороны применить к трансферу права собственности любое право или только право, которое применяется к договорным отношениям.

Представляется, что каждый правовой порядок в данном случае должен самостоятельно делать выбор между этими двумя подходами. Однако необходимо принимать во внимание, что автономия воли является не только инструментом решения имеющейся проблематики коллизионной привязки *lex rei sitae*, но и имеет самостоятельную ценность, так как предоставляет участникам частноправовых отношений дополнительные возможности. В связи с этим решение китайского правового порядка следует оценить позитивно.

Последним нерешенным в рамках ст. 37 Закона КНР о МЧП вопросом является действие выбранного сторонами правового порядка в отношении третьих лиц. Китайские исследователи признают данный недостаток регулирования и предлагают дополнить указанную статью положением о том, что выбранный сторонами правовой порядок не действует против третьих лиц<sup>3</sup>. Обосновывается данное решение ссылкой на то, что ведущие европейские правовые порядки не допускают противопоставления правового порядка, выбранного сторонами к возникновению и прекращению вещных прав, третьим лицам.

Однако слепое заимствование швейцарских или голландских норм законов без должного осмысления недопустимо, так как даже указанные европейские правовые порядки, последовательно внедряющие

<sup>1</sup> Плеханов В. В. Переход права собственности по договору международной купли-продажи товаров: дисс. канд. юрид. наук. М., 2008. С. 102–103.

<sup>2</sup> Huo Z. (2016) The Statutory Reform of Chinese Private International Law in Property Rights: A Silent Revolution. *The Chinese Journal of Global Governance*. Vol. 1. No. 2. P. 184. DOI: 10.1163/23525207-1234001012340010

<sup>3</sup> Qingkun X. (2017) The Codification of Conflicts Law in China: A Long Way to Go. *Am. J. Comp. L.* No. 65. Pp. 932–933. DOI: 10.1093/ajcl/avx044

автономию воли в сфере вещного права, не содержат четкого регулирования действия автономии воли против третьих лиц. Общее правило о том, что эффект выбранного сторонами права не распространяется на третьих лиц, размывается массой исключений. В условиях отсутствия общепризнанного решения каждый правопорядок должен вырабатывать свою собственную модель регулирования самостоятельно.

Таким образом, буквальное содержание положений статьи 37 Закона КНР о МЧП не накладывает вообще каких-либо ограничений на участников трансграничных отношений. Подобное решение, на первый взгляд, представляется позитивным и направленным на удовлетворение интересов участников оборота. Вместе с тем абсолютная автономия воли в вещном праве не может быть допущена в силу как догматических, так и сугубо практических соображений. В связи с тем, что вопросы, имеющие существенное значение и требующие закрепления в законодательстве, например, ограничения автономии воли к вопросам содержания вещных прав, в данной статье не урегулированы, формулировка статьи 37 Закона КНР о МЧП является спорным решением.

Ограничения автономии воли, предлагаемые китайскими исследователями, переключаются с подходами европейских правопорядков к вопросу допущения автономии воли в вещном праве. В качестве образца для регулирования выбрана швейцарская модель<sup>1</sup>. Выбор в качестве модели именно швейцарского правопорядка неслучаен. Он обусловлен желанием сохранить наиболее либеральную модель допущения автономии воли, однако установить четкие и понятные ограничения ее осуществления. Вместе с тем некоторые ограничения европейских правопорядков, которые предлагаются к заимствованию, не являются очевидными и могут быть поставлены под сомнение.

### Заключение и обсуждение результатов

Рассмотренные в статье правопорядки предлагают различные решения в части регулирования автономии воли в вещно-правовых отношениях. Анализ каждого правопорядка позволил выявить общие закономерности регулирования автономии воли. Дозволение участникам международной торговли своим соглашением устанавливать правопорядок, применимый к возникновению и прекращению права собственности на движимые вещи, можно оценить как положительное решение, соответствующее современному тренду, направленному на расширение автономии воли сторон частноправовых отношений, в том числе и осложненных иностранным элементом. При этом, безусловно, автономия воли не является безграничной. В связи с этим представляется целесообразным сформулировать ограничения автономии воли.

Автономия воли действует исключительно в отношении части вещного статута, а именно: возникновения и прекращения вещных прав. Альтернативное решение нарушило бы систему вещных прав. На нормативном уровне между правопорядками наблюдается консенсус. Исключением является китайский правопорядок, который не содержит таких ограничений на нормативном уровне. Вместе с тем китайская доктрина сходится на том, что данное ограничение является обязательным.

Отход от использования коллизионной привязки *lex rei sitae* представляет собой отдельное волеизъявление сторон, имеющее эффект в отношении вещного статута. В связи с этим решение, предполагающее автоматическое распространение права, применимого к сделке, на вопрос трансфера права собственности, является спорным. Как было показано в работе, договорный статут не может распространяться на указанный вопрос. Поэтому стороны должны оговаривать выбор права в отношении трансфера права собственности отдельно. Более того, при автоматическом распространении права, применимого к сделке, на вопрос трансфера права собственности и наличии оговорки о праве сторон предусмотреть иное указанная оговорка требует дополнительных уточнений, которых в рассмотренных правопорядках не сделано.

Установление ограничений для сторон по кругу правопорядков, которым они могут подчинить вопросы трансфера права собственности, представляется избыточным. Проблема согласования вещного и обязательственного статутов может возникнуть и при использовании коллизионной привязки *lex rei sitae*. Однако при допущении автономии воли острота данной проблемы существенно снижается в связи с тем,

<sup>1</sup> Huo Z. The Statutory Reform of Chinese Private International Law in Property Rights: A Silent Revolution // The Chinese Journal of Global Governance. 2016. Vol. 1. No 2. P. 184.

что стороны при выборе права, так или иначе, должны принимать во внимание возможность согласования статутов. Таким образом, подход китайского правового порядка о дозволении сторонам выбирать любое право в качестве применимого к трансферу права собственности следует признать корректным решением.

При необходимости упрощения регулирования можно разрешить сторонам выбирать в качестве применимого права к трансферу вещных прав только обязательственный статут. Такое решение не будет являться неверным, однако существенным образом снижает ценность положений об автономии воли.

Таким образом, какие-либо препятствия догматического характера для имплементации в законодательства других государств автономии воли в части возникновения и прекращения вещных прав отсутствуют. Некоторые государства уже активно внедряют рассматриваемые решения. В качестве примера можно привести статью 16 Закона Бахрейна № 6 от 02.07.2015 «О коллизии законов в гражданских и коммерческих делах с иностранным элементом»<sup>1</sup>.

Вместе с тем, с учетом того, что в рассматриваемом случае автономия воли затрагивает вопросы вещного права, признание допустимости указанного решения ставит перед законодателем и юридическим сообществом не менее, а, возможно, даже и более острый вопрос. Он состоит в определении механизма действия выбранного сторонами правового порядка против третьих лиц.

Общепризнанного подхода к решению данной проблемы не выработано. На примере правового порядка Швейцарии было показано, что, несмотря на недопущение распространения вещно-правовой автономии воли на третьих лиц, существуют ситуации, когда это допускается. В голландском праве даже исследователи крайне осторожно подходят к формулированию каких-либо выводов по рассматриваемому вопросу. Следовательно, вопрос действия права, выбранного сторонами в отношении третьих лиц, окончательно не решен.

Таким образом, можно констатировать, что какой-либо единый подход к решению данной проблемы отсутствует и зависит от решения конкретного правового порядка. В связи с этим, с учетом неоднозначности механизма действия выбранного сторонами права против третьих лиц, представляется целесообразным рассмотреть данный вопрос в рамках отдельной публикации.

## Литература

1. *Асосков А. В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: М-Логос, 2017. 640 с.
2. *Базедов Ю.* Автономия воли в регулировании международных отношений / пер. с англ. Ю. М. Юмашева. М.: Норма, 2022. 136 с.
3. *Базедов Ю.* Право открытых обществ — частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права / пер. с англ. Ю. М. Юмашева. М.: Норма, 2022. 384 с.
4. *Годунов В. Н., Мещанова М. В.* Частное право Республики Беларусь: история становления, развитие и перспективы совершенствования // Частное право в странах бывшего СССР: итоги 30-летия: сборник статей / Исследовательский центр частного права имени С. С. Алексеева при Президенте РФ; под ред. Л. Ю. Михеевой. М.: Статут, 2022. С. 152–190.
5. *Любарская Т. С.* Автономия воли при определении вещного статута в международном частном праве: дисс. канд. юрид. наук / Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова. Юридический факультет. М., 2020. 214 с.
6. *Плеханов В. В.* Международное частное право. Сборник национальных кодификаций / сост. и ред. В. В. Плеханов. М., 2021. 1112 с.
7. *Плеханов В. В.* Переход права собственности по договору международной купли-продажи товаров: дисс. канд. юрид. наук / Московская Государственная Юридическая Академия. М., 2008. 185 с.
8. *Flessner A.* (2011) Choice of Law in International Property Law — New Encouragement from Europe. *European law publishers GmbH*. Pp. 1–40.
9. *Guangjian T.* (2016) Private International Law in China. *Springer Singapore*. 192 p.

<sup>1</sup> *Плеханов В. В.* Международное частное право. Сборник национальных кодификаций. М., 2021. С. 101.

10. Huo Z. (2011) Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law. *RJT ns.* Vol. 45. Pp. 641–684.
11. Huo Z. (2016) The Statutory Reform of Chinese Private International Law in Property Rights: A Silent Revolution. *The Chinese Journal of Global Governance.* Vol. 1. No. 2. Pp. 174–191. DOI: 10.1163/23525207-1234001012340010
12. Qingkun X. (2017) The Codification of Conflicts Law in China: A Long Way to Go. *Am. J. Comp. L.* No. 65. Pp. 919–961. DOI: 10.1093/ajcl/avx044
13. Van der Weide J. (2011) Party Autonomy in Dutch International Property Law. *European law publishers GmbH.* Pp. 41–58.

### Об авторе:

**Олейников Михаил Антонович**, аспирант департамента правового регулирования бизнеса факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)  
e-mail: maoleynokov@hse.ru

### References

1. Asoskov, A. V. (2017) Conflict regulation of contractual obligations. *M-Logos.* 640 p. (In Russ.)
2. Bazedow, J. (2022) Party autonomy in the regulation of international relations. *Norma.* 136 p. (In Russ.)
3. Bazedow, J. (2022) The law of open societies — private and state regulation of international relations: a general course of private international law. *Norma.* 384 p. (In Russ.)
4. Godunov, V. N., Meshchanova, M. V. (2022) Private law of the Republic of Belarus: the history of formation, development and prospects for improvement. *Statute.* Pp. 152–190. (In Russ.)
5. Lyubarskaya, T. S. (2020) Autonomy of the will in determining the statute of real property in private international law. *Moscow State University named after M. V. Lomonosov.* 214 p. (In Russ.)
6. Plekhanov, V. V. (2021) Private international law. Collection of national codifications. 1112 p. (In Russ.)
7. Plekhanov, V. V. (2008) Transfer of ownership under the contract of international sale of goods: dissertation of PhD in law. *Moscow State Law Academy.* 185 p. (In Russ.)
8. Flessner, A. (2011) Choice of Law in International Property Law — New Encouragement from Europe. *European law publishers GmbH.* Pp. 1–40.
9. Guangjian, T. (2016) Private International Law in China. *Springer Singapore.* 192 p.
10. Huo, Z. (2011) Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law. *RJT ns.* Vol. 45. Pp. 641–684.
11. Huo, Z. (2016) The Statutory Reform of Chinese Private International Law in Property Rights: A Silent Revolution. *The Chinese Journal of Global Governance.* Vol. 1. No. 2. Pp. 174–191. DOI: 10.1163/23525207-1234001012340010
12. Qingkun, X. (2017) The Codification of Conflicts Law in China: A Long Way to Go. *Am. J. Comp. L.* No. 65. Pp. 919–961. DOI: 10.1093/ajcl/avx044
13. Van der Weide, J. (2011) Party Autonomy in Dutch International Property Law. *European law publishers GmbH.* Pp. 41–58.

### About the author:

**Mikhail A. Oleynikov**, graduate student of the School of Legal Regulation of Business of the Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)  
e-mail: maoleynokov@hse.ru

## Цифровая (само)защита права на примере защиты прав ребенка<sup>1</sup>

**Хисамова Р. В.**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

e-mail: rina\_khisamova@list.ru

### *Аннотация*

В рамках настоящей статьи автор предпринимает попытку исследования таких правовых явлений, как «цифровая самозащита» и «цифровая защита права». Используя метод анализа и приводя конкретные практические примеры действий, предпринимаемых родителями (законными представителями детей) в целях защиты прав и интересов ребенка в Интернете, автор приходит к выводу, что сложившиеся сегодня на практике цифровые способы защиты права могут рассматриваться современной юриспруденцией в качестве альтернативных способов защиты права (цифровая защита) либо сформировать новый правовой институт «цифровой самозащиты».

*Ключевые слова:* защита прав в Интернете, защита прав ребенка, цифровые способы защиты прав, цифровая защита, самозащита права, цифровая самозащита, самопомощь.

*Для цитирования:* Хисамова Р. В. Цифровая (само)защита права на примере защиты прав ребенка // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 3 (21). С. 87–95. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-87-95. EDN: RXEEPW

## Digital (Self)-Defence by The Example of The Children’s Rights Protection

**Khisamova R. V.**

National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

e-mail: rina\_khisamova@list.ru

### *Abstract*

In relation to the sphere of legal protection the author considers two legal phenomena: “digital self-protection” and “digital protection of rights”. Relying on examples of actions taken by parents in order to protect the children’s rights on Internet, the author comes to the conclusion that the digital methods of protecting the right that exist today in practice can be considered by modern jurisprudence as alternative ways to protect the right or form a new legal institution of “digital self-protection”.

*Keywords:* protection of rights on the Internet, children’s rights protection, digital ways to protect rights, digital self-protection.

*For citation:* Khisamova, R. V. Digital (Self)-Defence by The Example of The Children’s Rights Protection. *Theoretical and Applied Law*, no. 3 (21). Pp. 87–95 (In Russ.). DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-87-95

<sup>1</sup> С благодарностью моему отцу Хисамову Винеру Заквановичу за помощь, поддержку и содействие в работе (14.12.2023), а также Богдановской Ирине Юрьевне за терпеливое руководство деятельностью аспиранта.

*Юридическая система, чтобы называться таковой с достаточным основанием, должна обладать неким минимумом практической действительности, что бы ни лежало в основе этой действительности, — утверждение, которое не может вызвать ни возражений, ни интереса<sup>1</sup>.*

В качестве эпиграфа к статье был выбран тезис Лона Фуллера из «Морали права», поскольку практическая действительность юридической системы может проявляться по-разному, в том числе через защиту права, осуществляемую всевозможными способами.

В условиях информатизации и цифровизации множества общественных институтов защита прав так же, как и многое другое, претерпевает свои изменения. Посмотрим далее, как повлияла цифровая реальность на область защиты права и можем ли мы на сегодняшний день убрать скобки из заголовка данной статьи и говорить о «цифровой самозащите», опустить «само» и рассматривать «цифровую защиту права» или всё же в нашем распоряжении лишь базовые положения «самозащиты» и «защиты права» в их традиционном классическом понимании. Учitando, что идея становится более понятной на практическом примере, в качестве последнего исследуем защиту прав детей в Интернете их родителями.

### Способы защиты права: краткий обзор теории

Напомним, что в юридической науке общепринято разделять способы защиты права на юрисдикционные и неюрисдикционные<sup>2</sup>. Первый способ предполагает обращение в суд, другие государственные органы, а также в специально созданные негосударственные учреждения. Второй же представляет собой деятельность граждан по защите своих прав без обращения за помощью к государственным и иным органам, уполномоченным на принятие необходимых мер для восстановления нарушенного права и пресечения правонарушения<sup>3</sup>. Данный подход воспринят и действующей Конституцией Российской Федерации, статья 45 которой гарантирует государственную защиту прав и свобод человека и гражданина (ч. 1), а также позволяет каждому защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2).

Некоторые исследователи говорят о трех способах защиты, выделяя в качестве первого государственный (судебный) способ защиты; в качестве второго — альтернативный способ защиты (например, в форме третейского разбирательства); в качестве третьего — самозащиту права. Как указывает Е. В. Михайлова, об этих способах писали российские классики (М. Д. Мейер, Е. В. Васильковский, А. Х. Гольмстен и др.); эти же способы защиты закреплены в действующем законодательстве<sup>4</sup>.

В современной юридической науке указанные выше способы защиты права иногда именуют формой защиты. В частности, Р. С. Бевзенко применительно к гражданскому праву отмечает: «Если понятие “способ (мера) защиты права” описывает содержание действий по защите права (например, признание оспоримой сделки недействительной), то форма защиты прав — это внешняя характеристика защиты, то есть описание того, каким именно образом реализуется тот или иной способ защиты права. Приняв такую точку зрения, можно добиться вполне логичного соотношения способов защиты права, указанных в ст. 12 Кодекса, с выделяемыми в литературе различными формами защиты, прежде всего — юрисдикционной (судебной, административной, нотариальной) и неюрисдикционной (самозащитой)»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Фуллер Л. Мораль права. М.: Ирисэн, 2007. С. 133–134.

<sup>2</sup> См.: Предпринимательское право: проблемы теории и правоприменения (монография) (Курбатов А. Я.). М.: Юстицинформ, 2022. 244 с.; Долганова И. В. (и др.). Актуальные проблемы гражданского права: учебник / И. В. Долганова, Д. В. Ерофеева, О. В. Ефимова, А. Е. Кирпичев, В. В. Кулаков, А. Н. Левушкин, Ю. А. Свиринов, В. В. Смирнова, С. Ю. Филиппова (под ред. д.ю.н., проф. Р. В. Шагиевой). М.: Юстиция, 2019. 380 с.; Бабкин С. А. (и др.). Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики / С. А. Бабкин, Р. С. Бевзенко, В. А. Белов, К. А. Блинковский, И. В. Григораш, М. В. Субботин, Ю. А. Тарасенко, П. В. Шевцов (под общ. ред. д.ю.н. В. А. Белова). М.: Юрайт, 2015 и проч.

<sup>3</sup> Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный): с учетом изменений, одобренных в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 года (коллектив авторов; с обращением к читателям Президента Российской Федерации В. В. Путина; под ред. академика РАН Т. Я. Хабриевой). М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2021. 368 с.

<sup>4</sup> Михайлова Е. В. Цифровизация профессиональной юридической деятельности и образовательного процесса: понятие и тенденции развития // Хозяйство и право. 2022. № 7. С. 96–111.

<sup>5</sup> Бабкин С. А. (и др.). Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики / С. А. Бабкин, Р. С. Бевзенко, В. А. Белов, К. А. Блинковский, И. В. Григораш, М. В. Субботин, Ю. А. Тарасенко, П. В. Шевцов (под общ. ред. д.ю.н. В. А. Белова). М.: Юрайт, 2015.



Полагая возможным не вдаваться в теоретические тонкости соотношения таких понятий, как «способ защиты права» и «форма защиты», далее будем исходить из классического разделения всех способов защиты права на *юрисдикционные*, обеспечиваемые принудительной силой государства, и *неюрисдикционные*, осуществляемые заинтересованными лицами самостоятельно, то есть без участия государства, не забывая при этом об альтернативных способах, суть которых заключается в обращении лица за защитой к посреднику, не относящемуся к государственной властной структуре.

### Защита прав ребенка в Интернете: краткий обзор практики

Информационно-коммуникационные технологии, расширяя и дополняя жизнь ребенка, опосредуют и изменяют его жизнь не только онлайн, но и офлайн<sup>1</sup>. Мы уже писали, что все угрозы в Интернете применительно к детской аудитории могут быть разделены на две большие группы: **контентные риски** (потребление ребенком нежелательной (запрещенной и вредной) информации, не соответствующей уровню его развития) и **коммуникационные риски** (ненадлежащие опасные контакты, совершение нежелательных сделок, неконтролируемое предоставление (распространение) своих персональных данных)<sup>2</sup>.

В целях исключения или хотя бы минимизации указанных рисков на практике в отношении детей в Интернете их родители (иные законные представители) в большинстве случаев, в том числе в странах Европейского союза<sup>3</sup>, используют «родительский контроль» либо приобретают подобные услуги на рынке связи.

«Родительский контроль» — это собирательное понятие, которое включает в себя возможность настроить использование устройства или отдельных информационных ресурсов способом, отвечающим, по мнению родителя, интересам ребенка. В частности, родительский контроль охватывает собственные встроенные функции операционных систем, которые позволяют фильтровать контент по возрастному цензу, ограничить громкость воспроизводимой музыки, запретить установку конкретных приложений или ограничить доступ к установленным программам. Кроме того, сюда могут быть отнесены также специальные приложения, которые, в отличие от встроенных функций операционных систем, обычно имеют больший функционал и меньше возможностей для ребенка обойти установленные ограничения. Например, в них можно выбирать уровень защиты ребенка (максимально ограниченный родителем контент или, напротив, минимально ограниченный), настраивать «белые» и «черные» списки сайтов, социальных сетей, файлообменников, блогов, онлайн-игр и проч. В качестве дополнительного функционала подобные приложения позволяют отслеживать местонахождение ребенка, контролировать уровень заряда батареи на его телефоне, настраивать расписание использования смартфона, отслеживать активность в социальных сетях и даже формировать отчеты об онлайн-привычках ребенка<sup>4</sup>.

Аналогичный родительскому контролю функционал на сегодняшний день доступен и в рамках приобретения соответствующих услуг, предоставляемых провайдерами Интернета и иными операторами связи. Например, «Родительский контроль»<sup>5</sup> и «Интернет под контролем»<sup>6</sup> от Мегафона, «Интернет-безопасность для детей»<sup>7</sup> от МТС и проч. Несмотря на постоянную смену подобных пакетных предложений, состав включенных в них услуг обычно различается незначительно и включает в себя фильтр контента, ограничение рекламы, баннеров и прочих нежелательных уведомлений и т. п. Эффективность

<sup>1</sup> McLuhan M. Understanding Media: the Extensions of Man. <https://designopendata.files.wordpress.com/2014/05/understanding-media-mcluhan.pdf> (дата обращения: 05.10.2023).

<sup>2</sup> Подробнее тема интернет-угроз интересам детей исследовалась С. В. Кобзевой, а также была раскрыта автором в отдельной статье «Дети и Интернет: виды интернет-угроз и правовые способы защиты от них». См.: Кобзева С. В. Защита прав несовершеннолетних от угроз в сети Интернет // Информационное право. 2017. № 2. С. 33–39; *Khislamova R. V. Children and Internet: cyber threats and ways of protection // Legal Issues in the Digital Age. 2023. No. 2. Pp. 122–141.*

<sup>3</sup> В частности, см.: *Tot L., Grubor G. Child protection from unwanted internet contents – case study in republic of Serbia // Singidunum Journal of Applied Sciences. 2014 Supplement. Pp. 514–519.*

<sup>4</sup> См.: <https://rg.ru/2019/11/29/roditelskij-kontrol-kakoe-prilozhenie-vybrat.html> (дата обращения: 04.10.2023).

<sup>5</sup> См.: [https://moscow.megafon.ru/services/family/roditelskiy\\_kontrol/](https://moscow.megafon.ru/services/family/roditelskiy_kontrol/) (дата обращения: 17.07.2024).

<sup>6</sup> См.: <https://gov.megafon.ru/products/internet-pod-kontrolem> (дата обращения: 04.10.2023).

<sup>7</sup> См.: [https://moskva.mts.ru/personal/servisy/kaspersky\\_safe\\_kids](https://moskva.mts.ru/personal/servisy/kaspersky_safe_kids) (дата обращения: 17.07.2024).

применения данных методов защиты исследована европейскими учеными и оценена в общем положительно, но не без издержек<sup>1</sup>.

В качестве дополнительных технологических решений по защите детей в Интернете родители могут устанавливать на устройства специальные детские браузеры, в которых можно сформировать безопасный (разрешенный) список сайтов. Сайты, не включенные в указанный список, равно как и любые другие ссылки, рекламные объявления или акции будут заблокированы и не попадут в поле зрения ребенка.

Практическое применение данных методов родителями в целях защиты прав и интересов своих детей в Интернете согласуется с базовыми научными подходами психологии и правовыми положениями. В частности, в соответствии с культурно-историческим подходом и созданными на его основе концепциями формирование личности детей и подростков неотделимо от социальной ситуации их развития. Понятие «социальная ситуация развития» как важнейший компонент каждого периода развития ребенка было введено Л. С. Выготским в его учении о структуре и динамике психологического возраста<sup>2</sup>. Как указывают Г. У. Солдатова и Е. И. Рассказова, в работах российских психологов показано, что особенности социальной ситуации развития решающим образом определяют направление, содержание и характер возрастного развития ребенка (Л. И. Божович, В. В. Давыдов, М. И. Лисина, Д. Б. Эльконин, Д. И. Фельдштейн, О. А. Карабанова)<sup>3</sup>.

В свою очередь, согласно положениям ст. 3 Конвенции о правах ребенка, одобренной Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г., (далее — Конвенция) во всех действиях в отношении детей независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, занимающимися вопросами социального обеспечения, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребенка. Государства-участники признают право каждого ребенка на уровень жизни, необходимый для физического, умственного, духовного, нравственного и социального развития ребенка (п. 1 ст. 27 Конвенции). Приведенные положения Конвенции созвучны со ст. 54 Семейного кодекса Российской Федерации (далее — СК РФ), в силу которой ребенок имеет право на воспитание своими родителями, образование, обеспечение его интересов, всестороннее развитие, уважение человеческого достоинства.

Таким образом, естественное право ребенка на всестороннее развитие в условиях уважения человеческого достоинства, гарантируемое в том числе в виртуальной реальности, то есть онлайн, реализуется максимально эффективно посредством создания для ребенка благоприятной социальной ситуации развития, что, как показано выше, на практике обеспечивается путем принятия родителями (законными представителями детей) превентивных мер, направленных на устранение существующих в сети Интернет угроз. И вот здесь возникает закономерный вопрос: как теория соотносится с практикой, или к какому из известных науке способов защиты права можно отнести действия родителей по защите прав и интересов детей в Интернете?

Ввиду того, что «родительский контроль» и иные меры по защите прав детей в Интернете, применяемые родителями самостоятельно, то есть без обращения к компетентным государственным органам, не могут рассматриваться в качестве юрисдикционного способа защиты права, поскольку отсутствует такой квалифицирующий признак, как обращение за защитой к государству (в том числе к суду), представляются возможными два варианта.

**Вариант 1.** Применение родителями мер по защите интересов детей в Интернете является самозащитой права и, более того, способно выступить предпосылкой для формирования нового правового института «цифровой самозащиты».

<sup>1</sup> См. например: *Eneman M.* Internet service provider (ISP) filtering of child-abusive material: A critical reflection of its effectiveness // *Journal of Sexual Aggression*. Jul. 2010, Vol. 16, Issue 2. Pp. 223–235; *Lawrence E., Fry R. J.* Content Blocking and the Patron as Situated Knower: What Would It Take for an Internet Filter to Work? // *Library Quarterly*. Oct. 2016, Vol. 86, Issue 4. Pp. 403–418.

<sup>2</sup> *Выготский Л. С.* Вопросы детской психологии. СПб.: Союз, 1997. С. 24–25.

<sup>3</sup> *Солдатова Г. У., Рассказова Е. И.* Безопасность подростков в Интернете: риски, совладание и родительская медиация // *Национальный психологический журнал*. 2014. № 3 (15). С. 39–51.

**Вариант 2.** Защита прав детей в Интернете с применением цифровых функций и технических средств образует цифровую защиту, которая может быть рассмотрена в составе альтернативных способов защиты права.

Рассмотрим каждый из указанных вариантов подробнее.

### Цифровая самозащита прав и законных интересов ребенка

Как было отмечено выше, основным неюрисдикционным способом защиты прав выступает самозащита, то есть самостоятельные действия лица, направленные на воспрепятствование нарушению его прав и/или их восстановление<sup>1</sup>. Иными словами, самозащита — это институт, включающий в себя действия, осуществляемые непосредственно частным лицом без обращения к компетентным государственным органам.

Ключевой и отличительной особенностью самозащиты права как способа защиты является «поливариантность правовых возможностей осуществления защиты своих прав»<sup>2</sup>. Как пишет А. А. Газаева, применительно к конституционному пониманию содержание права на самозащиту не образует какая-то одна или несколько возможностей, наоборот, данные возможности не ограничиваются исключительно юридическими средствами и способами самозащиты, но включают в себя и средства, не имеющие детального нормативного закрепления в определенной установленной государством форме (неюрисдикционные, но не противоречащие закону). Особенность самозащиты заключается в том, что частные лица могут предложить свои средства самозащиты, а также продемонстрировать свое видение вариантов их сочетания, самостоятельно определить степень их эффективности в каждом конкретном случае, прогнозировать последствия их применения и осознать недопустимость злоупотребления с использованием как системы нормативно разработанных и закрепленных государством способов и средств самозащиты, так и самостоятельно смоделированных личностью вариантов самозащитного поведения<sup>3</sup>. Таким образом, самозащита — это наиболее разнообразный с позиции своего практического применения (воплощения) способ защиты права, который в условиях цифровизации может быть реализован в цифровой плоскости, то есть с применением технических средств и иных электронных, цифровых приемов.

Помимо поливариантности возможностей самозащиты, объем которых детерминирован достигнутым уровнем развития самой личности и конкретной правовой системы<sup>4</sup>, еще одной особенностью самозащиты как способа защиты права является скорость реализации<sup>5</sup>. Действительно, в ряде случаев лицо объективно не может рассчитывать на своевременную помощь правопорядка, в то время как бездействовать в конкретной ситуации для него было бы явно неразумно.

Ярким примером выступает ситуация по защите прав и законных интересов детей в Интернете. Родители, заинтересованные в создании для своих детей благоприятных условий развития, самостоятельно применяют доступные на практике превентивные меры защиты прав и законных интересов детей в Интернете, используя функции «родительского контроля» и иные существующие методы, не дожидаясь специального законодательного регулирования или принятия конкретных мер по защите интересов детей в сети Интернет на уровне государства. В связи с тем, что защита прав и законных интересов ребенка в силу императивных предписаний закона<sup>6</sup>, по общему правилу, осуществляется родителями (лицами, их заменяющими), представляется возможным в отношении действий, совершаемых родителями самостоятельно в целях воспрепятствования нарушению прав и законных интересов своих детей и восстановления таких прав в сети Интернет, говорить именно о самозащите. «Родительский контроль»,

<sup>1</sup> Комментарий к статье 14. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко и др.; отв. ред. А. Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2020. 1469 с.

<sup>2</sup> Газаева А. А. Конституционное полномочие личности на самозащиту: традиционный и новый взгляд // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 8. С. 17–19.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Комментарий к статье 14. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко и др.; отв. ред. А. Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2020. 1469 с.

<sup>6</sup> В частности, ст. 56 СК РФ / Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995. № 223-ФЗ.

фильтрация контента, доступного ребенку, с применением разных методов и средств, осуществляемые родителями самостоятельно, без обращения за содействием к государству, — по существу не что иное, как самозащита права в превентивных целях с применением цифровых (электронных) средств.

Ответ на вопрос о том, являются ли действия родителей по защите прав и интересов детей в Интернете новым явлением цифровой самозащиты, зависит прежде всего от того, можем ли мы выявить отличительные с позиции права особенности цифровой самозащиты от самозащиты в классическом (традиционном) понимании. Помимо двух особенностей самозащиты как способа защиты права, которые мы обозначили как поливариантность и оперативность, в доктрине права самозащита рассматривается через ее пределы. В частности, гражданское право, например, исходит из того, что способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения. Аналогичный подход воспринят уголовным правом (ст. 37, 39 и 41 Уголовного кодекса Российской Федерации) и административным правом (ст. 2.7 Кодекса об административных правонарушениях).

В п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» разъясняется, что лицо, право которого нарушено, может прибегнуть к его самозащите, соответствующей способу и характеру нарушения (ст. 14 ГК РФ). Возможность самозащиты не исключает права такого лица воспользоваться иными способами защиты, предусмотренными ст. 12 ГК РФ, в том числе в судебном порядке.

По смыслу ст. 1 и 14 ГК РФ самозащита гражданских прав может выражаться в том числе в воздействии лица на свое собственное или находящееся в его законном владении имущество. Самозащита может заключаться также в воздействии на имущество правонарушителя, в том случае если она обладает признаками необходимой обороны (ст. 1066 ГК РФ) или совершена в состоянии крайней необходимости (ст. 1067 ГК РФ). Таким образом, признаками самозащиты с позиции доктрины права являются ее «соразмерность» и «оправданная необходимость».

Приведенные выше признаки присущи и действиям родителей при защите прав и законных интересов детей в Интернете, поскольку отсутствие соразмерности и оправданной необходимости в применении ограничительных мер в отношении ребенка в Интернете может вторгаться в сферу его права на нормальное развитие, соответствующее общему уровню развития современного общества.

Вот интересный пример. В качестве одной из интернет-угроз в составе контентных рисков выделяют «информационные колодцы».

«Информационный колодец» — это контент, ограниченный особым образом в интересах отдельного лица, обычно владельца информационной системы (сайта), путем применения заданных системой алгоритмов. На официальном сайте молодежного цифрового омбудсмена по вопросу информационных колодцев разъясняется, что алгоритмы и рекомендательные сервисы в социальных сетях и на платформах видеохостинга созданы для рационализированного и автоматизированного управления потоком пользователей. Эти системы предлагают пользователю контент на основе результатов анализа поведения пользователя, выполняемого сервисом. Если пользователь видит только то, что ему интересно, согласно анализу системы, то он попадает в так называемый информационный колодец, находясь в котором он не получает информацию по иным темам. Отмечается, что особенно остро проблема потребления контента стоит в социальных сетях. В информационный колодец пользователя можно поместить принудительно, тем самым навязывая контент и влияя на формирование его мировоззрения<sup>1</sup>.

Следовательно, исходя из принципа наилучшего обеспечения интересов ребенка целенаправленное ограничение контента (фильтрация), доступного детям в Интернете, с использованием цифровых технологий не должно приводить к созданию для ребенка «информационного колодца», не допускающего получение ребенком информации, необходимой для нормального развития с учетом его возраста. То есть самозащита прав и интересов ребенка в Интернете также осуществляется в особых пределах «соразмерности» и «оправданной необходимости».

<sup>1</sup> См.: <https://www.youthombudsman.ru/help/7> (дата обращения: 02.10.2023).

При изложенных обстоятельствах сегодня мы можем обозначить «родительский контроль» и применение иных цифровых технологий в целях защиты детей в Интернете в качестве самозащиты в традиционном понимании, коль скоро данным действиям родителей присущи все признаки самозащиты. Между тем нельзя исключить, что со временем в доктрине и науке будут выработаны особые признаки «цифровой» самозащиты, которые сделают возможным появление нового правового института.

### Цифровая защита как альтернативный способ защиты права

Альтернативными способами защиты права признаются способы, для которых характерно обращение к негосударственному посреднику, например в третейский суд.

При применении мер родительского контроля, особенно в случае приобретения соответствующих услуг на рынке связи, родители, обеспечивая защиту прав ребенка в Интернете, фактически прибегают к помощи посторонних лиц, в связи с чем приведенные в статье примеры защиты прав и интересов детей в Интернете могут быть рассмотрены в качестве альтернативного способа защиты права или цифровой защиты. Как пишет А. А. Газаева, информационные технологии представляют собой универсальный ресурс, доступный человеку при выборе средств и способов самозащиты<sup>1</sup>, что также позволяет рассматривать цифровую защиту права как особую форму альтернативной защиты, при которой содействие в защите права оказывает заинтересованному лицу иной субъект (поставщик услуг или разработчик приложений). Из этого же исходят и крупные телекоммуникационные компании, полагающие, что помимо семьи, школы и правоохранительных органов важными элементами защиты детей становятся ИТ-решения, встроенные в привычную цифровую среду: поисковые системы, социальные сети, коммуникационные сервисы, игры<sup>2</sup>.

На основании изложенного позволим себе не согласиться с мнением Е. В. Михайловой, которая полагает, что до настоящего времени цифровых способов и форм защиты и надзора не существует<sup>3</sup>. Представляется, что приведенные нами примеры ясно и однозначно свидетельствуют о том, что цифровая защита права присутствует в современной действительности и может быть определена как направленные на воспрепятствование нарушению прав действия заинтересованного лица, совершаемые с использованием цифровых технологий.

### Самопомощь

На сегодняшний день цифровая реальность и трансформация общественных отношений в условиях развития информационно-коммуникационных технологий позволяют заново поднять вопрос о возможности введения в юридический оборот термина «самопомощь». А. А. Громов отмечает, что попытка расширить сферу самозащиты, дополнив ее **самопомощью** (активными действиями лица, направленными на захват имущества должника и/или задержание самого лица), была предпринята в проекте Гражданского уложения Российской империи, однако так и не была доведена до конца<sup>4</sup>. Если не признавать цифровую защиту прав ребенка цифровой самозащитой или цифровой защитой, то подобные действия родителей (законных представителей детей), направленные на устранение и минимизацию интернет-угроз, по существу посредством блокировки отдельного «нежелательного» контента и контактов, можно рассматривать в качестве «самопомощи».

Подведем итог. Цифровые способы защиты права постепенно находят конкретные формы своего практического воплощения, что предопределяет и необходимость их теоретического осмысления.

<sup>1</sup> Газаева А. А. Конституционное полномочие личности на самозащиту: традиционный и новый взгляд // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 8. С. 17–19.

<sup>2</sup> См.: <https://www.company.rt.ru/social/cyberknowledge/kids-safety/> (дата обращения: 17.07.2024).

<sup>3</sup> Михайлова Е. В. Цифровизация профессиональной юридической деятельности и образовательного процесса: понятие и тенденции развития // Хозяйство и право. 2022. № 7. С. 96–111.

<sup>4</sup> Комментарий к статье 14. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко и др.; отв. ред. А. Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2020. 1469 с.

В рамках настоящей статьи мы предприняли попытку определить, как с позиции права могут быть квалифицированы действия родителей по защите прав и интересов детей в Интернете, взяв за основу не проблему угрозы в Интернете, а ее решения — действия родителей по защите прав и интересов ребенка. Европейские ученые, напротив, сосредоточены на проблеме, а именно на анализе угроз в Интернете и сопоставлении их с вооруженной атакой, которая выступает предпосылкой для применения мер по самозащите прав<sup>1</sup>. Вопрос о том, как принимает и понимает современная национальная правовая наука цифровые (технологические) решения защиты прав в Интернете, таким образом, исследуется сегодня с разных сторон и является открытым.

Представляется, что в рамках классической доктрины права применяемые родителями (законными представителями детей) на практике методы, направленные на защиту интересов ребенка в Интернете, можно рассматривать как цифровую самозащиту (то есть раскрыть скобки в заголовке статьи), так и как альтернативный способ защиты права — цифровую защиту или даже самопомощь в Интернете.

## Литература

1. Актуальные проблемы гражданского права: учебник для магистратуры / под ред. д-ра юрид. наук проф. Р. В. Шагиевой. М.: Юстиция, 2019. 380 с.
2. *Выготский Л. С.* Вопросы детской психологии. СПб.: Союз, 1997. С. 24–25.
3. *Газаева А. А.* Конституционное полномочие личности на самозащиту: традиционный и новый взгляд // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 8. С. 17–19. EDN: DAIMNT
4. *Кобзева С. В.* Защита прав несовершеннолетних от угроз в сети Интернет // Информационное право. 2017. № 2. С. 33–39. EDN: CUQTSO
5. Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. д-ра юрид. наук В. А. Белова. М.: Юрайт, 2015.
6. *Михайлова Е. В.* Цифровизация профессиональной юридической деятельности и образовательного процесса: понятие и тенденции развития // Хозяйство и право. 2022. № 7 (546). С. 96–111. DOI: 10.18572/0134-2398-2022-7-96-111. EDN: LJOQSW
7. Предпринимательское право: проблемы теории и правоприменения: монография / А. Я. Курбатов. М.: Юстицинформ, 2022. 244 с.
8. *Солдатова Г. У.* Безопасность подростков в Интернете: риски, совладание и родительская медиация / Г. У. Солдатова, Е. И. Рассказова // Национальный психологический журнал. 2014. № 3 (15). С. 36–48. DOI: 10.11621/npj.2014.0305. EDN: TPVJXH
9. *Фуллер Л.* Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой. М.: ИРИСЭН, 2007. С. 133–134.
10. *Eneman M.* (2010) Internet service provider (ISP) filtering of child-abusive material: A critical reflection of its effectiveness. *Journal of Sexual Aggression*. Vol. 16, Iss. 2. Pp. 223–235. DOI: 10.1080/13552601003760014
11. *Khisamova R. V.* (2023) Children and Internet: Cyber Threats Sorts and Ways of Protection. *Legal Issues in the Digital Age*. Vol. 4, no. 2. Pp. 122–141. DOI: 10.17323/2713-2749.2023.2.122.141
12. *Lawrence E., Fry R. J.* Content Blocking and the Patron as Situated Knower: What Would It Take for an Internet Filter to Work? *The Library Quarterly*. Vol. 86, Iss. 4. Pp. 403–418. DOI: 10.1086/688030
13. *McLuhan M.* (2013) Understanding Media: The Extensions of Man. *GINGKO PRESS Inc.* 640 p.
14. *Nyman M.* (2022) Cyber Attacks as Armed Attacks? The Right of Self-Defence When a Cyber Attack Occurs. *Stockholms universitet*. 62 p.
15. *Tot L., Grubor G.* (2014) Child protection from unwanted internet contents — case study in republic of Serbia. *Singidunum Journal of Applied Sciences*. Pp. 514–519. DOI: 10.15308/sinteza-2014-514-519

<sup>1</sup> См., например: *Nyman M.* Cyber Attacks as Armed Attacks? The Right of Self-Defence When a Cyber Attack Occurs // Stockholms universitet, Juridiska institutionen 2023. <https://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:1754047/FULLTEXT01.pdf>.

**Об авторе:**

**Хисамова Рина Винеровна**, аспирантка департамента права цифровых технологий и биоправа факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

e-mail: rina\_khisamova@list.ru

**References**

1. Shagieva, R. V. (Ed.) (2019) Actual problems of civil law: textbook. *Justice*. 380 p. (In Russ.)
2. Vygotsky, L. S. (1997) Questions of child psychology. *Soyuz*. Pp. 24–25. (In Russ.)
3. Gazaeva, A. A. (2019) The constitutional authority of the individual to self-defense: traditional and new view. *Constitutional and municipal law*. No. 8. (In Russ.)
4. Kobzeva, S. V. (2017) Protection of the rights of minors from threats on the Internet. *Information law*. No. 2. Pp. 33–39. (In Russ.)
5. Belov, V. A. (2015) Corporate law. Actual problems of theory and practice. *Yurayt Publishing House*. (In Russ.)
6. Mikhailova, E. V. (2022) Digitalization of professional legal activity and educational process: concept and development trends. *Economy and law*. No. 7. (In Russ.)
7. Kurbatov, A. Ya. (2022) Business law: problems of theory and law enforcement: monograph. *Justicinform*. 244 p. (In Russ.)
8. Soldatova, G. U., Rasskazova, E. I. (2014) Safety of teenagers on the Internet: risks, coping and parental mediation. *National Psychological Journal*. No. 3 (15). (In Russ.)
9. Fuller, L. (2007) The morality of law. *Irisen*. Pp. 133–134. (In Russ.)
10. Eneman, M. (2010) Internet service provider (ISP) filtering of child-abusive material: A critical reflection of its effectiveness. *Journal of Sexual Aggression*. Vol. 16, Iss. 2. Pp. 223–235. DOI: 10.1080/13552601003760014
11. Khisamova, R. V. (2023) Children and Internet: Cyber Threats Sorts and Ways of Protection. *Legal Issues in the Digital Age*. Vol. 4, no. 2. Pp. 122–141. DOI: 10.17323/2713-2749.2023.2.122.141
12. Lawrence, E., Fry, R. J. Content Blocking and the Patron as Situated Knower: What Would It Take for an Internet Filter to Work? *The Library Quarterly*. Vol. 86, Iss. 4. Pp. 403–418. DOI: 10.1086/688030
13. McLuhan, M. (2013) Understanding Media: The Extensions of Man. *GINGKO PRESS Inc*. 640 p.
14. Nyman, M. (2022) Cyber Attacks as Armed Attacks? The Right of Self-Defence When a Cyber Attack Occurs. *Stockholms universitet*. 62 p.
15. Tot, L., Grubor, G. (2014) Child protection from unwanted internet contents — case study in republic of Serbia. *Singidunum Journal of Applied Sciences*. Pp. 514–519. DOI: 10.15308/sinteza-2014-514-519

**About the authors:**

**Rina V. Khisamova**, graduate assistant of the School of Digital Law and Bio-Law, Faculty of Law of the National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

e-mail: rina\_khisamova@list.ru

## Регулирование и защита персональных медицинских данных в эпоху ИИ: международный опыт

Галкина Н. М.<sup>1,\*</sup>, Кузнецова Д. В.<sup>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

\* e-mail: ngalkina@hse.ru

\*\* e-mail: dvkuznetsova@hse.ru

### Аннотация

Искусственный интеллект активно захватывает сферу за сферой, в том числе особые успехи и достижения можно видеть в сфере медицины и медицинских технологий. Однако внедрение искусственного интеллекта ставит целый ряд вопросов как практического, так и этического характера. Управление персональными данными становится ключевым вопросом при разработке искусственного интеллекта в медицине, поскольку эффективность таких систем напрямую зависит от доступа к обширным медицинским данным пациентов. Самым удобным решением для их использования является предварительная анонимизация. Однако при анонимизации существует риск повторной идентификации, а также возможна утрата потенциала информативности данных. В рамках настоящей статьи на примере США, ЕС и Сингапура рассматривается опыт в сфере правового регулирования обращения с медицинскими персональными данными при использовании систем искусственного интеллекта в медицине. Каждая из стран пытается найти баланс между защитой конфиденциальности персональных данных и развитием инноваций. На основе проведенного анализа можно сделать вывод, что фокус на развитие искусственного интеллекта требует определенных допущений в области защиты персональных данных, в то время как высокий жесткий стандарт защиты персональных данных может оказывать сдерживающее действие.

*Ключевые слова:* искусственный интеллект, ИИ, медицинские данные, большие данные, конфиденциальность персональных данных.

*Для цитирования:* Галкина Н. М., Кузнецова Д. В. Регулирование и защита персональных медицинских данных в эпоху ИИ: международный опыт // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 3 (21). С. 96–106. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-96-106. EDN: RYDIZZ

## Regulation and protection of personal health data in the AI era: international experience

Galkina N. M.<sup>1,\*</sup>, Kuznetsova D. V.<sup>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

\* e-mail: ngalkina@hse.ru

\*\* e-mail: dvkuznetsova@hse.ru

### Abstract

Artificial intelligence is actively taking over sphere after sphere and particular successes and achievements can be seen in the medical sector and medical technology. However, the introduction of AI raises a number of practical and ethical issues. One of the main ones is the issue of handling personal



data, as access to a large number of patients' health data plays a key role in the development and use of AI in medicine. The most convenient solution for their use is to anonymise them beforehand. However, with anonymisation, there is a risk of re-identification and the potential for loss of data informativeness may be lost. In the framework of this article the experience in the sphere of legal regulation of personal health data handling when using artificial intelligence systems in medicine is considered in the example of the USA, EU and Singapore. Each country is endeavoring to strike a balance between the protection of personal data privacy and the advancement of technological innovations. The analysis suggests that the emphasis on artificial intelligence development necessitates specific premises in the domain of personal data protection. Conversely, stringent standards for the protection of personal data could potentially exert a restrictive influence.

*Keywords:* artificial intelligence, AI, health data, Big Data, privacy data protection.

*For citation:* Galkina, N., Kuznetsova, D. (2024) Regulation and protection of personal health data in the AI era: international experience. *Theoretical and Applied Law*, no. 3 (21), pp. 96–106. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-96-106

Цифровизация государства и общества, внедрение новых технологий во все сферы жизни привели к оптимизации многих процессов. Жизнь человека стала быстрее, проще и удобнее. Появление искусственного интеллекта (далее — ИИ) продвинуло человечество еще дальше на пути цифровой трансформации, спровоцировав новый огромный скачок в развитии. На сегодняшний день ИИ активно захватывает сферу за сферой, и особые успехи и достижения можно видеть в сфере медицины и медицинских технологий<sup>1</sup>. Использование ИИ в медицине расширяет возможности диагностики, лечения и исследований. Это и использование ИИ для анализа медицинских снимков с целью оказания помощи врачам для принятия решений, и разработки в области предиктивной медицины<sup>2</sup>. Однако внедрение ИИ ставит много вопросов как практического, так и этического характера. Одним из основных является вопрос обращения с персональными данными. Обучение систем ИИ требует больших объемов данных. Для разработки и использования ИИ в медицине ключевую роль играет доступ к данным пациентов.

Медицинские данные относятся к специальной категории персональных данных, требующей особой защиты<sup>3</sup>. Одним из способов использования таких данных может быть их предварительная анонимизация<sup>4</sup>.

По общему правилу анонимизированные персональные данные не подпадают под действие законов о защите конфиденциальности персональных данных. Таким образом, ключевым моментом в контексте анонимизации является исключение возможности повторной идентификации.

При использовании медицинских персональных данных системами ИИ существует высокий риск деанонимизации<sup>5</sup>. Это связано с развитием систем ИИ, с совершенствованием алгоритмов, с тем, что ИИ становится «умнее». Способность ИИ находить закономерности может привести к непреднамеренному раскрытию информации. Помимо повторной идентификации, ИИ также способен делать сложные предположения о данных, не связанных со здоровьем<sup>6</sup>. Всё это представляет угрозу конфиденциальности персональных данных.

<sup>1</sup> Как искусственный интеллект меняет будущее медицины. Forbes. URL: <https://www.forbes.ru/mneniya/488597-kak-iskusstvennyj-intellekt-menaet-budusee-mediciny> (дата обращения: 09.04.2024).

<sup>2</sup> См.: Raz M., Nguyen T. C., Loh E. (2023) Artificial Intelligence in Medicine. *Springer*. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-981-19-1223-8>  
См.: Алексеева М. Г. Искусственный интеллект в медицине / М. Г. Алексеева, А. И. Зубов, М. Ю. Новиков // *Международный научно-исследовательский журнал*. 2022. № 7-2 (121). С. 10–13. DOI: 10.23670/IRJ.2022.121.7.038. EDN: JMMMDF

<sup>3</sup> Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ (ред. от 06.02.2023) «О персональных данных» относит данные о состоянии здоровья к специальной категории персональных данных (ст. 10). Такой же логике следует европейский GDPR.

<sup>4</sup> См.: Stam A., Kleiner B. (2020) Data anonymisation: legal, ethical, and strategic considerations. *FORS Guide No. 11, Version 1.0*. Lausanne: Swiss Centre of Expertise in the Social Sciences FORs, 2020. DOI: 10.24449/FG-2020-00011

<sup>5</sup> См.: Murdoch B. (2021) Privacy and artificial intelligence: challenges for protecting health information in a new era. *BMC Medical Ethics*. DOI: <https://doi.org/10.1186/s12910-021-00687-3>

<sup>6</sup> См.: Price II W. N. (2021) Problematic Interactions between AI and Health Privacy. *Utah L. Rev. U of Michigan Public Law Research Paper*. No. 21-014. Доступно на SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3797161> (дата обращения: 12.04.2024).

В теории анонимизация данных кажется идеальным решением, но на практике не всегда соответствует ожиданиям, не только из-за рисков повторной идентификации, но и из-за утраты потенциала информативности данных. Между тем качество данных имеет ключевое значение для развития ИИ<sup>1</sup>. Анализ больших массивов информации, особенно с использованием алгоритмов, нацелен на выявление скрытых закономерностей и связей между данными. Однако цель анонимизации — исключить возможность идентификации личности, убрав эти связи. Это создает дилемму: как сделать данные анонимными, сохраняя их ценность для анализа и предоставления третьим сторонам. В этой связи крайне важно найти баланс между защитой конфиденциальности персональных данных и развитием инноваций. В разных странах этот вопрос решается по-разному. Потому анализ зарубежного опыта представляется интересным.

В рамках настоящей статьи на примере США, ЕС и Сингапура будет рассмотрен опыт в сфере правового регулирования обращения с медицинскими персональными данными при использовании систем искусственного интеллекта в медицине.

### Европейский союз (ЕС)

В 2014 г. Рабочая группа по защите данных в рамках ст. 29 Европейского союза выпустила заключение по методам анонимизации данных<sup>2</sup>. Это заключение направлено на обеспечение соответствия обработки данных требованиям Общего регламента ЕС по защите персональных данных (GDPR).

Заключение соответствует директивам ЕС о защите данных и подчеркивает, что при оценке риска повторной идентификации необходимо учитывать все возможные средства, которые могут быть разумно применены как контролером, так и любой третьей стороной. Также в документе подтверждается, что, хотя анонимные данные не подпадают под действие законов о защите данных, сам процесс анонимизации является формой обработки персональных данных<sup>3</sup>.

Документ устанавливает высокий порог для критериев анонимности, так, чтобы деидентифицированные данные не могли быть повторно идентифицированы ни контролером данных, ни другими сторонами. Этот процесс включает в себя различные методы, каждый из которых адаптирован к конкретным условиям использования данных.

Одним из таких методов является *рандомизация*, которая основана на изменении данных для разрыва связи между персональными данными и физическим лицом, при этом сохраняется полезность данных для контролера.

Второй метод — *обобщение* — направлен на сокращение детализации данных, что снижает риск раскрытия информации о субъекте данных. Применение этого метода делает менее вероятным выделение отдельных физических лиц, особенно когда данные нескольких субъектов консолидируются. Примером может служить агрегирование категорий половой принадлежности в базе данных, что предотвращает идентификацию конкретных лиц.

Третий метод — *маскировка* — часто используется в сочетании с другими техниками анонимизации. Он включает в себя удаление таких идентификаторов из данных, как имена, изображения и адреса. Однако сама по себе маскировка обычно недостаточна для полной анонимизации, поэтому необходимо использовать другие методы защиты персональных данных.

С точки зрения права обработка персональных данных с целью их анонимизации по-прежнему требует наличия законного основания в соответствии со ст. 6 GDPR. Анонимизация, как дальнейшая обработка данных, должна соответствовать принципу ограничения цели. Чаще всего основаниями для контролеров

<sup>1</sup> См.: Matheny M., Israni S. T., Ahmed M., Whicher D. (2022) Artificial Intelligence in Health Care: The Hope, the Hype, the Promise, the Peril. Washington, DC: National Academy of Medicine.

<sup>2</sup> Рабочая группа Европейской комиссии по защите персональных данных (Рабочая группа по статье 29). (2014). Мнение 05/2014 о методах анонимизации.

<sup>3</sup> См.: Emam K., Alvarez C. (2014) A critical appraisal of the Article 29 Working Party Opinion 05/2014 on data anonymization techniques. *International Data Privacy Law*. Vol. 5, no. 1. Pp. 73–87. DOI: 10.1093/idpl/ipu033

или обработчиков данных служат выполнение договорных условий или законные интересы, если соблюдены принципы сбора, целей и сроков хранения данных<sup>1</sup>.

Если анонимизация выполнена корректно, данные больше не связаны с конкретным физическим лицом и не рассматриваются как персональные данные в рамках GDPR. Это означает, что такие данные можно использовать свободно. Процесс анонимизации может способствовать улучшению соответствия организации требованиям по защите данных, включая стратегии «конфиденциальности по умолчанию» и «минимизации данных», что позволяет использовать данные без риска причинения вреда субъектам данных.

Следует отметить, что GDPR имеет прямую юридическую силу во всех государствах, членах ЕС, и распространяется на всех граждан ЕС. Тем не менее GDPR предоставляет государствам, членам Европейского союза, возможность вносить некоторые исключения, связанные с общественными интересами и научными исследованиями, что приводит к разнообразию подходов к управлению и защите данных на национальном уровне<sup>2</sup>. В контексте GDPR страны-члены имеют право самостоятельно определять, какие методы псевдонимизации считать адекватными, устанавливать критерии для полной анонимизации данных, вводить специфические ограничения на обработку конфиденциальных данных в исследовательских целях и определять условия, при которых данные могут быть освобождены от ограничений для использования в научных исследованиях<sup>3</sup>. Что касается медицинских данных, то, согласно GDPR, они относятся к специальным категориям персональных данных, требующих более внимательного обращения и более надежной защиты ввиду их чувствительности<sup>4</sup>. Поэтому основным способом их использования для ИИ в медицине является полная предварительная анонимизация.

Всё более активное использование технологий ИИ в здравоохранении выявляет риски для конфиденциальности и защиты данных пациентов, в том числе несанкционированное повторное использование данных, утечки и угрозы кибератак<sup>5</sup>.

Далее, 13 марта 2024 г. Европарламент одобрил Закон Европейского союза об искусственном интеллекте (EU AI Act)<sup>6</sup>. Предполагается, что данный закон, как и GDPR, станет глобальным стандартом. Системы ИИ делятся на три категории в зависимости от степени риска: 1) недопустимый риск, 2) высокий риск и 3) низкий или минимальный риск. Системы ИИ, которые принадлежат к категории недопустимого риска, нарушают фундаментальные ценности Европейского союза и, следовательно, должны быть запрещены. Медицинские технологии, основанные на ИИ, классифицируются как технологии высокого риска. Использование таких технологий может быть разрешено только в случае, если они соответствуют строгим требованиям управления рисками, включая обеспечение контроля со стороны человека и проведение постмаркетингового мониторинга<sup>7</sup>. Также закон предусматривает, что для разработки систем ИИ высокого риска субъекты, включая поставщиков, нотифицированные органы и другие заинтересованные организации, такие как центры цифровых инноваций, экспериментальные испытательные центры и научные исследователи, должны обладать возможностью доступа к высококачественным наборам данных для их использования в соответствующих сферах деятельности. И прямо закреплено, что «например, в здравоохранении европейское пространство данных о здоровье будет способствовать недискриминационному

<sup>1</sup> См.: Чурилов А. Ю. Принципы Общего регламента Европейского союза о защите персональных данных (GDPR): проблемы и перспективы имплементации // Вестник Омской юридической академии. 2019. Т. 16, № 1. С. 29–35. DOI: 10.19073/2306-1340-2019-16-1-29-35. EDN: ZAYHTV

<sup>2</sup> См.: Доступ к медицинским данным: обработка данных в медицинской отрасли. Экономика. Аналитический отчет, ноябрь 2022 г.

<sup>3</sup> См.: Bak M., Madai V. I., Fritzsche M.-C., Mayrhofer M. T., McLennan S. (2022) You Can't Have AI Both Ways: Balancing Health Data Privacy and Access Fairly. *Frontiers in Genetics*. DOI: 10.3389/fgene.2022.929453

<sup>4</sup> Art. 9 GDPR: Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation shall be prohibited.

<sup>5</sup> См.: Artificial intelligence in healthcare. Applications, risks, and ethical and societal impacts. STUDY Panel for the Future of Science and Technology. European Parliamentary Research Service Scientific Foresight Unit (STOA). PE 729.512. June 2022. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/729512/EPRS\\_STU\(2022\)729512\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/729512/EPRS_STU(2022)729512_EN.pdf) (дата обращения: 14.04.2024).

<sup>6</sup> The EU AI Act. URL: <https://www.euaiact.com/> (дата обращения: 15.04.2024).

<sup>7</sup> Artificial intelligence in healthcare. Applications, risks, and ethical and societal impacts. STUDY Panel for the Future of Science and Technology. European Parliamentary Research Service Scientific Foresight Unit (STOA). PE 729.512. June 2022. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/729512/EPRS\\_STU\(2022\)729512\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/729512/EPRS_STU(2022)729512_EN.pdf) (дата обращения: 14.04.2024).

доступу к данным о здоровье и обучению алгоритмов искусственного интеллекта на этих наборах данных, с сохранением конфиденциальности, безопасно, своевременно, прозрачно и надежно, а также при соответствующем институциональном управлении. Соответствующие компетентные органы, в том числе отраслевые, предоставляющие или поддерживающие доступ к данным, могут также поддерживать предоставление высококачественных данных для обучения, проверки и тестирования систем искусственного интеллекта»<sup>1</sup>.

GDPR отличается особой строгостью, и потому в ЕС вопрос поиска баланса между защитой данных и развитием инноваций стоит особенно остро. Более либеральный подход может иметь серьезные последствия для фундаментальных прав на неприкосновенность частной жизни. В то же время ограничительный подход может тормозить развитие ИИ в медицине и ставить под сомнение эффективность инвестирования в эту сферу. Нормативные акты, регулирующие использование ИИ, должны обладать необходимой гибкостью и адаптироваться к требованиям общества и изменениям в научно-техническом прогрессе. В настоящее время пункт g ст. 9 GDPR представляет собой правовую основу для возможности использования неанонимизированных медицинских данных системами ИИ: в нем указано, что запрет на обработку медицинских данных не применяется, если обработка необходима по причинам, представляющим значительный общественный интерес, на основании законодательства Союза или государства-члена, которые должны быть соразмерны преследуемой цели, уважать суть права на защиту данных и предусматривать надлежащие и конкретные меры по защите основных прав и интересов субъекта данных<sup>2</sup>.

### Соединенные Штаты Америки

В контексте защиты персональных данных и анонимизации в Соединенных Штатах действует ряд федеральных законодательных актов, которые регламентируют вопросы конфиденциальности и безопасности личной информации в различных секторах экономики. Основным законом, регулирующим вопросы конфиденциальности медицинских данных, является Закон о преемственности и подотчетности медицинского страхования (Health Insurance Portability and Accountability Act, HIPAA). HIPAA устанавливает строгие требования к защите идентифицируемой медицинской информации (PHI), которые касаются не только конфиденциальности, но и целостности и доступности электронной медицинской информации.

Согласно HIPAA, PHI включает в себя любую информацию о состоянии здоровья, медицинских услугах и платежах за них, которая может быть связана с конкретным человеком. HIPAA состоит из нескольких различных частей, также известных как «правила», которые касаются различных аспектов управления медицинской информацией. Правило конфиденциальности (Privacy Rule) устанавливает стандарты защиты медицинской информации, ограничения и условия использования и раскрытия такой информации без разрешения пациента. Правило безопасности (Security Rule) дополняет Правило конфиденциальности и устанавливает стандарты для защиты конфиденциальности, целостности и доступности электронной защищенной медицинской информации.

Один из способов обеспечения защиты PHI — деидентификация данных. HIPAA определяет два метода деидентификации: метод экспертного определения и метод «безопасной гавани». Метод экспертного определения предусматривает привлечение высококвалифицированного специалиста, который подтверждает невозможность использования информации для идентификации физического лица. Этот эксперт применяет специализированные методики и фиксирует процесс деидентификации данных в документальной форме. Метод «безопасной гавани» заключается в исключении из данных ряда конкретных идентификаторов, таких как имя, адрес, дата рождения и другие уникальные числа или коды.

Важно отметить, что деидентификация в HIPAA не равносильна анонимизации в понимании таких норм, как GDPR в Европейском союзе. В то время как GDPR требует удаления возможности идентификации лица для анонимизации, деидентификация по HIPAA, скорее, соответствует псевдонимизации,

<sup>1</sup> The EU AI Act. URL: <https://www.euaiact.com/> (дата обращения: 15.04.2024).

<sup>2</sup> (g) GDPR. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016R0679> (дата обращения: 16.04.2024).

где данные не могут быть связаны с лицом без дополнительной информации. При этом деидентифицированные данные не являются персональными и не подпадают под соответствующее регулирование. Таким образом, можно отметить, что HIPAA является менее строгим, нежели GDPR, поскольку предъявляет более мягкие требования к анонимизации данных.

В контексте расширения использования цифровых технологий и их интеграции в медицинскую практику такие устройства, как фитнес-браслеты и мобильные приложения, которые собирают медицинские данные, часто остаются за рамками HIPAA, создавая потенциальные угрозы конфиденциальности данных. Это подчеркивает необходимость дальнейшего развития законодательной базы для охвата новых технологий и методов обработки данных в здравоохранении<sup>1</sup>. Попытки решить этот вопрос делаются на уровне штатов. Так, 27 апреля 2023 г. был принят Закон штата Вашингтон «О моем здоровье и моих данных»<sup>2</sup>. Этот закон предназначен для регулирования обработки медицинских данных физических лиц, которые не охватываются действием HIPAA. Особенностью этого законодательного акта является широкое толкование термина «данные о состоянии здоровья потребителей» (consumer health data, CHD), под которым подразумеваются не только данные, непосредственно касающиеся здоровья пациента, но и множество других сведений, не связанных непосредственно со здоровьем. Включение их в это понятие, подлежащее защите закона, мотивировано тем, что их можно связать с медицинскими данными пациента, а это может нарушить конфиденциальность. «CHD определяется в широком смысле как информация, которая связана или может быть разумно связана с потребителем и которая идентифицирует прошлое, настоящее или будущее состояние физического или психического здоровья потребителя»<sup>3</sup>. Закон содержит требования к обращению и конфиденциальности CHD, по строгости подобные европейскому GDPR, это и получение согласия субъекта данных, и жесткие правила по сбору, передаче данных. Также широким является перечень организаций, на которые закон распространяет свое действие, и ввиду широкого понимания CHD это не только организации сферы здравоохранения. Закон штата Вашингтон служит моделью для других штатов. Подобный закон, посвященный регулированию медицинских данных, уже вступил в силу в штате Невада<sup>4</sup>.

В октябре 2023 г. президент США Джо Байден издал указ «О безопасном, надежном и заслуживающем доверия развитии и использовании искусственного интеллекта». В нем подчеркивается важность безопасности ИИ, защиты частной жизни и справедливого использования технологий ИИ.

Как указано в документе, «искусственный интеллект облегчает извлечение, повторную идентификацию, установление связей, выводы и действия с конфиденциальной информацией о личности, местонахождении, привычках и желаниях людей. Возможности искусственного интеллекта в этих областях могут увеличить риск использования и раскрытия персональных данных. Для борьбы с этим риском федеральное правительство будет обеспечивать законность сбора, использования и хранения данных, их безопасность и снижение рисков, связанных с неприкосновенностью частной жизни и конфиденциальностью»<sup>5</sup>. Указ президента США для продвижения инноваций в сфере ИИ в медицине предусматривает выделение средств на инициативы, изучающие пути повышения качества данных в здравоохранении и поддержку разработки инструментов ИИ для клинического лечения, здоровья населения, общественного здравоохранения и исследований в этой области.

Регулирование ИИ в США можно охарактеризовать как «мягкий подход», целью которого является стимулирование инноваций<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> См.: Price W., Cohen I. (2019) Privacy in the age of medical big data. *Nature Medicine*. Pp. 37–43. DOI: <https://doi.org/10.1038/s41591-018-0272-7>

<sup>2</sup> My health My data Act. URL: <https://lawfilesexet.leg.wa.gov/biennium/2023-24/Pdf/Bills/Session%20Laws/House/1155-S.SL.pdf?q=20230503092232> (дата обращения: 12.04.2024).

<sup>3</sup> Sec. 3 part 8 (a). URL: <https://lawfilesexet.leg.wa.gov/biennium/2023-24/Pdf/Bills/Session%20Laws/House/1155-S.SL.pdf?q=20230503092232> (дата обращения: 16.04.2024).

<sup>4</sup> Закон штата Невада о конфиденциальности данных о здоровье потребителей, Senate Bill 370.

<sup>5</sup> Section 2 (f). Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence. URL: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/> (дата обращения: 15.04.2024).

<sup>6</sup> См.: Ли Я. Нормативно-правовое регулирование генеративного искусственного интеллекта в Великобритании, США, Европейском союзе и Китае // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. № 3. С. 245–267. DOI: 10.17323/2072-8166.2023.3.245.267. EDN: YITZOA

## Сингапур

Сингапур — один из мировых лидеров в области технологий и инноваций, поэтому также уделяет особое внимание вызовам, связанным с защитой персональных данных в эпоху глобальной цифровизации.

Разработка и принятие Закона о защите персональных данных (PDPA) в 2012 г., а затем внесение в него поправок в 2020 г. стали ответом на необходимость модернизации правового поля в условиях растущей цифровизации. Особое внимание в этом контексте уделяется анонимизации данных — процессу, который позволяет использовать значительные объемы информации для аналитики и разработки новых продуктов без ущерба для конфиденциальности личной информации. Важно отметить, что в Сингапуре понятия «анонимизация» и «деидентификация» не являются тождественными. PDPC понимает под «деидентификацией» только удаление прямых идентификаторов. При этом деидентифицированный набор данных может быть легко повторно идентифицирован при объединении с данными, которые могут быть общедоступными или легкодоступными. Таким образом, это, по сути, является псевдонимизацией в терминах европейского GDPR. Ключевое значение анонимизации заключается в правовых последствиях этого процесса — анонимизированные данные больше не являются персональными данными для целей PDPA. Полностью анонимизированные данные, когда анонимизация становится необратимой, могут быть открыты для публичного доступа (например, открытые данные).

Правовая база Сингапура в части PDPA четко регламентирует процесс анонимизации, подчеркивая ее значение для защиты прав субъектов данных<sup>1</sup>. Закон не только определяет, какие данные считаются анонимизированными, но и освобождает такие данные от обязательств по защите, предусмотренных для обычных персональных данных. Такой подход предоставляет организациям возможности для использования анонимизированных данных в рамках исследовательских, статистических и маркетинговых проектов без необходимости соблюдения ограничений, которые обычно налагаются на обработку персональных данных<sup>2</sup>.

Однако процесс анонимизации сопряжен с определенными рисками, главный из которых — возможность повторной идентификации. В свете этого PDPA вводит строгие требования к методам анонимизации, а также предусматривает ответственность за несанкционированную повторную идентификацию анонимизированных данных. Организациям, работающим с анонимизированными данными, необходимо регулярно проводить оценку рисков и принимать меры для обеспечения того, чтобы данные невозможно было связать с конкретными лицами.

Практические руководства и стандарты, разработанные Комиссией по защите персональных данных Сингапура (PDPC), предоставляют детальные указания по вопросам анонимизации, включая описание техник и методов, которые могут быть использованы для обеспечения соответствия анонимизированных данных требованиям законодательства. Такие документы, как Руководство по базовой анонимизации, являются важными инструментами для организаций, стремящихся управлять данными в соответствии с законом.

Необходимо отметить, что PDPA не содержит определения «чувствительных данных» (sensitive data), он применяется ко всем типам персональных данных. Тем не менее некоторые типы данных, к которым относятся и данные о здоровье, считаются чувствительными в силу их характера и потенциального вреда, который может быть причинен в результате их неправильного использования. По этой причине Комиссия по защите персональных данных (Personal Data Protection Commission, PDPC) в выпущенном совместно с Министерством здравоохранения Консультативном руководстве для сектора здравоохра-

<sup>1</sup> PDPA содержит в своем тексте упоминание анонимизированной информации, однако не содержит прямого определения таких данных и «анонимизации». Подробную информацию и определения можно найти в гл. 3 Консультативных руководств по PDPA для отдельных тем, выпущенных PDPC, которая посвящена вопросам анонимизации. Advisory Guidelines on the Personal Data Protection Act for Selected Topics. Advisory Guidelines on the Personal Data Protection Act for Selected Topics. URL: <https://www.pdpc.gov.sg/-/media/Files/PDPC/PDF-Files/Advisory-Guidelines/AG-on-Selected-Topics/Advisory-Guidelines-on-the-PDPA-for-Selected-Topics-17-May-2022.pdf> (дата обращения: 16.04.2024).

<sup>2</sup> См.: Цифровая трансформация и государственное управление: научно-практическое пособие / А. С. Емельянов, А. А. Ефремов, А. В. Калмыкова и др.; ред. кол.: Л. К. Терещенко, А. С. Емельянов, Н. А. Поветкина. М.: Инфотропик Медиа, 2022. 224 с.

нения<sup>1</sup> рекомендует проявлять повышенную осторожность при работе с персональными медицинскими данными, учитывая потенциальные последствия нарушения их конфиденциальности для частной жизни физических лиц. Кроме того, в PDPC закреплена строгая позиция при рассмотрении случаев, когда скомпрометированные персональные данные носят чувствительный характер.

Правительство Сингапура определило ИИ как одну из основных передовых технологий, которые необходимы для развития цифровой экономики страны<sup>2</sup>. 1 марта 2024 г. PDPC выпустила Консультативное руководство по использованию персональных данных в рекомендательных системах и системах принятия решений на базе ИИ<sup>3</sup>. В Руководстве указано, что оно применяется ко всем видам сбора и использования персональных данных организацией, включая сбор и/или обработку персональных данных для разработки, тестирования и мониторинга систем ИИ. В дополнение к получению согласия на использование персональных данных для обучения систем ИИ организации могут также рассматривать возможность использования персональных данных без согласия на основании таких исключений, как «совершенствование бизнес-процессов» (актуально, когда организация разработала новый продукт или совершенствует уже существующий)<sup>4</sup> или «исследования» (когда организация проводит коммерческие исследования для развития науки и техники без разработки дорожной карты развития продукта)<sup>5</sup>. Важно отметить, что PDPC в своем Руководстве не ограничивает организации использованием только анонимизированных данных, наоборот, ввиду того, что использование анонимизированных данных сопряжено с определенными компромиссами, рекомендуется тщательно взвесить все плюсы и минусы использования обоих типов данных (анонимизированных и персональных) и четко документировать их.

Таким образом, анонимизация данных в Сингапуре — это не только техническая, но и юридическая необходимость, позволяющая сочетать инновационное использование данных с обязательствами по их защите. В управлении ИИ, в отличие от других юрисдикций, Сингапур демонстрирует большую сбалансированность<sup>6</sup>. При этом важно отметить, что сингапурский подход к использованию персональных данных системами ИИ представляет собой гибкий подход, который стимулирует технологическое развитие и одновременно защищает права граждан.

Подведем итог: в рамках сравнительно-правового анализа законодательств о защите данных в Европейском союзе, США и Сингапуре особое внимание следует уделить различиям в подходах к анонимизации данных. Эти различия отражают как общие цели законодательства, так и специфические правовые и культурные контексты каждой юрисдикции.

Общий регламент по защите данных (GDPR) Европейского союза является комплексным законодательным документом, цель которого заключается в укреплении и гармонизации механизмов защиты персональных данных в государствах, членах ЕС. GDPR направлен не только на защиту персональных данных, но также на обеспечение свободы их циркуляции внутри Европейского союза. Регламент вводит строгие требования к анонимизации данных, разграничивая ее от псевдонимизации и требуя необратимого удаления любых возможностей для идентификации личности.

Федеральный закон HIPAA в США, в свою очередь, сфокусирован на защите медицинской информации. Хотя HIPAA также включает положения по деидентификации данных, этот процесс менее строгий по сравнению с GDPR и направлен на удаление определенных идентификаторов, что позволяет считать

<sup>1</sup> Advisory Guidelines for the Healthcare Sector. URL: <https://www.pdpc.gov.sg/-/media/files/pdpc/pdf-files/advisory-guidelines/advisory-guidelines-for-the-healthcare-sector-sep-2023.pdf> (дата обращения: 16.03.2024).

<sup>2</sup> National Artificial Intelligence Strategy. URL: <https://file.go.gov.sg/nais2019.pdf> (дата обращения: 16.04.2024).

<sup>3</sup> Advisory Guidelines on Use of Personal Data in AI Recommendation and Decision Systems. URL: <https://www.pdpc.gov.sg/-/media/files/pdpc/pdf-files/advisory-guidelines/advisory-guidelines-on-the-use-of-personal-data-in-ai-recommendation-and-decision-systems.pdf> (дата обращения: 14.04.2024).

<sup>4</sup> Division 2 under Part 2 of the Second Schedule to the PDPA. Business improvement purpose. URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/PDPA2012?ProviDs=Sc2-#Sc2-> (дата обращения: 14.04.2024).

<sup>5</sup> Division 3 under Part 2 of the Second Schedule to the PDPA. Research. URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/PDPA2012?ProviDs=Sc2-#Sc2-> (дата обращения: 14.04.2024).

<sup>6</sup> Walters R., Coghlan M. (2019) Data Protection and Artificial Intelligence Law: Europe Australia Singapore — An Actual or Perceived Dichotomy. *American Journal of Science, Engineering and Technology*. Vol. 4, No. 4. P. 58. DOI: 10.11648/j.ajset.20190404.11

данные деидентифицированными, но не полностью анонимизированными в европейском понимании этого термина.

В Сингапуре Закон о защите персональных данных (PDPA) определяет принципы обработки персональных данных в частном и государственном секторах. Аналогично закону HIPAA, PDPA включает положения об анонимизации данных как о мере защиты, предоставляя при этом возможности для гибкого использования анонимизированных данных в коммерческих целях. Такой подход демонстрирует стремление Сингапура к достижению баланса между защитой данных и потребностями динамично развивающейся цифровой экономики.

Сравнивая эти три подхода, можно заметить, что GDPR представляет наиболее строгую и всестороннюю систему защиты данных, акцентирующую внимание на правах субъектов данных и контроле над их персональной информацией. HIPAA, будучи ограниченной сферой здравоохранения, предоставляет более специализированные инструменты для защиты медицинской информации, тогда как PDPA более гибок и адаптивен к потребностям коммерческой деятельности.

Развитие ИИ построено на обработке большого массива данных. Данные — это, по сути, пища для систем ИИ. И чем более полные данные, тем зачастую интереснее предлагаемые технологические решения и шире возможности систем ИИ. Создание полностью анонимизированных датасетов не всегда отвечает нуждам разработчиков. Таким образом, строгость стандартов защиты персональных данных становится значительным барьером для реализации множества технологических инициатив. Противоречие между защитой персональных данных и развитием искусственного интеллекта на данный момент представляет собой одну из ключевых проблем, требующих адекватного разрешения. Потому каждая юрисдикция пытается найти свое сочетание строгости и уступок, чтобы достигнуть того самого баланса развития инноваций и защиты конфиденциальности. Если говорить об использовании ИИ в медицине, то тут все эти противоречия проявляются особенно остро, поскольку, вне зависимости от выделения медицинской информации в отдельную категорию законами о защите конфиденциальности персональных данных или отсутствия такового, медицинские персональные данные являются особенно чувствительными, и их несанкционированное раскрытие и ненадлежащее использование могут причинить особо ощутимый вред. В то же время внедрение ИИ именно в сферу медицины может принести жизненно важную пользу: персонализация медицинской помощи, повышение эффективности ее оказания будут способствовать улучшению качества жизни и ее продолжительности, что является стратегической задачей каждого государства.

Таким образом, государства стоят перед серьезной дилеммой. Если нужны инновации, то придется снижать уровень защиты конфиденциальности, предусматривать определенные «лазейки» и исключения для разработчиков систем ИИ. Опыт Сингапура как раз демонстрирует такой подход, поскольку PDPA делает анонимизацию не единственным решением, предоставляя определенные возможности разработчикам систем ИИ.

Думается, что в связи с очевидной необходимостью определенных допущений, связанных со снижением защиты персональных данных, ключевым решением должно стать усиление защитных мер и глубокая перестройка всех систем безопасности для этих целей. Нельзя не согласиться, что «частные компании, работающие с данными, могут быть подвержены влиянию конкурирующих целей и должны структурно поощряться для обеспечения защиты данных и предотвращения их альтернативного использования»<sup>1</sup>. Должны иметь место постоянное тестирование систем на уязвимость, проверка блоков анонимизированной информации на возможность повторной идентификации, строгая фиксация целей и способов обращения с неанонимизированной информацией и особо строгие правила и механизмы работы с ней на уровне компаний, жесткий контроль за этим со стороны регуляторов. И отдельное внимание, полагаем, должно быть уделено усилению наказаний за утечки информации. Крупные оборотные штрафы для компаний, не соблюдающих установленные требования по обеспечению безопасности данных, должны быть экономическим стимулом для совершенствования корпоративных

<sup>1</sup> Murdoch B. Privacy and artificial intelligence: challenges for protecting health information in a new era. *BMC Med Ethics*, 2021. No. 22 P. 1. <https://doi.org/10.1186/s12910-021-00687>



политик с целью обеспечения максимального уровня безопасности. Компании должны вкладывать деньги в совершенствование систем безопасности с целью купирования всех возможных рисков.

### Литература

1. *Алексеева М. Г.* Искусственный интеллект в медицине / М. Г. Алексеева, А. И. Зубов, М. Ю. Новиков // Международный научно-исследовательский журнал. 2022. № 7-2 (121). С. 10–13. DOI: 10.23670/IRJ.2022.121.7.038. EDN: JMMMDF
2. *Ли Я.* Нормативно-правовое регулирование генеративного искусственного интеллекта в Великобритании, США, Европейском союзе и Китае // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. № 3. С. 245–267. DOI: 10.17323/2072-8166.2023.3.245.267. EDN: YITZOA
3. *Чурилов А. Ю.* Принципы Общего регламента Европейского союза о защите персональных данных (GDPR): проблемы и перспективы имплементации // Вестник Омской юридической академии. 2019. Т. 16, № 1. С. 29–35. DOI: 10.19073/2306-1340-2019-16-1-29-35. EDN: ZAYHTV
4. *Bak M., Madai V. I., Fritzsche M.-C., Mayrhofer M. T., McLennan S.* (2022) You Can't Have AI Both Ways: Balancing Health Data Privacy and Access Fairly. *Frontiers in Genetics*. DOI: 10.3389/fgene.2022.929453
5. *Emam K., Alvarez C.* (2014) A critical appraisal of the Article 29 Working Party Opinion 05/2014 on data anonymization techniques. *International Data Privacy Law*. Vol. 5, no. 1. Pp. 73–87. DOI: 10.1093/idpl/ipu033
6. *Matheny M., Israni S. T., Ahmed M., Whicher D.* (2022) Artificial Intelligence in Health Care: The Hope, the Hype, the Promise, the Peril. Washington, DC: National Academy of Medicine, 2022.
7. *Murdoch B.* (2021) Privacy and artificial intelligence: challenges for protecting health information in a new era. *BMC Medical Ethics*. DOI: <https://doi.org/10.1186/s12910-021-00687-3>
8. *Price II W. N.* (2021) Problematic Interactions between AI and Health Privacy. 2021 Utah L. Rev. U of Michigan Public Law Research Paper No. 21-014. Доступно на SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3797161> (дата обращения: 12.04.2024).
9. *Price W., Cohen I.* (2019) Privacy in the age of medical big data. *Nature Medicine*. Pp. 37–43. DOI: <https://doi.org/10.1038/s41591-018-0272-7>
10. *Raz M., Nguyen T. C., Loh E.* (2023) Artificial Intelligence in Medicine. Springer. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-981-19-1223-8>
11. *Stam A., Kleiner B.* (2020) Data anonymisation: legal, ethical, and strategic considerations. *FORS Guide No. 11, Version 1.0*. Lausanne: Swiss Centre of Expertise in the Social Sciences FORS, 2020. DOI: 10.24449/FG-2020-00011
12. *Walters R., Coghlan M.* (2019) Data Protection and Artificial Intelligence Law: Europe Australia Singapore — An Actual or Perceived Dichotomy. *American Journal of Science, Engineering and Technology*. Vol. 4, No. 4. Pp. 55–65. DOI: 10.11648/j.ajset.20190404.11

### Об авторах:

**Галкина Наталия Михайловна**, заместитель директора Института исследований национального и сравнительного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

e-mail: [ngalkina@hse.ru](mailto:ngalkina@hse.ru)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6440-3404>

**Кузнецова Дарья Владимировна**, ведущий эксперт института исследований национального и сравнительного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

e-mail: [dvkuznetsova@hse.ru](mailto:dvkuznetsova@hse.ru)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-4059-865x>

**References**

1. Alekseeva, M. G., Zubov, A. I., Novikov, M. Yu. (2022) Artificial Intelligence in Medicine. *International Research Journal*. No. 7-2 (121). Pp. 10–13. DOI: 10.23670/IRJ.2022.121.7.038
2. Li, Ya. (2023) Specifics of Regulatory and Legal Regulation of Generative Artificial Intelligence in the UK, USA, EU and China. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. Vol. 16, no. 3. Pp. 245–267 (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2023.3.245.267
3. Churilov, A. Yu. (2019) Principles of the EU general regulations for the protection of personal data (GDPR): problems and perspectives for implementation. *Siberian Legal Review*. Vol. 16, No. 1. Pp. 29–35. DOI: 10.19073/2306-1340-2019-16-1-29-35
4. Bak, M., Madai, V. I., Fritzsche, M.-C., Mayrhofer, M. T., McLennan, S. (2022) You Can't Have AI Both Ways: Balancing Health Data Privacy and Access Fairly. *Frontiers in Genetics*. DOI: 10.3389/fgene.2022.929453
5. Emam, K., Alvarez, C. (2014) A critical appraisal of the Article 29 Working Party Opinion 05/2014 on data anonymization techniques. *International Data Privacy Law*. Vol. 5, no. 1. Pp. 73–87. DOI: 10.1093/idpl/ipu033
6. Matheny, M., Israni, S. T., Ahmed, M., Whicher, D. (2022) Artificial Intelligence in Health Care: The Hope, the Hype, the Promise, the Peril. Washington, DC: *National Academy of Medicine*.
7. Murdoch, B. (2021) Privacy and artificial intelligence: challenges for protecting health information in a new era. *BMC Medical Ethics*. DOI: <https://doi.org/10.1186/s12910-021-00687-3>
8. Price II, W. N. (2021) Problematic Interactions between AI and Health Privacy. 2021 Utah L. Rev. U of Michigan Public Law Research Paper No. 21-014. Доступно на SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3797161> (дата обращения: 12.04.2024).
9. Price, W., Cohen, I. (2019) Privacy in the age of medical big data. *Nature Medicine*. Pp. 37–43. DOI: <https://doi.org/10.1038/s41591-018-0272-7>
10. Raz, M., Nguyen, T. C., Loh, E. (2023) Artificial Intelligence in Medicine. Springer. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-981-19-1223-8>
11. Stam, A., Kleiner, B. (2020) Data anonymisation: legal, ethical, and strategic considerations. *FORS Guide No. 11, Version 1.0*. Lausanne: Swiss Centre of Expertise in the Social Sciences FORS, 2020. DOI: 10.24449/FG-2020-00011
12. Walters, R., Coghlan, M. (2019) Data Protection and Artificial Intelligence Law: Europe Australia Singapore — An Actual or Perceived Dichotomy. *American Journal of Science, Engineering and Technology*. Vol. 4, No. 4. Pp. 55–65. DOI: 10.11648/j.ajset.20190404.11

**About the authors:**

**Nataliia M. Galkina**, Deputy Director at the Institute of National and Comparative Legal Studies, LL.M, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

e-mail: [ngalkina@hse.ru](mailto:ngalkina@hse.ru)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6440-3404>

**Daria V. Kuznetsova**, Lead Expert at the Institute of National and Comparative Legal Studies, LL.M, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

e-mail: [dvkuznetsova@hse.ru](mailto:dvkuznetsova@hse.ru)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-4059-865x>

## Генезис и развитие дефиниции землеустройства: взгляд через призму истории

**Позднякова Е. А.**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

e-mail: elenaap7306@mail.ru

### *Аннотация*

Предметом исследования являются доктринальные исследования и нормы законодательства, формулирующие и закрепляющие дефиницию землеустройства в период с 1917 г. по настоящее время. Основанием для проведения исследования является низкая законодательная техника разрабатываемого сегодня законопроекта «О землеустройстве», отсутствие переоценки дефиниции землеустройства. Поскольку правовое регулирование института землеустройства не может быть эффективным без базового понятия, то целесообразно, применяя исторический метод, проанализировать имеющиеся определения землеустройства, определить его устойчивые элементы, которые возможно было бы применить при разработке нового законопроекта.

*Ключевые слова:* землепользование, землеустройство, землеустроительный процесс, доктринальные исследования.

*Для цитирования:* Позднякова Е. А. Генезис и развитие дефиниции землеустройства: взгляд через призму истории // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 3 (21). С. 107–121. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-107-121. EDN: SDIETU

## The Genesis and Development of The Definition of Land Management: A Look Through The Prism of History

**Elena A. Pozdnyakova**

National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

e-mail: elenaap7306@mail.ru

### *Abstract*

The subject of the study is doctrinal research and legislative norms that form and consolidate the definition of land management in the period from 1917 to the present. The basis for the study is the low legislative technique of the draft law “On Land Management” being developed today, the lack of re-evaluation of the definition of land management. Since the legal regulation of the institute of land management cannot be effective without a basic concept, it is advisable, using the historical method, to analyze the existing definitions of land management, to determine its stable elements that could be applied when developing a new draft law.

*Keywords:* land use, land management, land management process, doctrinal research.

*For citation:* Pozdnyakova, E. A. The genesis and development of the definition of land management: a look through the prism of history. *Theoretical and Applied Law*, no. 3 (21), pp. 107–121. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-107-121

Начиная с 2001 г. институт землеустройства регулируется в Российской Федерации Земельным кодексом РФ<sup>1</sup> и Федеральным законом «О землеустройстве»<sup>2</sup>, претерпевшим за последнее время многочисленные изменения, суть которых сводится к сужению как предмета, так и объекта регулирования, что в свою очередь отражается на содержании института землеустройства. Изучая доктринальные исследования и законодательство, автор приходит к выводу о его несовершенстве, что послужило основанием для проведения анализа дефиниции землеустройства, закрепленной действующим законодательством, с применением исторического метода и метода критического анализа. Начиная с 2018 г. идет работа по подготовке нового законопроекта «О землеустройстве»<sup>3</sup>. Отмечается, что при разработке нового закона «О землеустройстве» авторы не учли недостатков данного понятия, неоднократно высказанных научным сообществом. Важнейшим при доработке такого проекта будет правильное формирование дефиниции землеустройства. Более аргументированным, по нашему мнению, будет его изучение и анализ через призму истории, что позволит проследить устойчивость, всеобщность ряда элементов и, наоборот, продемонстрирует те элементы, которые были ошибочными, и со временем это было доказано также и практикой применения.

### Обзор доктринальных исследований

Институт землеустройства имеет очень длительную историю своего существования. Впервые в литературе упоминание о нем датировано 1906 г.<sup>4</sup> Начиная с этого момента понятие землеустройства неоднократно было предметом исследования и определялось специалистами по-разному в зависимости от сформулированной теории. К сегодняшнему дню известно несколько теорий, которым необходимо уделить внимание.

Так, Б. С. Мартынов, являясь одним из представителей **административно-правовой** теории, определял землеустройство как основанную на установленных в законе началах деятельность государственной власти, направленную на преобразование существующих земельных прав отдельных владельцев с целью создания самостоятельных поземельных владений<sup>5</sup>.

К. Я. Киндеев признал наличие трех теорий — административно-правовой, административно-экономической, но сам он придерживался **социально-технической теории**<sup>6</sup>. Заостряя внимание на том, что нельзя смотреть на землеустройство только как на административное воздействие государственной власти — землеустройство есть сложный социально-экономический акт, который обуславливается целой совокупностью условий каждого района, каждой страны<sup>7</sup>.

О. А. Хауке связывал землеустройство с преобразованием земельных отношений<sup>8</sup>. В частности, будучи ярким представителем данной теории, он определял землеустройство как ряд действий, которые в совокупности своей образуют землеустроительный процесс<sup>9</sup>, для начала которого нужны объективные или материальные предпосылки процесса, к числу которых относятся следующие:

а) наличие того объекта, на которое землеустройство направлено, то есть чресполосности или хозяйственно-нецелесообразной конфигурации земельных участков;

<sup>1</sup> Земельный кодекс РФ: от 25.10.2001 № 136-ФЗ. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_33773/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_33773/) (дата обращения: 03.12.2023).

<sup>2</sup> О землеустройстве: Федер. закон от 18.06.2001 № 78-ФЗ. Доступ из ИПП «Гарант». URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_32132/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_32132/) (дата обращения: 03.12.2023).

<sup>3</sup> Распоряжение Правительства РФ от 23.12.2017 № 2925-п. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201712310001?ysclid=lm4rmj6zw6185194517> (дата обращения: 04.02.2024); Распоряжение Правительства РФ от 08.11.2018 № 2413-п. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201811080016?ysclid=lm4rogdvdv56283077> (дата обращения: 04.02.2024); Поручение Правительства РФ от 17.01.2018 № ДМ-П11-2пр «О совершенствовании законодательства о землях сельхозназначения». URL: <http://government.ru/news/31062/> (дата обращения: 04.02.2024).

<sup>4</sup> Некрасов Ф. Г. Основы землеустройства (Экономика, техника, организация). Одесса: изд-во автора, 1925. С. 29, 36.

<sup>5</sup> Мартынов Б. С. Понятие землеустройства: (опыт догматического исследования Положения 29 мая 1911 г.). Пг.: Тип. Мин-ва земледелия, 1917. С. 286.

<sup>6</sup> Вопросы землеустройства: по материалам обследования НКРКИ РСФСР / К. Я. Киндеев; под общ. ред. П. Я. Гурова. М.: Изд-во НКРКИ, 1925. С. 10.

<sup>7</sup> Киндеев К. Я. Указ. соч. С. 27.

<sup>8</sup> Хауке О. А. Понятие землеустройства // Вестник землеустройства и переселения. М., 1927. № 1. С. 34.

<sup>9</sup> Хауке О. А. Качественное землеустройство в Пруссии. Издание Московского межевого Института. М.: 1928. Том I. Вып. 2. С. 89.

- б) обслуживание сельского хозяйства;
- в) значительность ожидаемых улучшений условий для хозяйствования<sup>1</sup>.

При этом ученый смотрел на землеустройство объемно, в результате чего пришел к выводу о том, что современное землеустроительное право вышло за пределы собственно крестьянского права<sup>2</sup>. Таким образом, **землеустройство рассматривалось им с правовой точки зрения как право**, а по объему — шире, чем крестьянское право, то есть как некая самостоятельная отрасль.

**Технико-экономическая теория**, ярким представителем которой был Ф. Г. Некрасов, определяла землеустройство как социальную организацию землепользования (территории), которая сопровождается технической реорганизацией площади в пространственном отношении<sup>3</sup>.

Сторонником этой же теории следует считать и профессора А. П. Гойхбарга, который отмечал, что землеустройство вообще означает внесение **порядка в земельные отношения**, при котором возможно больше земли могло бы быть обработано и дать возможно больше количества возможно лучшего качества продуктов при наименьшей затрате человеческого труда<sup>4</sup>. В дальнейшем он конкретизировал определение землеустройства применительно к социализму, подчеркивая, что настоящее, правильное социалистическое землеустройство обнимает собою совокупность мероприятий технического характера, направленных к постепенному *обобществлению* единоличного землепользования, так как только при обобществлении землепользования возможно разумное, правильное, научное, экономное использование земли и прилагаемого к ней труда<sup>5</sup>.

**Организационно-хозяйственное направление** обосновывали Е. И. Герман, И. В. Мозжухин, В. В. Редькин и др. В частности, И. Е. Герман определял землеустройство как «переделку имений по форме и содержанию в состояние наиболее удобное и выгодное в целях сельского хозяйства...»<sup>6</sup>.

Деление на указанные направления — не единственная классификация. Сегодня дискуссия по данному вопросу продолжается. Суть ее сводится к многогранности их толкования и сочетании между собой.

Так, Г. П. Волгирева методологически предлагает рассматривать содержание землеустройства в четырех направлениях:

- 1) технико-экономическом;
- 2) агроэкономическом;
- 3) экономическом;
- 4) социально-экономическом<sup>7</sup>.

Ярким представителем **агроэкономической теории** был Б. Д. Бруцкус, который писал, что под землеустройством мы разумеем систему аграрных мероприятий, имеющих целью так организовать территорию единичных хозяйств, чтобы сделать каждого хозяина в использовании приходящейся на его долю земли независимым от его соседа, а также сделает самый труд на этой земле экономически более производительным<sup>8</sup>.

Такое разнообразие возникших теорий говорит о многоаспектности данного института и попытке ученых сформулировать дефиницию землеустройства исходя из разных аспектов. Кроме того, совершенно очевидным становится тот факт, что одна теория не способна отразить содержание землеустройства.

После освоения целинных и залежных земель в 1950-е гг. в последующие годы задачи землеустройства еще более усложняются. С целью интенсификации сельского хозяйства начаты работы по мелиорации земель, защите почв от ветровой и водной эрозии. Разрабатываются Генеральная схема

<sup>1</sup> Хауке О. А. Там же. С. 89.

<sup>2</sup> Хауке О. А. Крестьянское земельное право. М.: Никольская, Славянский базарь, 1914. С. 300.

<sup>3</sup> Некрасов Ф. Г. Основы землеустройства (Экономика, техника, организация). Одесса: изд-во автора, 1925.

<sup>4</sup> Гойхбарг А. П. Советское земельное право. Государственное издательство, 1921. С. 34.

<sup>5</sup> Там же.

<sup>6</sup> Герман И. Е. Земельные дела в западно-европейских государствах. М., 1913. С. 3.

<sup>7</sup> Волгирева Г. П. Понятие «землеустройство» в оценках современников (1906–1917 гг.) // Вестник Пермского университета. История, 2018. № 2 (41). С. 109. DOI: 10.17072/2219-3111-2018-2-109-118. EDN: UUGNVO

<sup>8</sup> Бруцкус Б. Д. Аграрный вопрос и аграрная политика. Петербург: Право, 1922. С. 133.

использования земельных ресурсов СССР, союзных республик, схемы землеустройства областей, административных районов<sup>1</sup>.

Вероятно, поэтому в 1965 г. академик ВАСХНИЛ С. А. Удачин подверг резкой критике взгляды авторов на землеустройство как на узкое землемерно-техническое мероприятие и определение природы и сущности землеустройства исходя из правовых норм государства<sup>2</sup>. Исследователь придерживался того, что землеустройство — комплексный институт, который не может быть охарактеризован в рамках одной теории. Одновременно с этим он дал свое определение, указав, что *социалистическое землеустройство является системой государственных мероприятий по регулированию земельных отношений в стране, по рациональной организации использования земли как средства производства в конкретных социалистических сельскохозяйственных предприятиях, в отдельных отраслях и в народном хозяйстве в целом, в интересах расширенного социалистического воспроизводства*<sup>3</sup> (курсив автора. — Прим. авт.).

В свою очередь определение С. А. Удачина также было подвергнуто критике П. Д. Сахаровым, который писал, что нельзя согласиться с утверждением С. А. Удачина о том, что советское землеустройство регулирует земельные отношения. Оно не может их регулировать, так как само является одной из разновидностей земельных отношений в СССР. Роль регулятора земельных отношений в нашей стране выполняет советское земельное право<sup>4</sup>. С этим следует согласиться. Более того, данная позиция и сейчас является актуальной, поскольку землеустройство — один из институтов современного земельного права.

В своей работе «Законодательные основы земельного строя в СССР», датированной 1971 г., Н. Д. Казанцев указывал, что основы земельного законодательства исходят из того, что землеустройство представляет собой систему государственных мероприятий, направленных на осуществление решений государственных органов в области пользования землей<sup>5</sup>. Исходя из этого, Н. Д. Казанцев выдвигает авторское определение и говорит о том, что государственное землеустройство — это устройство земли в соответствии с теми целями и задачами, которые ставятся планами развития народного хозяйства СССР<sup>6</sup>.

В 2000-е гг. А. С. Чешев и В. Ф. Вальков определяли землеустройство как систему государственных социально-экономических, правовых, экологических и технико-технологических мероприятий, направленных на организацию рационального и эффективного использования земельных ресурсов с учетом многообразия форм собственности и хозяйствования на земле<sup>7</sup>.

В соответствии с энциклопедическим словарем «Недвижимость» землеустройство определено как система государственных мероприятий, проводимых в целях регулирования земельных отношений, учета и оценки земельных ресурсов, организации использования и охраны земель, состояния территориальных и внутрихозяйственных проектов землеустройства; совокупность мероприятий, упорядочивающих землепользование<sup>8</sup>.

А. А. Ялбулганов, в отличие от вышеизложенных дефиниций, определял землеустройство как комплекс мероприятий, осуществляемый государством, землевладельцами, землепользователями и собственниками земель по наведению порядка в использовании и охране земель. Оно включает в себя правовые, организационно-хозяйственные, экономические, технологические и технические мероприятия<sup>9</sup>.

А. Г. Власов и Д. И. Васильева в 2019 г. определяли землеустройство как мероприятия по изучению состояния земель, планированию и организации рационального использования земель и их охраны, образованию новых и упорядочению существующих объектов землеустройства и установлению их гра-

<sup>1</sup> Труханов А. Э. Современные проблемы землеустройства и кадастров: учебное пособие. Новосибирск. СГГА. 2014. С. 25.

<sup>2</sup> Удачин С. А. Научные основы землеустройства. М.: Колос, 1965. С. 109.

<sup>3</sup> Удачин С. А. Указ. соч. С. 120–121.

<sup>4</sup> Сахаров П. Д. Землеустроительный процесс в СССР. М.: Юридическая литература, 1968. С. 7.

<sup>5</sup> Казанцев Н. Д. Законодательные основы земельного строя в СССР. М.: Юридическая литература, 1971. С. 75–76.

<sup>6</sup> Казанцев Н. Д. Указ. соч. С. 75.

<sup>7</sup> Чешев А. С., Вальков В. Ф. Основы землепользования и землеустройства. Учебник для вузов. Издание 2-е, доп. и перер. Серия: Экономика и управление. Ростов-на-Дону: МарТ, 2002. С. 120.

<sup>8</sup> Нагаев Р. Т. Энциклопедический словарь «Недвижимость». Казань. Изд-во ГУП «ПИК «Идел-Пресс»», 2000. С. 72–73.

<sup>9</sup> Ялбулганов А. А. Правовые основы землеустройства в Российской Федерации // Публично-правовое регулирование экономических отношений. Под ред. проф. А. Н. Козырина. М., 2005. С. 103.

ниц на местности (территориальное землеустройство), организации рационального использования гражданами и юридическими лицами земельных участков для осуществления сельскохозяйственного производства<sup>1</sup>. Нами не случайно указан год работы авторов, поскольку ФЗ «О землеустройстве» в редакции 2019 г. закреплял несколько иное понятие землеустройства. На этом основании указанное определение нами отнесено к доктринальным. Однако следует отметить, что авторы в своей работе не приводят аргументации по поводу его определения и оснований для отличий от закрепленного законодательно.

С. А. Боголюбов, говоря о понятии землеустройства, оперировал определением, предусмотренным в ч. 1 ст. 68 Земельного кодекса РФ, которое включает в себя мероприятия по планированию и организации рационального использования земель и их охраны, описанию местоположения и/или установлению на местности границ объектов землеустройства<sup>2</sup>.

Все вышеизложенные определения землеустройства объединены мыслью о том, что землеустройство следует определять как некие мероприятия или как систему государственных мероприятий.

В литературе можно встретить детализацию «системы мероприятий», в частности, указывается, что землеустройство как систему мероприятий можно определить как комплекс государственных и частных действий по осуществлению земельного законодательства, регулированию земельных отношений, созданию социально-экономических, территориальных и организационно-хозяйственных условий для экономически и экологически целесообразного использования земельных участков и других объектов недвижимости в соответствии с действующим хозяйственным механизмом<sup>3</sup>.

Однако есть и другие подходы, как следует определять землеустройство. Таких подходов несколько.

Так, одни авторы рассматривают землеустройство как государственное управление земельными ресурсами и как техническую и экономическую составляющую регулирования земельно-имущественных отношений, которое проводится на основании ст. 68 и 69 Земельного кодекса РФ и в соответствии с ФЗ «О землеустройстве»<sup>4</sup>.

По мнению Л. В. Рышковой, землеустройство следует рассматривать как систему правовых норм, направленных на регулирование общественных отношений в сфере управления использованием и охраной земель и осуществления комплекса соответствующих действий по возникновению и прекращению права собственности и права пользования землей, обеспечения рационального, устойчивого, экологически сбалансированного использования и охраны земель, и имеет своей целью обеспечение гарантий прав на землю<sup>5</sup>.

Г. П. Волгирева определяла землеустройство как территориальную организацию сельскохозяйственного производства, которая обеспечивает максимальную его экономическую эффективность и социально-культурное благополучие работников<sup>6</sup>. С данным определением можно согласиться только лишь частично. Так, указание автора на территориальную организацию сельскохозяйственного производства сужает сферу действия института землеустройства. Исходя из этого определения следует, что всё то, что не касается сельскохозяйственного производства, исключается из института землеустройства, что, по нашему мнению, является спорным утверждением.

Нужно признать, что учеными была проделана большая работа по формированию дефиниции землеустройства, но ее результаты не сразу были оценены и приняты законодателями. Так, Земельный кодекс РСФСР 1922 г. не закреплял дефиницию землеустройства, а ст. 165 гласила, что землеустройство

<sup>1</sup> Власов А. Г., Васильева Д. И. История земельных отношений, землеустройства и кадастров недвижимости: учеб.-метод. пособие. Самара: Изд-во Самар. гос. экон. ун-та, 2019. С. 18.

<sup>2</sup> Боголюбов С. А. Землеустройство в системе мероприятий по охране земель и других природных ресурсов // Аграрное и земельное право. 2020. № 1 (181). С. 28. EDN: RNTJRG

<sup>3</sup> История земельных отношений и землеустройства / А. А. Варламов, В. Н. Хлыстун, С. А. Гальченко, М. М. Демидова. М.: Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего профессионального образования Государственный университет по землеустройству, 2000. С. 13. EDN: TIFBQF

<sup>4</sup> Кухтин П. В. Землеустройство как механизм управления земельными ресурсами / П. В. Кухтин, А. О. Сухарев, А. Б. Моттаева // Интернет-журнал Науковедение. 2014. № 5 (24). С. 2. EDN: TKENZX

<sup>5</sup> Рышкова Л. В. Правовые признаки землеустройства // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Юридические науки. 2017. Т. 3 (69), № 4. С. 196. EDN: OTMADB

<sup>6</sup> Волгирева Г. П. Понятие «землеустройство» в оценках современников (1906–1917 гг.) // Вестник Пермского университета. История, 2018. № 2 (41). С. 109. DOI: 10.17072/2219-3111-2018-2-109-118. EDN: UUGNVO

имеет своей задачей упорядочение существующих землепользований и образование новых, соответствующим правам на землю и требованиям хозяйственно-технической целесообразности<sup>1</sup>.

Аналогичная позиция была и у «Общих начал землепользования и землеустройства» 1928 г., которые не закрепляли дефиницию землеустройства, в ст. 15 лишь было указание на то, что землеустройство, организуя земельную площадь с соблюдением права населения на свободный выбор форм землепользования, должно способствовать общему подъему сельского хозяйства, кооперированию и коллективизации<sup>2</sup>. Это, на наш взгляд, допустимо рассматривать как одну из задач землеустройства.

Дефиниция законодательного определения землеустройства появляется в «Основных положениях землеустройства» 1968 г.<sup>3</sup>, закрепивших, что землеустройство является системой государственных мероприятий по регулированию земельных отношений в стране, по рациональной организации использования земли в конкретных социалистических сельскохозяйственных предприятиях, отдельных отраслях и народном хозяйстве в целом в интересах расширенного социалистического производства. Данное определение точно повторяет то, что было указано выше как авторское определение С. А. Удачина, данное в 1965 г. Такая позиция вполне объяснима, поскольку академик ВАСХНИЛ С. А. Удачин был в составе рабочей группы, которая разработала «Основные положения землеустройства».

Межгосударственный стандарт 26640-85 1987 г. «Земли. Термины и определения» закреплял, что «государственное землеустройство — это система государственных мероприятий, направленных на осуществление решений государственных органов в области пользования землей по организации наиболее полного, научно обоснованного, рационального и эффективного ее использования, повышения культуры земледелия и охраны земель» (утратил силу в апреле 2021 г.)<sup>4</sup>.

Земельный кодекс РСФСР 1991 г. в ст. 112 определял землеустройство так же, как и «Основные положения землеустройства» 1968 г., как систему мероприятий, направленных на осуществление земельного законодательства, решений Советов народных депутатов по организации использования и охраны земель, создание благоприятной экологической среды и улучшение природных ландшафтов<sup>5</sup>. Это определение указывает на отдельные признаки, на основе которых формируется экологическая теория землеустройства, которая, однако, не подразумевает улучшение природных ландшафтов.

В этой же статье законодатель обозначил задачи землеустройства, в число которых вошли организация рационального использования земель во всех отраслях народного хозяйства, создание условий поддержания устойчивых ландшафтов и охраны земель.

Таким образом, на сегодняшний день существует несколько наиболее востребованных теорий определения землеустройства, которые сформировались в различные промежутки времени. К таким теориям следует отнести:

- 1) административно-правовую;
- 2) технико-экономическую;
- 3) организационно-хозяйственную;
- 4) агроэкономическую;
- 5) экономическую;
- 6) социально-экономическую;
- 7) экологическую.

<sup>1</sup> О введении в действие Земельного кодекса, принятого на IV сессии 30 октября 1922 г. // <https://docs.cntd.ru/document/901775921?ysclid=lobmatkxb4348182258> (дата обращения: 29.01.2024).

<sup>2</sup> Общие начала землепользования и землеустройства. Утверждены Постановлением ЦИК СССР от 15.12.1928 // [https://e-ecolog.ru/docs/Vxn68W04LvkTtCDOdsD\\_z?ysclid=lxr9rle5g6303956](https://e-ecolog.ru/docs/Vxn68W04LvkTtCDOdsD_z?ysclid=lxr9rle5g6303956) (дата обращения: 28.01.2024).

<sup>3</sup> Основные положения землеустройства: утв. Минсельхозом СССР 27.05.1968. URL: [https://e-ecolog.ru/docs/ojIBOI\\_ReLDNJkqJpmM31?ysclid=lxr8fj5q665459154](https://e-ecolog.ru/docs/ojIBOI_ReLDNJkqJpmM31?ysclid=lxr8fj5q665459154) (дата обращения: 28.01.2024).

<sup>4</sup> Межгосударственный стандарт 26640-85 «Земли. Термины и определения». Постановлением Государственного комитета СССР по стандартам от 28.10.1985 № 3453 дата введения установлена 01.01.1987. URL: <https://files.stroyinf.ru/Data2/1/4294827/4294827799.pdf?ysclid=lm6iundmj4171328742> (дата обращения: 05.12.2023). Утратил силу в связи с принятием национального стандарта РФ ГОСТ Р 59055-2020 «Охрана окружающей среды. Земли. Термины и определения».

<sup>5</sup> Земельный кодекс РСФСР от 25.04.1991 // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР от 30.05.1991, № 22. Ст. 768. Утратил силу в связи с принятием Земельного кодекса РФ № 136-ФЗ от 25 октября 2001 г.



Совокупность представленных теорий свидетельствует о необходимости учета комплексного подхода к формированию дефиниции землеустройства.

Представленный анализ доктринальных, так же как и законодательных закреплений дефиниции землеустройства был изложен в хронологическом порядке, что позволило продемонстрировать его эволюцию на протяжении довольно длительного периода (начиная с дореволюционных наработок и до настоящего времени). При этом нами был использован временной интервал между дефинициями данного понятия, не превышающий двадцати лет.

### **Анализ современного законодательного определения землеустройства и авторский взгляд на его усовершенствование**

Как уже было сказано ранее, сегодня институт землеустройства регулируется Земельным кодексом РФ и ФЗ «О землеустройстве», ст. 1 которого определяет землеустройство как мероприятия по изучению состояния земель, планированию и организации рационального использования земель и их охраны, описанию местоположения и/или установлению на местности границ объектов землеустройства, организации рационального использования гражданами и юридическими лицами земельных участков для осуществления сельскохозяйственного производства, а также по организации территорий, используемых общинами коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации и лицами, относящимися к коренным малочисленным народам Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации, для обеспечения их традиционного образа жизни (внутрихозяйственное землеустройство).

При внимательном изучении содержания закона «О землеустройстве» в его нормах можно увидеть детализацию указанной дефиниции. Так, мероприятия по изучению состояния земель детализирует ст. 9, планирование и организацию рационального использования земель и их охраны — ст. 14, описание местоположения и/или установление на местности границ объектов землеустройства — ст. 15 и 17, организацию рационального использования гражданами и юридическими лицами земельных участков для осуществления сельскохозяйственного производства, а также организацию территорий, используемых общинами коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации и лицами, относящимися к коренным малочисленным народам Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации, для обеспечения их традиционного образа жизни (внутрихозяйственное землеустройство) — ст. 18. Следует отметить, что вышеуказанные статьи, за исключением ст. 18, включены в дефиницию в полном объеме. Статья 18 закрепляет два вида работ внутрихозяйственного землеустройства, но в дефиницию включена только первая часть. Вторая часть работ, а именно «разработка мероприятий по улучшению сельскохозяйственных угодий, освоению новых земель, восстановлению и консервации земель, рекультивации нарушенных земель, защите земель от эрозии, селей, подтопления, заболачивания, вторичного засоления, иссушения, уплотнения, загрязнения отходами производства и потребления, радиоактивными и химическими веществами, заражения и других негативных воздействий» в дефиницию не была включена. Вероятно, законодатель исходил не из видов работ, а из целей внутрихозяйственного землеустройства. Тем не менее это не дает ответа на вопрос, касается ли внутрихозяйственное землеустройство иных категорий земель, кроме указанных в дефиниции?

Оценивая данную дефиницию, автор настоящего исследования выдвигает гипотезу о ее несовершенстве исходя из следующего:

– Многие исследователи указывали на изменения, которые произошли в связи с принятием Конституции РФ 1993 г. и закреплением многообразия форм собственности.

– Другие исследователи указывали на качественное изменение землеустройства (менялись объект, предмет, цели, задачи, способы и др.). Эти изменения являются очень существенными, они принципиально разнятся с периодом монополии государственной собственности на землю, и, несмотря на это, законодатель практически полностью копирует дефиницию землеустройства социалистического периода. По нашему мнению, такие значимые изменения должны были послужить основанием для пересмотра дефиниции землеустройства, исходя из изменений его содержания.

В научной литературе предпринимались попытки анализа данной дефиниции, в результате чего были выявлены недостатки.

Так, было высказано мнение о том, что землеустройство должно представлять собой не совокупность мероприятий, указанных в вышеупомянутых нормативных правовых актах, а целостную структурированную систему, характеризующуюся объединением и согласованием мероприятий, объединенных единым назначением — обеспечение рационального использования и охраны земель, создание благоприятной экологической среды и улучшение природных ландшафтов<sup>1</sup>.

Е. А. Галиновская также говорит о том, что институт землеустройства должен рассматриваться не как простая совокупность мероприятий и работ, обеспечивающих перечисленные и иные направления рационального использования земель, а как единый инструмент обеспечения государственного управления земельным фондом, понимаемым как все земельные ресурсы, необходимые для социально-экономического развития общества<sup>2</sup>. С данными утверждениями следует согласиться.

Кроме того, следует также согласиться и с мнением А. А. Ялбулганова, подчеркивающим, что перечисленные в определении мероприятия имеют разнообразную природу: правовые, организационно-хозяйственные, экономические, технологические, технические мероприятия<sup>3</sup>. Такой набор разнообразных мероприятий способен достичь поставленной цели, только если все они будут объединены в целостную и структурированную систему, элементы которой будут взаимосвязаны, не противоречивы и направлены на достижение одной цели.

При оценке института землеустройства А. А. Ялбулганов также говорил о том, что особенностью законодательного регулирования отношений по землеустройству является практика «нормативного дублирования»: схожие, а иногда практически совпадающие нормы, отмечает исследователь, содержатся в нескольких законодательных актах (например, определение землеустройства приводится в ст. 1 закона «О землеустройстве» и воспроизводится в ст. 68 Земельного кодекса РФ)<sup>4</sup>. Это действительно так. Однако это не способствует повышению эффективности данного института. Кроме нормативного дублирования наблюдается также дублирование положений внутри самой дефиниции, что создает трудности в ее толковании. Так, к примеру, законодатель указывает, что землеустройство — это мероприятия по изучению состояния земель, планированию и организации рационального использования земель и их охраны. Далее законодатель указывает еще раз на организацию рационального использования гражданами и юридическими лицами земельных участков для осуществления сельскохозяйственного производства. В связи с этим сразу же возникает вопрос: если отдельно выделены земельные участки для осуществления сельскохозяйственного производства, то касаются ли нормы, указанные для них, и участков других категорий? Или же другие категории земель подразумеваются в первом предложении? Есть и еще один вопрос: если законодатель выносит отдельно земли для сельскохозяйственного производства, то в чем тогда заключается особенность их рационального использования и охраны? Также открытым остается вопрос по организации территорий, используемых общинами коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации и лицами, относящимися к коренным малочисленным народам Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации, для обеспечения их традиционного образа жизни (внутрихозяйственное землеустройство). Из определения не ясно, должны ли эти земли рационально использоваться и охраняться.

Если исходить из того, что нормы о рациональном использовании земли и ее охране являются общими для всех, тогда в чем заключается смысл дублирования данного положения в отношении земель, используемых для сельскохозяйственного производства. Такой подход законодателя не просто дублирует нормы, но создает трудности в их толковании.

<sup>1</sup> Земельное право: учебник / под ред. Ю. Г. Жарикова. М.: Кнорус, 2001. С. 109.

<sup>2</sup> Галиновская Е. А. Роль землеустройства в государственном управлении земельными ресурсами Российской Федерации: правовой аспект // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2023. № 11 (266). С. 64. EDN: XUNNGY

<sup>3</sup> Ялбулганов А. А. Землеустройство в Российской Федерации: вопросы правового регулирования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 12. С. 3. EDN: XGSFFH

<sup>4</sup> Ялбулганов А. А. Правовые основы землеустройства в механизме рационального использования земель // Реформы и право. 2013. № 1. С. 13. EDN: QALYFX

Теперь обратимся к тому, как непосредственно определяется само землеустройство. Указанные выше примеры доктринальных и законодательных текстов показывают, что доминирующим является определение землеустройства как некие мероприятия. Хотя следует оговориться, что это не исключает и других подходов. Так, к примеру, С. А. Удачин в одном случае определяет землеустройство как мероприятие<sup>1</sup>, а в другом — говорит о том, что землеустройство является функцией тех политических и хозяйственных задач, которые на том или ином отрезке времени ставятся господствующим классом конкретно взятой страны<sup>2</sup>.

В соответствии со словарем Т. В. Ефремовой мероприятие определяется как организованное действие или совокупность действий, направленных на осуществление какой-либо цели<sup>3</sup>.

Мы соглашаемся с тем, что землеустройство может быть проведено только с помощью активных действий его участников, то есть посредством бездействия провести его невозможно. Также бесспорно, что землеустройство включает в себя несколько мероприятий. Исходя из определения, такие мероприятия объединяет общая цель. Достичь цели, реализуя несколько мероприятий, возможно лишь в том случае, если все эти мероприятия взаимосвязаны, логично выстроены и не противоречат друг другу.

Анализ вышеприведенных дефиниций показывает, что закон предполагает четыре категории: земля, земельные отношения, землепользование, территории. Следовательно, основным объектом всех мероприятий является земля. Ведь именно земля, в соответствии со ст. 6 Земельного кодекса РФ, как природный объект и природный ресурс является объектом земельных правоотношений. Что же касается землепользования, то оно предполагает использование земли в определенном порядке, которое имеет место уже после проведения землеустройства. Действующий сегодня ФЗ «О землеустройстве» в качестве объектов закрепляет территории. Такая позиция противоречит подходу самого законодателя, поскольку из-за изменений, внесенных в ФЗ «О землеустройстве», среди прочих, утратило силу понятие «территориальное землеустройство»<sup>4</sup>.

Еще одним неопределенным моментом является закрепление законодателем в дефиниции «землеустройство» «планирования и организации рационального использования земель», в том числе для осуществления сельскохозяйственного производства. Указанная неопределенность заключается в том, что ни законодатель, ни доктрина не дают определения, что следует понимать под «рациональным использованием земель». Принятый в апреле 2021 г. Национальный стандарт РФ ГОСТ Р 59055-2020 «Охрана окружающей среды. Земли. Термины и определения»<sup>5</sup> также не закрепляет основных определений, касающихся землеустройства. Данный пробел необходимо восполнить, об этом же говорят исследователи<sup>6</sup>. Законодателем, кроме всего прочего, применено дублирование «рационального использования гражданами и юридическими лицами земельных участков для осуществления сельскохозяйственного производства», поскольку «организация рационального использования земель» заложена в самом определении землеустройства.

Еще одна часть дефиниции землеустройства касается организации территорий, используемых общинами коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации и лицами, относящимися к коренным малочисленным народам Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации, для обеспечения их традиционного образа жизни, и также вызывает много вопросов.

Во-первых, не совсем ясен мотив законодателя закрепить в дефиниции именно эти народы. Ведь ФЗ от 30.04.1999 № 82 «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации»

<sup>1</sup> Удачин С. А. Земельная реформа в Советской Латвии / Под редакцией и с предисл. Ф. Ю. Деглава. Рига: Латгосиздат, 1948. С. 130.

<sup>2</sup> Удачин С. А. Указ. соч. С. 133.

<sup>3</sup> Значение слова «мероприятие» в 4 словарях. URL: <https://znachenie-slova.ru/мероприятие?ysclid=imm4ightd7386292667> (дата обращения: 16.02.2024).

<sup>4</sup> Более подробно об этом см.: Нуприенкова А. В. Землеустройство вчера и сегодня // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2013. № 2 (137). С. 89. EDN: PVDVIV

<sup>5</sup> Охрана окружающей среды. Земли. Термины и определения: Национальный стандарт РФ ГОСТ Р 59055-2020. URL: <https://files.stroyinf.ru/Data/743/74353.pdf?ysclid=lm6jt8szmy190074766> (дата обращения: 05.02.2024).

<sup>6</sup> Гиниятов И. А. К вопросу об основных понятиях в сфере землеустройства, кадастра недвижимости и мониторинга земель (в порядке обсуждения) // Вестник СГУГиТ (Сибирского государственного университета геосистем и технологий). 2022. Т. 27, № 6. С. 152–159. DOI: 10.33764/2411-1759-2022-27-6-152-159. EDN: VLBPFG

в ст. 1 под коренными малочисленными народами Российской Федерации (далее — малочисленные народы) подразумевает народы, проживающие на территориях традиционного расселения своих предков, сохраняющие традиционный образ жизни, хозяйственную деятельность и промыслы, насчитывающие в Российской Федерации менее 50 тыс. человек и осознающие себя самостоятельными этническими общностями<sup>1</sup>. Правительством РФ утверждается единый перечень коренных малочисленных народов<sup>2</sup>. Вероятно, можно было бы опереться на то, что коренные малочисленные народы Севера, Сибири и Дальнего Востока РФ утверждены отдельным распоряжением Правительства РФ<sup>3</sup>, но и этот довод не снимает вопроса, поскольку коренные малочисленные народы Республики Дагестан также были утверждены отдельно<sup>4</sup>, но в дефиниции они отсутствуют. Возможно, всё дело в их географическом расположении и специфике климата, но и это оставляет вопрос открытым, поскольку порождает другой вопрос: а разве другим малочисленным народам не требуется землеустройство для обеспечения их традиционного образа жизни? Думается, что такой подход законодателя является ошибочным и нарушает статью 8 ФЗ от 30.04.1999 № 82-ФЗ «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации», предусматривающую равные права для всех народов.

Во-вторых, вызывает вопросы указание на обеспечение традиционного образа жизни малочисленных народов. В соответствии со ст. 1 ФЗ от 30.04.1999 № 82-ФЗ «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации» исторически сложившийся способ жизнеобеспечения малочисленных народов определяется как способ, основанный на историческом опыте их предков в области природопользования, самобытной социальной организации проживания, самобытной культуры, сохранения обычаев и верований. Должно ли такое указание подпадать под критерий организации рационального использования земель и их охраны, ведь для граждан и юридических лиц по осуществлению сельскохозяйственного производства такое указание есть?

Таким образом, даже поверхностный анализ нормы об определении землеустройства действующим ФЗ «О землеустройстве» показал ее несовершенство. Вероятно, такого же мнения стала придерживаться и власть, поскольку, признав действующий закон не отвечающим современным реалиям, запланировала разработку нового законопроекта. На обсуждение общественности были представлены законопроекты, подготовленные Минэкономразвития и Минсельхозом.

Проект закона Минэкономразвития предложил в ст. 1 определять землеустройство как взаимосвязанные мероприятия по планированию и обеспечению условий для надлежащего использования земель, расположенных в территориальной зоне сельскохозяйственного назначения, а также мероприятия по изучению состояния земель, по предотвращению порчи земель, не предназначенных для застройки, нужд обороны и безопасности государства, и мероприятия по описанию границ муниципальных образований, границ субъектов Российской Федерации (административные границы). На сегодняшний день данный законопроект больше не рассматривается, здесь дефиниция приведена только для сравнения.

Минсельхоз в проекте закона видит землеустройство **как систему предусмотренных данным законопроектом мероприятий по изучению состояния земель, планированию и организации рационального использования земель и их охраны, образованию и упорядочению объектов землеустройства, описанию местоположения и установлению границ объектов землеустройства**. В настоящее время данный проект отправлен на доработку, и, по нашему мнению, своевременным будет являться анализ предложенной авторами данного законопроекта дефиниции землеустройства, которая нуждается в совершенствовании исходя из следующего:

<sup>1</sup> О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации: Федер. закон от 30.04.1999 № 82-ФЗ (с изм., внесен. ФЗ от 13.07.2020 № 194-ФЗ). Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_22928/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_22928/) (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>2</sup> О Едином перечне коренных малочисленных народов Российской Федерации: пост. Правительства РФ от 24.03.2000 № 255. Доступ из ИПП «Гарант». URL: <https://base.garant.ru/181870/> (дата обращения: 12.12.2023).

<sup>3</sup> Перечень коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока РФ: расп. Правительства РФ от 17.04.2006 № 536-р. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: <https://base.garant.ru/6198896/> (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>4</sup> Согласно Постановлению Правительства РФ от 28.03.2001 № 236, Перечень коренных малочисленных народов Республики Дагестан, утвержденный постановлением Государственного Совета Республики Дагестан от 18.10.2000 № 191, считается частью Единого перечня коренных малочисленных народов.

1. В проекте землеустройство определено **как система предусмотренных законопроектом мероприятий**. В этой части сразу возникает вопрос: почему речь идет о мероприятиях, предусмотренных данным законопроектом? Ведь землеустройство является одним из институтов земельного права, все нормы которого касаются данного института. Конституция РФ в ст. 72 гласит, что владение, пользование и распоряжение землей и другими недрами находится в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов. Следовательно, могут быть мероприятия по землеустройству, предусмотренные как земельным законодательством, так и законодательством субъектов Российской Федерации. И в настоящее время все эти мероприятия реализуются.

2. Следующий вопрос: на что направлены вышеуказанные мероприятия? В соответствии с законопроектом это **изучение состояния земель, планирование и организация рационального использования земель и их охраны**. Разработчики проекта в ст. 2 среди основных понятий описывают, что же следует понимать под рациональным использованием земель. Остальные понятия данной статьей не раскрываются. Таким образом, нужно либо их закрепить, либо прибегнуть к заимствованию из других норм законодательства, но в таком случае нужно исключить из дефиниции, что землеустройство — это **система предусмотренных законопроектом мероприятий**. О чем мы говорили выше.

И завершающим элементом дефиниции является **образование и упорядочение объектов землеустройства, описание местоположения и установление границ объектов землеустройства**. Такая позиция также кажется не безупречной, поскольку не ясно, что же авторы законопроекта понимают под «объектом землеустройства». Статья 2 данного законопроекта к объектам землеустройства относит территории, зоны, земельные участки, а также территорию Российской Федерации, территории субъектов Российской Федерации, муниципальных образований или их части, земли, земельные участки или их части, иные территории, зоны или их части. В ст. 4 ч. 1 п. 3 этого же законопроекта среди принципов землеустройства закреплено единство земельного фонда Российской Федерации, согласно которому все земли являются объектом землеустройства как неотъемлемая часть природной среды и природного ресурса. В цитируемой статье не закреплены ни зоны, ни части. Есть закрепление территорий, но речь идет только об особо охраняемых территориях. Они же указаны в качестве объекта наряду с водными объектами, с отсылкой к соблюдению специальных требований при проведении землеустройства. Таким образом, отсутствие четкого определения объекта землеустройства, являющегося фундаментальным понятием данного закона, создает пробел, который повлечет за собой трудности правоприменения. Исходя из вышеизложенного, заявленная нами ранее гипотеза о несовершенстве дефиниции землеустройства, закрепленная проектом ФЗ «О землеустройстве», подготовленным Минсельхозом, нашла свое подтверждение.

Все вышеизложенные проблемы способны, по нашему мнению, затруднить эффективность реализации норм закона «О землеустройстве». В этой части следует согласиться с Кэрл Леонард, которая подчеркивает, что доверие к законам возникает только тогда, когда их эффективно исполняют<sup>1</sup>.

Учитывая вышеизложенное, полагаем, что наиболее полным, отражающим весь комплексный характер землеустройства является определение В. Н. Хлыстуна, сформулированное следующим образом: «Землеустройство — это система государственных и инициативных мероприятий по регулированию земельных отношений и созданию социально-экономических, территориальных и организационно-хозяйственных условий для рационального использования земли и неразрывно связанных с ней других средств производства и элементов природной среды»<sup>2</sup>. Однако вряд ли можно согласиться с мнением автора о том, что это система государственных и инициативных мероприятий. Правильнее было бы определить это как комплекс мероприятий, осуществляемый государством. Основанием для исключения инициативных мероприятий из указанной дефиниции является определение субъекта, устанавливающего сущность и порядок проведения землеустройства, а таковыми являются государство и субъекты (поскольку земельное законодательство в соответствии с Конституцией РФ находится в совместном ве-

<sup>1</sup> Леонард К. Аграрные реформы в России: дорога из рабства / К. Леонард. М.: Издательский дом «Дело»; РАНХиГС, 2019. С. 269. EDN: ZVRVNL

<sup>2</sup> История земельных отношений и землеустройства / А. А. Варламов, В. Н. Хлыстун, С. А. Гальченко, М. М. Демидова. М.: ФГБОУ ВПО Государственный университет по землеустройству, 2000. С. 26. EDN: TIFBQF

дении Российской Федерации и ее субъектов). Таким образом, инициатива иных лиц противоречила бы действующему законодательству.

Как итог, наиболее правильным представляется следующее определение землеустройства (составленное на основе дефиниции В. Н. Хлыстуна<sup>1</sup> с учетом указанных выше исключений, а также генезиса и исторического пути развития понятия): «*Землеустройство — это целостная структурированная система, характеризующаяся объединением и согласованием государственных мероприятий, связанная единым назначением по регулированию земельных отношений и созданию социально-экономических, территориальных и организационно-хозяйственных условий для рационального использования земли и неразрывно связанных с ней других средств производства и элементов природной среды*».

Резюмируя всё вышеизложенное, следует отметить, что институт землеустройства развивается, и свое влияние на него оказывают сразу несколько факторов, в число которых входят и цифровые технологии. Так, С. Н. Волков и Д. А. Шаповалов уже сформировали дефиницию «цифровое землеустройство»<sup>2</sup>, поэтому в будущем дефиниция землеустройства, вероятно, будет пересмотрена. Однако данная тема, по нашему мнению, выходит за рамки настоящего исследования и заслуживает отдельного внимания.

### Литература

1. Боголюбов С. А. Землеустройство в системе мероприятий по охране земель и других природных ресурсов // *Аграрное и земельное право*. 2020. № 1 (181). С. 26–29. EDN: RNTJRG
2. Бруцкус Б. Д. *Аграрный вопрос и аграрная политика*. Петербург: Право, 1922. 234 с.
3. Власов А. Г., Васильева Д. И. *История земельных отношений, землеустройства и кадастров недвижимости: учеб.-метод. пособие*. Самара: Изд-во Самар. гос. экон. ун-та, 2019.
4. Волгирева Г. П. Понятие «землеустройство» в оценках современников (1906–1917 гг.) // *Вестник Пермского университета. История*, 2018. № 2 (41). С. 109–118. DOI: 10.17072/2219-3111-2018-2-109-118. EDN: UUGNVO
5. Волков С. Н. Цифровое землеустройство — проблемы и перспективы / С. Н. Волков, Д. А. Шаповалов // *Интерэкспо Гео-Сибирь*. 2019. Т. 3, № 2. С. 26–35. DOI: 10.33764/2618-981X-2019-3-2-26-35. EDN: WVGDF
6. Галиновская Е. А. Роль землеустройства в государственном управлении земельными ресурсами Российской Федерации: правовой аспект // *Имущественные отношения в Российской Федерации*. 2023. № 11 (266). С. 54–68. EDN: XUNNGY
7. Герман И. Е. *Земельные дела в западно-европейских государствах*. М.: Типо-лит. В. Рихтер, 1913. 300 с.
8. Гиниятов И. А. К вопросу об основных понятиях в сфере землеустройства, кадастра недвижимости и мониторинга земель (в порядке обсуждения) // *Вестник СГУГиТ (Сибирского государственного университета геосистем и технологий)*. 2022. Т. 27, № 6. С. 152–159. DOI: 10.33764/2411-1759-2022-27-6-152-159. EDN: VLBPFG
9. Гойхбарг А. П. *Советское земельное право*. Государственное издательство, 1921. 116 с. *Земельное право: учебник* / под ред. Ю. Г. Жарикова. М.: Кнорус, 2001.
10. *История земельных отношений и землеустройства* / А. А. Варламов, В. Н. Хлыстун, С. А. Гальченко, М. М. Демидова. М.: ФГБОУ ВПО Государственный университет по землеустройству, 2000. 336 с. EDN: TIFBQF
11. Казанцев Н. Д. *Законодательные основы земельного строя СССР*. М.: Юридическая литература, 1971. 176 с.
12. *Вопросы землеустройства: по материалам обследования НКРКИ РСФСР* / К. Я. Киндеев; под общ. ред. П. Я. Гурова. М.: Изд-во НКРКИ, 1925. 131 с.

<sup>1</sup> Хлыстун В. Н. Социально-экономическая сущность современного землеустройства // *Экономика сельскохозяйственных и перерабатывающих предприятий*. 2014. № 5. С. 22–26.

<sup>2</sup> Волков С. Н. Цифровое землеустройство — проблемы и перспективы / С. Н. Волков, Д. А. Шаповалов // *Интерэкспо Гео-Сибирь*. 2019. Т. 3, № 2. С. 30. DOI: 10.33764/2618-981X-2019-3-2-26-35. EDN: WVGDF

13. Кухтин П. В. Землеустройство как механизм управления земельными ресурсами / П. В. Кухтин, А. О. Сухарев, А. Б. Моттаева // Интернет-журнал Науковедение. 2014. № 5 (24). 198 с. EDN: TKENZX
14. Леонард К. Аграрные реформы в России: дорога из рабства / К. Леонард. М.: Издательский дом «Дело»; РАНХиГС, 2019. 728 с. EDN: ZVRVNL
15. Мартынов Б. С. Понятие землеустройства: (опыт догматического исследования Положения 29 мая 1911 г.). Пг.: Тип. Мин-ва земледелия, 1917. 291 с.
16. Нагаев Р. Т. Энциклопедический словарь «Недвижимость». Казань. Изд-во ГУП «ПИК “Идел-Пресс”», 2000. 1088 с.
17. Некрасов Ф. Г. Основы землеустройства (Экономика, техника, организация). Одесса: изд-во автора, 1925. 376 с.
18. Нуприенкова А. В. Землеустройство вчера и сегодня // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2013. № 2 (137). С. 88–94. EDN: PVDVIV
19. Рышкова Л. В. Правовые признаки землеустройства // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Юридические науки. 2017. Т. 3 (69), № 4. С. 190–199. EDN: OTMADB
20. Сахаров П. Д. Землеустроительный процесс в СССР. М.: Юридическая литература, 1968. 198 с.
21. Труханов А. Э. Современные проблемы землеустройства и кадастров: учеб. пособие. Новосибирск: СГГА, 2014. 94 с.
22. Удачин С. А. Земельная реформа в Советской Латвии / Под ред. и с предисл. Ф. Ю. Деглава. Рига: Латгосиздат, 1948. 448 с.
23. Удачин С. А. Научные основы землеустройства. М.: Колос, 1965. 272 с.
24. Хауке О. А. Крестьянское земельное право. М.: Никольская, Славянский базарь, 1914. 372 с.
25. Хауке О. А. Понятие землеустройства // Вестник землеустройства и переселения. 1927. № 1.
26. Хауке О. А. Качественное землеустройство в Пруссии. М.: Московский межевой институт, 1928. Том I, вып. 2. 122 с.
27. Хлыстун В. Н. Социально-экономическая сущность современного землеустройства // Экономика сельскохозяйственных и перерабатывающих предприятий. 2014. № 5. С. 22–26. EDN: SDCJMZ
28. Чешев А. С., Вальков В. Ф. Основы землепользования и землеустройства. Учебник для вузов. Издание 2-е, доп. и перер. Серия: Экономика и управление. Ростов-на-Дону: МарТ, 2002. 543 с.
29. Ялбулганов А. А. Правовые основы землеустройства в Российской Федерации // Публично-правовое регулирование экономических отношений / под ред. проф. А. Н. Козырина. М., 2005.
30. Ялбулганов А. А. Правовые основы землеустройства в механизме рационального использования земель // Реформы и право. 2013. № 1. С. 11–18. EDN: QALYFX
31. Ялбулганов А. А. Землеустройство в Российской Федерации: вопросы правового регулирования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 12. С. 3–13. EDN: XGSFFH

## Об авторе:

**Позднякова Елена Александровна**, доцент департамента теории права и сравнительного правоведения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук, доцент  
e-mail: elenaar7306@mail.ru

## References

1. Bogolyubov, S. A. (2020) Land-building in the system of measures to protect land and other natural resources. *Agrarian and land law*. No. 1 (181), pp. 26–29. (In Russ.)
2. Brutskus, B. D. (1922) The agrarian question and agrarian policy. *Pravo*. 234 p. (In Russ.)
3. Vlasov, A. G., Vasilyeva, D. I. (2019) History of land relations, land management and real estate cadastres: textbook. *Publishing house of Samara State University of Economics*. (In Russ.)

4. Volgireva, G. P. (2018) Concept of “land management” in the evaluation of contemporaries (1906–1917). *Bulletin of the Perm University*. DOI: 10.17072/2219-3111-2018-2-109-118 (In Russ.)
5. Volkov, S. N., Shapovalov, D. A. (2019) Digital land management — problems and prospects. *Interexpo Geo-Siberia*. Pp. 26–35. DOI: 10.33764/2618-981X-2019-3-2-26-35 (In Russ.)
6. Galinovskaya, E. A. (2023) The role of land management in the state management of land resources of the Russian Federation: legal aspect. *Property relations in the Russian Federation*. No. 11 (266), pp. 54–68. (In Russ.)
7. Herman, I. E. (1913) Land affairs in Western European states. *Tipo-lit. V. Richter*. 300 p. (In Russ.)
8. Giniyatov, I. A. (2022) To the question of the basic concepts in the field of land management, real estate cadastre and land monitoring (in the order of discussion). *Vestnik of the Siberian State University of Geosystems and Technologies (SSUGT)*. Vol. 27, no. 6, pp. 152–159. DOI: 10.33764/2411-1759-2022-27-6-152-159 (In Russ.)
9. Goikhbarg, A. P. (1921) Soviet land law. *The State Publishing House*. 116 p. Land law: textbook / Edited by Yu. G. Zharikov. M.: Knorus, 2001.
10. Varlamov, A. A. (Ed.) (2000) History of land relations and land management. *Kolos*. 336 p. (In Russ.)
11. Kazantsev, N. D. (1971) Legislative foundations of the land system in the USSR. *Legal literature*. 176 p. (In Russ.)
12. Kindeev, K. (1925) Land management issues. *Publishing House of the NKRKI USSR*. 131 p. (In Russ.)
13. Kuhtin, P., Sukharev, A., Mottayeva, A. (2014) The formation land management as a mechanism. *The online journal Science Studies*. Iss. 5 (24). 198 p. (In Russ.)
14. Leonard, C. (2019) Agrarian reforms in Russia: the road out of slavery. *Publishing house “Delo”; RANEPА*. 728 p. (In Russ.)
15. Martynov, B. S. (1917) The concept of land management (The experience of a dogmatic study of the Situation on May 29, 1911). *Printing house of the Ministry of Agriculture*. 291 p. (In Russ.)
16. Nagaev, R. T. Encyclopedic dictionary “Real estate”. *Publishing house of SUE PIK Idel-Press*. 2000. 1088 p. (In Russ.)
17. Nekrasov, F. G. (1925) Fundamentals of land management (Economics, technology, organization). *Odessa: author’s publishing house*. 376 p. (In Russ.)
18. Nuprienkova, A. V. (2013) Land management in the past and nowadays. *Property relations in the Russian Federation*. No. 2 (137), pp. 88–94. (In Russ.)
19. Rishkova, L. V. (2017) Legal signs of land management. *Scientific notes of the V. I. Vernadsky Crimean Federal University. Legal sciences*. Vol. 3 (69), no. 4, pp. 190–199. (In Russ.)
20. Sakharov, P. D. (1968) Land management process in the USSR. *Legal literature*. 198 p. (In Russ.)
21. Trukhanov, A. E. (2014) Modern problems of land management and cadastres. *SGGA*. 94 p. (In Russ.)
22. Udachin, S. A. (1948) Land reform in Soviet Latvia. *Latgosizdat*. 448 p. (In Russ.)
23. Udachin, S. A. (1965) Scientific foundations of land management. *Kolos Publishing House*. 272 p. (In Russ.)
24. Hauke, O. A. (1914) Peasant land law. *Nikolskaya, Slavyanskii bazaar*. 372 p. (In Russ.)
25. Hauke, O. A. (1927) The concept of land management. *Bulletin of Land management and resettlement*. No. 1. (In Russ.)
26. Hauke, O. A. (1928) Qualitative land management in Prussia. *Moscow Boundary Institute*. Vol. I, iss. 2, 122 p. (In Russ.)
27. Khlystun, V. N. (2014) Socio-economic essence of modern land management. *The economics of agricultural and processing enterprises*. No. 5, pp. 22–26. (In Russ.)
28. Cheshev, A. S., Valkov, V. F. (2002) Fundamentals of land use and land management. *The publishing center March*. 544 p. (In Russ.)
29. Yalbulganov, A. A. (2005) The legal foundations of land management in the Russian Federation. *Public law regulation of economic relations*. P. 103. (In Russ.)



30. Yalbulganov, A. A. (2013) The legal foundations of land management in the mechanism of rational land use. *Reforms and law*. No. 1, p. 13. (In Russ.)
31. Yalbulganov, A. A. (2016) Land management in the Russian Federation: legal regulation issues. *Laws of Russia*. No. 12, pp. 3–13. (In Russ.)

**About the author:**

**Elena A. Pozdnyakova**, Associate Professor of the School of Theory of Law and Comparative Law, Faculty of Law, Higher School of Economics National Research University (Moscow, Russian Federation), PhD in Jurisprudence, Associate Professor  
e-mail: elenaap7306@mail.ru

## Совершенствование правового регулирования в области снижения выбросов парниковых газов в Российской Федерации

**Котова Е. В.**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

e-mail: ebulavchik@hse.ru

### *Аннотация*

Углеродное регулирование в России находится на стадии формирования, в связи с чем требуется выработка комплексного подхода, основанного на принципах устойчивого развития с учетом международного опыта. С пониманием значимости проблемы климатических изменений для будущего страны и всей планеты и во исполнение международных обязательств в России принят ряд мер по национальному регулированию сокращения выбросов парниковых газов, а также иных механизмов, способствующих замедлению глобальных изменений.

Цель настоящей статьи — выработка комплексных правовых решений по оптимизации системы нормативного правового регулирования в области выбросов парниковых газов. Исследовательская проблема заключается в формировании таких механизмов государственного климатического регулирования, которые, с одной стороны, будут способствовать достижению целей сокращения выбросов парниковых газов, которые ставит перед собой Россия, а с другой — будут соответствовать текущим внешнеполитическим вызовам в непростой геополитической и экономической ситуации, которая влияет на государственную политику, предпринимательское сообщество и глобальное взаимодействие по вопросам климата.

*Ключевые слова:* декарбонизация, климатические проекты, углеродные единицы, квотирование выбросов, изменение климата.

*Для цитирования:* Котова Е. В. Совершенствование правового регулирования в области снижения выбросов парниковых газов в Российской Федерации // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 3 (21). С. 122–132. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-122-132. EDN: SGZWTO

## Improving Legal Regulation in the Field of Reducing Greenhouse Gas Emissions in the Russian Federation

**Elizaveta V. Kotova**

National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

e-mail: ebulavchik@hse.ru

### *Abstract*

Carbon regulation in Russia is at the stage of formation, which requires the development of an integrated approach based on the principles of sustainable development, taking into account international experience. With an understanding of the importance of the problem of climate change for the future of the country and the entire planet, as well as in fulfillment of international obligations, Russia has

adopted a number of measures to nationally regulate greenhouse gas emissions reduction, as well as other mechanisms that help slow down global changes.

The purpose of this article is to develop comprehensive legal solutions to optimize the system of regulatory legal regulation of issues of reducing greenhouse gas emissions. The research problem lies in the formation of such mechanisms of state climate regulation, which, on the one hand, will contribute to achieving the goals of reducing greenhouse gas emissions set by Russia, and on the other hand, will correspond to the current foreign policy challenges, the ambiguous geopolitical and difficult economic situation that affect public policy, the business community and the global interaction on climate issues.

*Keywords:* decarbonization, climate projects, carbon units, emission quotas, climate change.

*For citation:* Kotova, E. V. (2024) *Theoretical and Applied Law*. No. 3 (21), pp. 122–132. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-3-122-132

Россия занимала четвертое место в мире по объемам выбросов парниковых газов после Китая, США, Индии в 2022 г., по оценкам Carbon Monitor<sup>1</sup>. Поскольку изменение климата может привести к значительным изменениям в экономике, обществе и окружающей среде<sup>2</sup>, всё более важной становится разработка правил и норм, целью которых является предотвращение или ограничение последствий изменения климата и сокращение выбросов парниковых газов. Климатическая проблема в международных экологических отношениях рассматривается не изолированно от глобальных проблем, а как важная составляющая устойчивого развития, гарантирующая социально-экономическое благополучие<sup>3</sup>.

Развитие национальной климатической политики должно происходить с учетом текущего состояния экономики и тенденций на международном уровне<sup>4</sup>. Назревшие глобальные проблемы и риски уже отражены в российском законодательстве. Данный тезис подтверждается действующими нормами Конституции<sup>5</sup> (ст. 42, 58), наличием национального проекта «Экология»<sup>6</sup>. Также, в соответствии с Основами государственной политики в области низкоуглеродного развития России<sup>7</sup>, формирование рыночных инструментов охраны окружающей среды признано одной из основных задач государственной политики страны.

В России принят ряд мер по национальному регулированию сокращения выбросов парниковых газов, а также иных механизмов, способствующих замедлению глобальных изменений. Прделана существенная работа по подготовке «правовой рамки» климатического (или «углеродного») регулирования и определению национальных стратегических целей и задач: приняты Указ Президента РФ «О сокращении выбросов парниковых газов»<sup>8</sup> и Распоряжение Правительства РФ «Об утверждении Стратегии социально-экономического развития РФ с низким уровнем выбросов парниковых газов до 2050 г.»<sup>9</sup>, а также

<sup>1</sup> The Carbon Brief Profile: Russia [Электронный ресурс]. *Carbon Brief*. URL: <https://www.carbonbrief.org/the-carbon-brief-profile-russia/> (дата обращения: 01.02.2024).

<sup>2</sup> Право в условиях глобального изменения климата: монография / колл. авт.; под общ. ред. В. В. Блажева, М. А. Егоровой. М.: Проспект, 2022. 239 с.

<sup>3</sup> Краснова И. О. Современные тенденции развития международного экологического права // Экологическое право. 2018. № 2. С. 3. EDN: XPUYBF

<sup>4</sup> Васильцов В. С. Климатическая политика в инновационной экономике: национальный и международный аспекты / В. С. Васильцов, Н. Н. Яшалова // *Ars Administrandi* (Искусство управления). 2018. Т. 10, № 1. С. 38–63. DOI: 10.17072/2218-9173-2018-1-38-63. EDN: YSWEGU

<sup>5</sup> Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020). Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_28399/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/) (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>6</sup> Действующая редакция паспорта национального проекта «Экология» размещена в открытом доступе на официальном сайте Министерства природных ресурсов и экологии Российской Федерации в соответствующем разделе ([http://www.mnr.gov.ru/upload/medialibrary/ba5/NP\\_Ekologiya.pdf](http://www.mnr.gov.ru/upload/medialibrary/ba5/NP_Ekologiya.pdf)).

<sup>7</sup> Основы государственной политики в области экологического развития Российской Федерации на период до 2030 года (утв. Президентом РФ 30.04.2012). Доступ из ИПП «Гарант». URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70069264/> (дата обращения: 12.12.2023).

<sup>8</sup> О сокращении выбросов парниковых газов: Указ Президента Российской Федерации № 666 от 04.11.2020. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202011040008> (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>9</sup> Об утверждении Стратегии социально-экономического развития РФ с низким уровнем выбросов парниковых газов до 2050 г.: распоряжение Правительства Российской Федерации от 29.10.2021 № 3052-р. Доступ из ИПП «Гарант». URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/402894476/> (дата обращения: 01.12.2023).

Климатическая доктрина РФ<sup>1</sup>, включающая нормы единой государственной политики РФ по вопросам, связанным с изменением климата и его последствиями.

Тем не менее существуют многочисленные теоретические и практические аспекты, требующие дополнительного изучения и отражения в регулировании. В данном исследовании анализируются акты национального законодательства в области сокращения выбросов парниковых газов, проведена их систематизация и выработаны направления для дальнейшего развития климатического регулирования с учетом международного опыта.

Предложения по оптимизации и совершенствованию нормативного правового регулирования отношений в области сокращения выбросов парниковых газов, с одной стороны, должны быть эффективными, а с другой — должны учитывать текущие внешнеполитические вызовы, непростую геополитическую и экономическую ситуацию, которая влияет на государственную политику, предпринимательское сообщество и глобальное взаимодействие по вопросам климата<sup>2</sup>.

Так, основные субъекты регулирования — представители предпринимательского сообщества — в последние годы сталкивались с существенными сложностями в своей деятельности, что бесспорно повлияло на качество и эффективность восприятия компаниями климатической повестки. Этап формирования нормативной правовой базы в части ограничения выбросов парниковых газов совпал с пандемией в 2020–2021 гг., и под влиянием непредвиденных издержек предпринимателей дата начала эксперимента по квотированию выбросов парниковых газов в отдельных субъектах страны была перенесена. Кроме того, беспрецедентное санкционное давление на российский бизнес, начавшееся в 2022 г., стало причиной замедления запланированной доработки углеродного регулирования.

В результате в России была сформирована самостоятельная система законодательства в сфере углеродного регулирования, которая охватывает два направления: ограничение выбросов парниковых газов (Федеральный закон «Об ограничении выбросов парниковых газов»<sup>3</sup>, далее — Закон о парниковых газах) и экспериментальное квотирование выбросов парниковых газов (Федеральный закон «О проведении эксперимента по ограничению выбросов парниковых газов в отдельных субъектах Российской Федерации»<sup>4</sup>, далее — Закон об эксперименте).

На текущий момент на федеральном уровне создана лишь система отчетности о выбросах парниковых газов (ст. 7 Закона о парниковых газах) и возможность реализовывать добровольные климатические проекты, в результате чего лицо, исполнитель климатического проекта, получает углеродные единицы (ст. 9 Закона о парниковых газах). При этом Закон о парниковых газах не возлагает на хозяйствующие субъекты каких-либо требований по сокращению выбросов и достижению углеродной нейтральности. В свою очередь Закон об эксперименте направлен на реальное сокращение выбросов на территориях отдельных субъектов путем введения ограничений на выбросы (квот) юридических лиц (ст. 8 Закона об эксперименте), а также платы за превышение выбросов (см. Правила исчисления и взимания платы за превышение квоты, утвержденные постановлением Правительства РФ от 05.08.2022 № 1390<sup>5</sup>). Кроме того, возможность зачета выпущенных по результатам реализации климатического проекта углеродных единиц в квоту на выбросы стимулирует данные проекты, а также развивает систему торговли углеродными единицами (ч. 8 ст. 8, ст. 11 Закона об эксперименте).

<sup>1</sup> Об утверждении Климатической доктрины Российской Федерации: Указ Президента РФ от 26.10.2023 № 812. Доступ из ИПП «Гарант». URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/407782529/> (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>2</sup> Никонов Р. В. Развитие правового регулирования в сфере предупреждения изменения климата в России, Германии и Франции: специальность 12.00.06 «Земельное право; природоресурсное право; экологическое право; аграрное право»: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Никонов Родион Валентинович, 2021. 207 с. EDN: HXBMMF

<sup>3</sup> Об ограничении выбросов парниковых газов: Федеральный закон от 02.07.2021 № 296-ФЗ. URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/47013> (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>4</sup> О проведении эксперимента по ограничению выбросов парниковых газов в отдельных субъектах Российской Федерации: Федеральный закон от 06.03.2022 № 34-ФЗ. URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_411051/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_411051/) (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>5</sup> Об утверждении Правил исчисления и взимания платы за превышение квоты выбросов парниковых газов в рамках проведения эксперимента по ограничению выбросов парниковых газов на территории Сахалинской области: пост. Правительства РФ от 05.08.2022 № 1390. URL: <https://base.garant.ru/405127083/> (дата обращения: 03.12.2023).

Существует необходимость распространения эксперимента по квотированию выбросов парниковых газов в других субъектах России для совершенствования климатической политики (путем внесения изменений в ч. 2–3 ст. 1 Закона об эксперименте, определяющие общие положения и территориальные границы эксперимента), а также есть потребность увеличить размер платы за превышение квоты на выбросы парниковых газов в рамках эксперимента. При этом предполагается, что вместе с таким увеличением платы и расширением эксперимента будут внедрены реальные специальные меры поддержки региональных регулируемых организаций, то есть для лиц, осуществляющих значительные выбросы парниковых газов, с учетом критериев, указанных в ст. 5 Закона об эксперименте, и в отношении которых устанавливаются ограничения на выбросы (предоставляются квоты).

В целях устранения споров, связанных с выпуском углеродных единиц по проектам, которые начаты до принятия Закона о парниковых газах, выявлена необходимость законодательного урегулирования возможности признания в качестве климатических ранее начатых проектов (возможны как изменение Закона о парниковых газах, так и выпуск разъясняющих писем уполномоченных органов власти по этому вопросу для урегулирования ситуации в период рассмотрения и принятия соответствующего законопроекта).

Определена целесообразность внедрения налоговых мер поддержки исполнителей климатических проектов. Также предлагаются иные меры поддержки в форме государственного субсидирования, например, на возмещение части затрат на реализацию климатического проекта и/или на уплату процентов по кредитам и займам, купонного дохода по облигационным займам, привлеченным для реализации климатического проекта. Кроме того, регулирование может быть дополнено специальными положениями в отношении реализации климатических проектов в действующее регулирование специального инвестиционного контракта (СПИК) и соглашения о защите и поощрении капиталовложений (СЗПК).

Выработаны рекомендации по формированию механизма стимулирования хозяйствующих субъектов к сокращению выбросов парниковых газов через развитие «углеродоемких» закупок: предложены критерии и направления для изменения законодательства.

### **Ограничение выбросов парниковых газов в системе углеродного регулирования**

В рамках Закона о парниковых газах можно выделить несколько норм, которые являются основой для дальнейшего развития углеродного регулирования в России.

Во-первых, законом вводится понятие регулируемой организации и обязанность по отчетности (ст. 7 Закона о парниковых газах). Во-вторых, вводится понятие климатического проекта и возможность его реализации любыми организациями (в том числе нерегулируемыми, ст. 9 Закона о парниковых газах). В-третьих, предусматривается появление нового элемента гражданского оборота — углеродных единиц (ст. 2, 9, 10 Закона о парниковых газах). В-четвертых, декларируется разработка мер поддержки деятельности по реализации климатических проектов (ст. 9 Закона о парниковых газах).

Регулирование углеродных единиц и их статус заслуживают рассмотрения в отдельной работе. В мире уже действуют рынки углеродных единиц, например, биржи в Британии, США, Европе, Казахстане. Торговля углеродными единицами ведется на площадке ООН. Стоимость углеродной единицы не является фиксированной, на международном уровне ее стоимость колеблется на различных рынках от 0,5 до 100 долл. США и выше<sup>1</sup>.

Углеродные единицы имеют спорную правовую природу<sup>2</sup>, а их введение в оборот — длительный и сложный процесс. На сегодняшний день в РФ уже заключены соглашения по углеродным единицам. 26 сентября 2022 г. на базе Национальной товарной биржи Группы «Московская биржа» совершены первые биржевые операции с углеродными единицами. «По итогам первого дня заключены две сделки

<sup>1</sup> «Россия на пороге больших событий»: ограничение выбросов, квотирование и торговля углеродными единицами [Электронный ресурс]. Деловая электронная газета «Бизнес Online». URL: <https://www.business-gazeta.ru/article/559300> (дата обращения: 01.08.2022).

<sup>2</sup> Барков А. В. Правовое стимулирование декарбонизации как фактора обеспечения высоких стандартов экологического благополучия / А. В. Барков, М. М. Завьялов // Экологическое право. 2021. № 5. С. 23–26. DOI: 10.18572/1812-3775-2021-5-23-26. EDN: GMYEFH

купли-продажи общим объемом 20 углеродных единиц. Средневзвешенная цена продажи составила 1 тыс. руб. за углеродную единицу»<sup>1</sup>.

При этом ранее было законодательно закреплено, что стоимость углеродной единицы признается равной 2 тыс. руб., а если углеродные единицы обращаются на организованных торгах, их стоимость не может быть менее 2 тыс. руб. (подпункты в п. 7 редакции № 1 Правил, утвержденных постановлением Правительства РФ от 30.03.2022 № 518<sup>2</sup>). Сегодня это положение исключено: изменения, внесенные постановлением Правительства РФ от 30.11.2022 № 2180<sup>3</sup>, вступили в силу с 1 марта 2023 г.

Согласно мировой практике, обращение углеродных единиц на организованных торгах достаточно распространено<sup>4</sup>. Однако организация такого обращения в России является новым этапом развития рынка углеродных единиц и привлечения инвестиций в климатические проекты.

Проработка вопроса об определении юридического статуса углеродной единицы в целях обеспечения их обращения на организованных (биржевых) торгах является одним из мероприятий в рамках Плана мероприятий (дорожной карты) развития организованной (биржевой) торговли на отдельных товарных рынках на 2023–2025 гг., утвержденных распоряжением Правительства РФ от 23.12.2022 № 4140-р<sup>5</sup>. В частности, в п. 31 данного Плана мероприятий «Проработка вопроса об определении юридического статуса углеродной единицы и единицы выполнения квоты в целях обеспечения их обращения на организованных (биржевых) торгах» указана в качестве отдельного мероприятия. Результат проработки такого вопроса в форме доклада в Правительство РФ запланирован на II квартал 2025 г., в качестве исполнителей указаны Минэкономразвития России, Минфин России, ФНС России, ФАС России с участием Банка России, ПАО «Московская биржа» и акционерного общества СПБМТСБ. Таким образом, на нормативном уровне вопрос юридического статуса углеродной единицы пока не проработан.

Директор Национальной товарной биржи назвал углеродные единицы «новым типом активов»<sup>6</sup>, а в докладе Санкт-Петербургской международной товарно-сырьевой биржи на тему «Концепция углеродного регулирования и углеродного рынка в России...» указывается, что дискуссии по правовой природе углеродных единиц (товар, имущественное право, ценная бумага или финансовый инструмент) продолжаются<sup>7</sup>.

В доктрине также не удалось найти однозначного обоснования статуса углеродных единиц. В статье «Роль национального климатического закона в обеспечении “энергетического перехода”» указывалось на многогранность статуса: «Углеродная единица получает статус и международной платежной единицы, и кредитный и налоговый статус, и как средство обращения, и (возможно) даже будет участвовать в разнообразных рейтингах»<sup>8</sup>.

Несмотря на спорную правовую природу, углеродные единицы могут рассматриваться как актив и быть востребованы как регулируемые организациями, так и лицами, реализующими добровольные климатические проекты. Помимо определения статуса (правовой природы) углеродных единиц в России, важно обеспечить возможность беспрепятственного трансграничного обращения углеродных

<sup>1</sup> Торги углеродными единицами стартовали на Московской бирже [Электронный ресурс]. Московская биржа. URL: <https://www.moex.com/n51701> (дата обращения: 01.05.2023).

<sup>2</sup> О порядке определения платы за оказание оператором услуг по проведению операций в реестре углеродных единиц: пост. Правительства РФ от 30.03.2022 № 518. URL: <http://government.ru/docs/all/140153/> (дата обращения: 01.05.2023).

<sup>3</sup> О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации: пост. Правительства РФ от 30.11.2022 № 2180. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202211300059> (дата обращения: 01.05.2023).

<sup>4</sup> Юлкин М. А., Дьячков В. А., Самородов А. В., Кокорин А. О. Добровольные системы и стандарты снижения выбросов парниковых газов [Электронный ресурс]. WWF. URL: [https://studylib.ru/doc/2105790/dobrovol\\_nye-sistemy-i-standarty-snizheniya-vybrosov-f](https://studylib.ru/doc/2105790/dobrovol_nye-sistemy-i-standarty-snizheniya-vybrosov-f) (дата обращения: 01.05.2023).

<sup>5</sup> Об утверждении плана мероприятий (дорожной карты) развития организованной (биржевой) торговли на отдельных товарных рынках на 2023–2025 гг.: расп. Правительства РФ от 23.12.2022 № 4140-р. URL: <https://legalacts.ru/doc/rasporjazhenie-pravitelstva-rf-ot-23122022-n-4140-r-ob-utverzhdenii/> (дата обращения: 01.05.2023).

<sup>6</sup> Торги углеродными единицами стартовали на Московской бирже [Электронный ресурс]. Московская биржа. URL: <https://www.moex.com/n51701> (дата обращения: 01.05.2023).

<sup>7</sup> Концепция углеродного регулирования и углеродного рынка в России: мировой опыт, участники, дорожная карта [Электронный ресурс]. СПБМТСБ. URL: [https://kt.tatarstan.ru/rus/file/pub/pub\\_3191213\\_enc\\_167420.pdf](https://kt.tatarstan.ru/rus/file/pub/pub_3191213_enc_167420.pdf) (дата обращения: 01.05.2023).

<sup>8</sup> Жаворонкова Н. Г. Роль национального климатического закона в обеспечении «энергетического перехода» / Н. Г. Жаворонкова, В. Б. Агафонов // Актуальные проблемы российского права. 2022. Т. 17, № 2 (135). С. 151–162. DOI: 10.17803/1994-1471.2022.135.2.151-162. EDN: JKPWSR

единиц, выпущенных по результатам реализации климатических проектов в РФ, и обеспечить их признание на международном уровне.

В действующей редакции Закона о парниковых газах верификация предусматривается лишь для исполнителей климатических проектов, реализующих их в добровольном порядке.

Несмотря на то что дополнение процедуры признания климатического проекта (верификации) дополнительным этапом (валидацией) усложняет такое признание для исполнителей климатических проектов, на практике оно позволяет предварительно согласовать климатическую деятельность с уполномоченными органами, что потенциально экономит средства, направленные на зеленые инвестиции, а также обеспечивает внесение в реестр углеродных единиц предварительно проверенные проекты.

При этом Закон о парниковых газах, а также подзаконные акты прямо не допускают, но и не запрещают признание в качестве климатических ранее начатых проектов. На практике в реестр углеродных единиц уже включены проекты<sup>1,2</sup>, которые были начаты до вступления в силу Закона о парниковых газах (начало действия документа — 30.12.2021) и даже до момента его официального опубликования (опубликован на официальном интернет-портале правовой информации [pravo.gov.ru](http://pravo.gov.ru) 02.07.2021).

Однако такой подход (действия оператора углеродных единиц) потенциально может быть оспорен в будущем, поскольку не основан на буквальном толковании норм публичного права, не имеющих диспозитивного характера по умолчанию. Отсутствие законодательного регулирования начала реализации климатического проекта может привести к злоупотреблениям хозяйствующих субъектов в виде регистрации и выпуска углеродных единиц пяти- и десятилетней давности.

При этом юридическое закрепление возможности верификации проектов, начатых до вступления в силу Закона о парниковых газах, однозначно может оказать положительный эффект, а именно: поощрение компаний, добровольно начавших проекты; возможность апробировать климатическое регулирование до разработки новых проектов; предложение изменений в регулировании, по результатам такой апробации, для создания удобного и прозрачного механизма валидации и верификации климатических проектов.

Сроки реализации климатических проектов должны быть уточнены на уровне законодательства. Возможны как изменение Закона о парниковых газах, так и выпуск разъясняющих писем уполномоченных органов власти по этому вопросу для урегулирования ситуации в период рассмотрения и принятия соответствующего законопроекта.

Кроме того, необходимо осветить вопрос не только начала реализации климатического проекта, но и требование к сроку его окончания (например, на момент валидации климатического проекта он находится в статусе реализации, либо прошедший срок реализации составляет не более 50 % от общего срока реализации климатического проекта).

Не исключено, что возможность признания в качестве климатических ранее начатых проектов могла бы сопровождаться отдельными критериями (например, значительная стоимость проекта, сроки реализации проекта) и/или специальным порядком признания.

Закон о парниковых газах декларирует поддержку деятельности для исполнителей климатических проектов (ч. 8, 9 ст. 9). При этом формы таких мер поддержки и их условия Законом о парниковых газах не раскрываются.

В качестве наиболее эффективных мер могли бы стать дополнительные льготы по налогу на имущество организаций в отношении имущества, используемого в целях реализации климатического проекта. Также необходим законопроект, предусматривающий создание стимулов для лиц, которые занимаются реализацией климатических проектов на добровольной основе.

В частности, нужно предусмотреть:

<sup>1</sup> Строительство общезаводской факельной системы Миннибаевского газоперерабатывающего завода Управления «Татнефтегазопереработка» [Электронный ресурс]. Реестр углеродных единиц Российской Федерации. URL: <https://carbonreg.ru/ru/projects/5/> (дата обращения: 06.05.2023).

<sup>2</sup> Подключение трубопровода от ДНС-102к ЦДНГ-1 к газопроводу ДНС163-БУСО ЦКПиПН УГС [Электронный ресурс]. Реестр углеродных единиц Российской Федерации. URL: <https://carbonreg.ru/ru/projects/4/> (дата обращения: 06.05.2023).

- освобождение от налогообложения организаций, являющихся исполнителями климатических проектов, в отношении имущества, учитываемого на балансе организации, созданного и/или приобретенного, и/или модернизированного, и/или реконструированного в целях реализации климатических проектов, в течение 10 лет с месяца, следующего за месяцем постановки на учет указанного имущества;
- ускоренную амортизацию в отношении основных средств налогоплательщиков — исполнителей климатических проектов;
- налоговые льготы на осуществление инвестиций в климатические проекты.

Предлагаемые льготы приведут к выпадающим доходам бюджетов бюджетной системы РФ, в том числе бюджетов субъектов РФ, на территории которых будут реализованы климатические проекты. Однако предложение будет способствовать инициированию реализации климатических проектов. Денежные средства, связанные с такой реализацией, поступят в экономику страны. Соответственно, часть этих средств возвратится в бюджетную систему РФ в качестве других видов налоговых отчислений, возникших в связи с расходами, произведенными этими организациями (например, в составе налога на прибыль).

В качестве дополнительных мер поддержки можно предусмотреть государственное субсидирование, например, на возмещение части затрат на реализацию климатического проекта и/или на уплату процентов по кредитам и займам, купонного дохода по облигационным займам, привлеченным для реализации климатического проекта.

Кроме того, возможно включить специальные положения в отношении реализации климатических проектов в действующее регулирование специального инвестиционного контракта (СПИК) и соглашения о защите и поощрении капиталовложений (СЗПК).

В части СПИК возможно внесение изменений в ст. 16 Федерального закона «О промышленной политике в Российской Федерации»<sup>1</sup>, а также принятых во исполнение этого закона подзаконных актов. В частности, предусмотреть особые положения для инвесторов, реализующих проект по созданию либо модернизации производства, в результате чего, среди прочего, обеспечивается сокращение (предотвращение) выбросов парниковых газов или увеличение поглощения парниковых газов (то есть такой инвестиционный проект попадает под понятие климатического проекта и может быть верифицирован).

В части СЗПК возможно внесение изменений в п. 6 (или дополнение п. 6.1) ч. 1.1 ст. 6 Федерального закона «О защите и поощрении капиталовложений в Российской Федерации»<sup>2</sup>. В частности, предусмотреть положения в отношении инвестиционного проекта, реализуемого в области ограничения выбросов парниковых газов и попадающего под понятие климатического проекта.

Еще одним перспективным направлением считаем «углеродоемкие» закупки. С 1 января 2023 г. вступили в силу экологические требования к государственным и муниципальным закупкам. Особенности описания отдельных видов товаров, при закупках которых предъявляются экологические требования, утверждены постановлением Правительства РФ от 08.07.2022 № 1224<sup>3</sup>.

Несмотря на то что Закон о парниковых газах включает в себя лишь понятие «углеродный след», которое по своему определению относится к производству, а не к продукции (общий объем выбросов парниковых газов и поглощений парниковых газов, образующихся в ходе производства продукции либо в ходе оказания услуг, см. в п. 20 ст. 2 Закона о парниковых газах), Закон об эксперименте содержит необходимое понятие «углеродоемкость», которое применимо к товарам, — это масса выбросов парниковых газов, образуемых при производстве региональной регулируемой организацией единицы продукции или энергии. Однако далее по тексту Закона об эксперименте данное понятие никак не

<sup>1</sup> О промышленной политике в Российской Федерации: Федеральный закон от 31.12.2014 № 488-ФЗ. URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_173119/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_173119/) (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>2</sup> О защите и поощрении капиталовложений в Российской Федерации: Федеральный закон от 01.04.2020 № 69-ФЗ. URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_349045/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_349045/) (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>3</sup> Об особенностях описания отдельных видов товаров, являющихся объектом закупки для обеспечения государственных и муниципальных нужд, при закупках которых предъявляются экологические требования: пост. Правительства РФ от 08.07.2022 № 1224. Доступ из ИПП «Гарант». URL: <https://base.garant.ru/404992521/> (дата обращения: 01.12.2023).



используется, и, исходя из определения, оно относится лишь к региональным регулируемым организациям, то есть попадающим под действие эксперимента.

В связи с этим необходимо внести изменения в Закон о парниковых газах, предусмотрев два понятия: углеродный след продукции и углеродный след производства. Оценка углеродного следа продукции может быть проведена в соответствии с требованиями «ПНСТ 646-2022. Предварительный национальный стандарт Российской Федерации. “Зеленые” стандарты. “Зеленая” продукция и “зеленые” технологии. Методика оценки снижения углеродного следа»<sup>1</sup>, а также с учетом стандартов ISO (в том числе ГОСТ Р ИСО 14067-2021<sup>2</sup>).

Предлагается дополнить постановление Правительства РФ от 08.07.2022 № 1224<sup>3</sup> перечнем товаров, при закупке которых для государственных и муниципальных нужд в описание объекта закупки должна включаться информация об углеродном следе продукции и/или об углеродном следе производства. Также считаем возможным включить информацию о реализации верифицированных климатических проектов при производстве товаров и/или информацию об использовании верифицированных инструментов «зеленого» финансирования для производства товара.

### Квотирование выбросов парниковых газов в системе углеродного регулирования

Закон об эксперименте является специальным по отношению к общему Закону о парниковых газах. Он действует в рамках общих понятий Закона о парниковых газах, но устанавливает свои особенности, необходимые для достижения более масштабной цели — обеспечения углеродной нейтральности на территориях экспериментов (ст. 3).

Выбор экспериментального формата для строгого квотируемого углеродного регулирования считается обоснованным. По мнению специалистов, «разработка специального закона о правовых экспериментах будет способствовать упорядочиванию формальных критериев, процедур и требований к экспериментам, отграничению их от смежных правовых явлений в интересах повышения эффективности будущих эколого-правовых экспериментов, а также успешности правовых реформ в целом»<sup>4</sup>.

В качестве территории действия Закона об эксперименте выбрана Сахалинская область. Ожидалось, что территория эксперимента будет расширяться. Однако по состоянию на февраль 2024 г. территория эксперимента так и не была увеличена. В соответствии с публично доступной информацией на текущем этапе принято решение не распространять эксперимент на другие регионы, чтобы не создавать дополнительную нагрузку на бизнес<sup>5</sup>. Считаем, что для ускорения перехода к низкоуглеродной экономике необходимо расширить территорию действия эксперимента.

Закон об эксперименте не содержит отдельных требований к климатическим проектам, а углеродные единицы, полученные по результатам реализации климатических проектов, можно будет зачесть в квоту на выбросы. Такое квотирование — основной смысл эксперимента (ст. 8). Помимо общей обязанности предоставлять отчеты о выбросах, предусмотрена обязанность компаний сокращать выбросы парниковых газов в рамках предоставленных квот (ст. 9 Закона об эксперименте). В случае превышения квот на выбросы парниковых газов компании будут обязаны оплачивать такое превышение, а в случае несвоевременной оплаты предусматриваются пени (ст. 8 Закона об эксперименте).

<sup>1</sup> ПНСТ 646-2022. Предварительный национальный стандарт Российской Федерации. «Зеленые» стандарты. «Зеленая» продукция и «зеленые» технологии. Методика оценки снижения углеродного следа: утв. и введен в действие Приказом Росстандарта от 26.04.2022 № 35-пнт. URL: <https://docs.cntd.ru/document/1200184057> (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>2</sup> ГОСТ Р ИСО 14067-2021. Национальный стандарт Российской Федерации. Газы парниковые. Углеродный след продукции. Требования и руководящие указания по количественному определению: утв. и введен в действие Приказом Росстандарта от 30.09.2021 № 1032-ст. URL: <https://docs.cntd.ru/document/1200181056> (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>3</sup> Об особенностях описания отдельных видов товаров, являющихся объектом закупки для обеспечения государственных и муниципальных нужд, при закупках которых предъявляются экологические требования: пост. Правительства РФ от 08.07.2022 № 1224. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202207140176> (дата обращения: 01.12.2023).

<sup>4</sup> Новикова Е. В. О практике эколого-правовых экспериментов // Экологическое право. 2021. № 5. С. 34–40. DOI: 10.18572/1812-3775-2021-5-34-40. EDN: VSCQUN

<sup>5</sup> Углеродный рынок в России полноценно заработает к концу 2024 года [Электронный ресурс]. ФИНАМ. URL: <https://www.finam.ru/publications/item/uglerodnyiy-rynok-v-rossii-polnocenno-zarabotaet-k-koncu-2024-goda-20220906-111520/> (дата обращения: 06.09.2022).

Сегодня ставка платы за превышение квоты выбросов парниковых газов нормативно установлена в размере 1 тыс. рублей в эквиваленте на 1 тонну диоксида углерода<sup>1</sup>. Предполагается, что для стимулирования биржевой торговли углеродными единицами плата за углеродные единицы должна быть выше, чем средневзвешенная цена продажи углеродных единиц на торгах. В связи с этим считаем необходимым внести изменения в постановление Правительства РФ от 18.08.2022 № 1441, увеличить размер платы. В противном случае у хозяйствующих субъектов будут отсутствовать стимулы приобретать углеродные единицы через биржу, в то время как за аналогичную цену можно внести плату за превышение.

Закон об эксперименте предусматривает особые меры поддержки: региональные налоговые льготы и субсидии. Однако на практике каких-либо специальных актов по состоянию на май 2023 г. так и не было принято.

Например, опубликованная Климатическая программа Сахалинской области на период до 2025 г., разработанная Правительством Сахалинской области<sup>2</sup>, включает в раздел «Меры поддержки и стимулирования низкоуглеродного развития. “Зеленое” финансирование» отсылки к тем мерам поддержки, которые и ранее действовали на территории Сахалинской области (различные региональные налоговые льготы, субсидии и компенсации в области развития чистой энергетики, газификации жилищного хозяйства и транспорта, а также внедрения электротранспорта), а также отсылки к «зеленому» финансированию, что не является ни специальной мерой поддержки для Сахалинской области, ни специальной мерой для исполнителей климатических проектов. В свою очередь, по результатам совещания, проведенного членом Комитета Совета Федерации по аграрно-продовольственной политике и природопользованию Г. И. Орденовым в марте 2023 г. по вопросам развития Сахалинского эксперимента и создания планов для субъектов РФ по адаптации к изменению климата<sup>3</sup>, Правительству РФ рекомендовано «разработать меры стимулирования для реализации проектов поглощения парниковых газов и обеспечить спрос на поглощенные углеродные единицы от реализации климатических проектов».

Подведем итог: несмотря на текущую геополитическую ситуацию, развитие климатического регулирования не теряет своей актуальности. Санкционное давление и сложившаяся экономическая ситуация создают ряд рисков для реализации климатической повестки, но вынужденная ускоренная трансформация экономики при этом открывает для России возможности в части развития низкоуглеродной экономики<sup>4</sup>. В целом можно выделить ряд проблем для становления климатического регулирования в России: глобальный финансовый кризис и рецессия мировой экономики<sup>5</sup>, сокращение финансирования, сокращение доходов бюджета и коррелирующее сокращение расходов бюджета на мероприятия по достижению целей низкоуглеродного развития, уход иностранных инвесторов с российского рынка, смягчение требований в области экологии. Комплекс этих и иных факторов негативно влияет на темпы трансформации экономики и права в части принятия мер по борьбе с климатическими изменениями, однако складывающаяся ситуация представляет и ряд возможностей: развитие новых секторов экономики, внедрение ESG-практик как нового формата регулирования и управления деятельностью компаний<sup>6</sup>, переход к созданию экологически чистых продуктов и материалов, содействие повышению

<sup>1</sup> О ставке платы за превышение квоты выбросов парниковых газов в рамках проведения эксперимента по ограничению выбросов парниковых газов на территории Сахалинской области: пост. Правительства РФ от 18.08.2022 № 1441. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202208190038> (дата обращения: 06.09.2022).

<sup>2</sup> Климатическая программа Сахалинской области на период до 2025 года // Правительство Сахалинской области. [Электронный ресурс]. URL: [https://ecology.sakhalin.gov.ru/fileadmin/user\\_upload/klimaticheskaja\\_programma\\_A4\\_final\\_4\\_\\_5\\_.pdf](https://ecology.sakhalin.gov.ru/fileadmin/user_upload/klimaticheskaja_programma_A4_final_4__5_.pdf) (дата обращения: 01.09.2022).

<sup>3</sup> Сахалинский эксперимент стимулирует внедрение технологий сокращения выбросов парниковых газов // Совет Федерации Федерального Собрания Российской Федерации. [Электронный ресурс]. URL: <http://council.gov.ru/events/news/143110/> (дата обращения: 01.05.2023).

<sup>4</sup> Грушевенко Е., Капитонов С., Мельников Ю. [и др.] Декарбонизация в нефтегазовой отрасли: международный опыт и приоритеты России // Центр энергетики Московской школы управления СКОЛКОВО. Март 2021 г. 158 с.

<sup>5</sup> Оценка макроэкономических последствий изменений климата на территории Российской Федерации на период до 2030 г. и дальнейшую перспективу / В. М. Катцов, Н. В. Кобышева, В. П. Мелешко [и др.]; под ред. В. М. Катцова, Б. Н. Порфирьева; Федеральная служба по гидрометеорологии и мониторингу окружающей среды (Росгидромет). М.: Д'АРТ: Главная геофизическая обсерватория, 2011. 250 с.

<sup>6</sup> Мажорина М. В. ESG-принципы в международном бизнесе и «устойчивые контракты» // Актуальные проблемы российского права. 2021. Т. 16, № 12 (133). С. 185–198. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.133.12.185-198. EDN: JQOOVR

энергоэффективности и учет потенциала России в лесном секторе<sup>1</sup>, взаимодействие на уровне государства и на уровне предпринимательского сообщества с «дружественными» странами, которые уже реализуют свои стратегии перехода к углеродной нейтральности.

### Литература

1. Барков А. В. Правовое стимулирование декарбонизации как фактора обеспечения высоких стандартов экологического благополучия / А. В. Барков, М. М. Завьялов // Экологическое право. 2021. № 5. С. 23–26. DOI: 10.18572/1812-3775-2021-5-23-26. EDN: GMYEFH
2. Васильцов В. С. Климатическая политика в инновационной экономике: национальный и международный аспекты / В. С. Васильцов, Н. Н. Яшалова // *Ars Administrandi* (Искусство управления). 2018. Т. 10, № 1. С. 38–63. DOI: 10.17072/2218-9173-2018-1-38-63. EDN: YSWEGU
3. Грушевенко Е., Капитонов С., Мельников Ю. [и др.] Декарбонизация в нефтегазовой отрасли: международный опыт и приоритеты России // Центр энергетики Московской школы управления СКОЛКОВО. Март 2021 г. 158 с.
4. Жаворонкова Н. Г. Роль национального климатического закона в обеспечении «энергетического перехода» / Н. Г. Жаворонкова, В. Б. Агафонов // Актуальные проблемы российского права. 2022. Т. 17, № 2 (135). С. 151–162. DOI: 10.17803/1994-1471.2022.135.2.151-162. EDN: JKPWSR
5. Оценка макроэкономических последствий изменений климата на территории Российской Федерации на период до 2030 г. и дальнейшую перспективу / В. М. Катцов, Н. В. Кобышева, В. П. Мелешко [и др.]; под ред. В. М. Катцова, Б. Н. Порфирьева; Федеральная служба по гидрометеорологии и мониторингу окружающей среды (Росгидромет). М.: Д'АПТ: Главная геофизическая обсерватория, 2011. 250 с.
6. Краснова И. О. Современные тенденции развития международного экологического права // Экологическое право. 2018. № 2. С. 20–27. EDN: XPUYBF
7. Мажорина М. В. ESG-принципы в международном бизнесе и «устойчивые контракты» // Актуальные проблемы российского права. 2021. Т. 16, № 12 (133). С. 185–198. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.133.12.185-198. EDN: JQOOVR
8. Никонов Р. В. Развитие правового регулирования в сфере предупреждения изменения климата в России, Германии и Франции: специальность 12.00.06 «Земельное право; природоресурсное право; экологическое право; аграрное право»: дисс. ... канд. юр. наук / Никонов Родион Валентинович, 2021. 207 с. EDN: HXB MNF
9. Новикова Е. В. О практике эколого-правовых экспериментов // Экологическое право. 2021. № 5. С. 34–40. DOI: 10.18572/1812-3775-2021-5-34-40. EDN: VSCQUN
10. Право в условиях глобального изменения климата: монография / колл. авт.; под общ. ред. В. В. Блажеева, М. А. Егоровой. М.: Проспект, 2022. 239 с.
11. Спиридонова Е. В. Предпосылки становления системы правового регулирования лесоклиматических проектов в России // Экологическое право. 2021. № 3. С. 29–34. DOI: 10.18572/1812-3775-2021-3-29-34. EDN: OEECYF

### Об авторе:

**Котова Елизавета Вячеславовна**, младший научный сотрудник Научно-учебной лаборатории экономики изменения климата факультета мировой экономики и мировой политики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация); аспирант департамента публичного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)  
e-mail: ebulavchik@hse.ru

<sup>1</sup> Спиридонова Е. В. Предпосылки становления системы правового регулирования лесоклиматических проектов в России // Экологическое право. 2021. № 3. С. 31. DOI: 10.18572/1812-3775-2021-3-29-34

**References**

1. Barkov, A. V., Zavyalov, M. M. (2021) Legal encouragement of decarbonization as a factor ensuring high ecological well-being standards. *Environmental law*. No. 5, pp. 23–26 (In Russ.) DOI: 10.18572/1812-3775-2021-5-23-26
2. Vasil'tsov, V. S., Yashalova, N. N. (2018) Climate policy in the innovative economy: national and international aspects. *Ars Administrandi (Art of Management)*. Vol. 10, No. 1, pp. 38–63 (In Russ.) DOI: 10.17072/2218-9173-2018-1-38-63
3. Grushevenko, E., Kapitonov, S., Melnikov, Yu. [et al.] (2021) Decarbonization in the oil and gas industry: international experience and priorities of Russia. *Energy Center of the Moscow School of Management SKOLKOVO*. 158 p. (In Russ.)
4. Zhavoronkova, N. G., Agafonov, V. B. (2022) The role of the national climate law in ensuring the “energy transition”. *Actual Problems of Russian Law*. Vol. 17, No. 2 (135), pp. 151–162 (In Russ.) DOI: 10.17803/1994-1471.2022.135.2.151-162
5. Kattsov, V. M., Kobysheva, N. V., Meleshko, V. P. [et al.] (2011) Assessment of the macroeconomical consequences of climate change in the territory of the Russian Federation for the period up to 2030 and beyond. *D'ART*. 250 p. (In Russ.)
6. Krasnova, I. O. (2018) Modern tendencies of development of the international environmental law. *Environmental law*. No. 2, pp. 20–27 (In Russ.)
7. Mazhorina, M. V. (2021) ESG principles in international business and sustainable contracts. *Actual Problems of Russian Law*. No. 12, pp. 185–198 (In Russ.) DOI: 10.17803/1994-1471.2021.133.12.185-198
8. Nikonov, R. V. Development of legal regulation in the field of climate change prevention in Russia, Germany and France: dissertation ... Candidate of Law Sciences: 12.00.06. Moscow, 2021. 207 p. (In Russ.)
9. Novikova, E. V. (2021) On the practice of environmental law experiments. *Environmental law*. No. 5, pp. 34–40 (In Russ.) DOI: 10.18572/1812-3775-2021-5-34-40
10. Blazheev, V. V., Egorova, M. A. (Eds.) (2022) Law in the context of global climate change: monograph. *Prospekt*. 239 p. (In Russ.)
11. Spiridonova, E. V. (2021) Prerequisites for the establishment of a system of the legal regulation of forest and climate projects in Russia. *Environmental law*. No. 3, pp. 29–34 (In Russ.) DOI: 10.18572/1812-3775-2021-3-29-34

**About the author:**

**Elizaveta V. Kotova**, Junior Researcher at the Scientific and Educational Laboratory of Climate Change Economics, Faculty of World Economics and World Politics, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation);

Postgraduate student of the Department of Public Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

e-mail: ebulavchik@hse.ru

**ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ**

2024. № 3 (21)

Директор  
издательско-полиграфического центра

Е. Ю. КНЯЗЕВ

Ответственный редактор

И. Е. ВИЛЬМАН

Корректор

М. П. КУЛИКОВА

Верстка

А. Л. СЕРГЕЕНОК

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

Н. В. Разуваев, доктор юридических наук

УЧРЕДИТЕЛЬ

Российская академия народного хозяйства и государственной службы  
при Президенте Российской Федерации

ИЗДАТЕЛЬ

Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства  
и государственной службы при Президенте Российской Федерации

Свидетельство Роскомнадзора о регистрации СМИ

ЭЛ № ФС 77-77212 от 08.11.2019

Журнал распространяется бесплатно.

Точка зрения редакции может не совпадать с мнением авторов статей.

При перепечатке ссылка на журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция» обязательна.

АДРЕС РЕДАКЦИИ:

199004, Санкт-Петербург, В. О., 8-я линия, д. 61.

E-mail: ph-sziu@ranepa.ru, vilman-ie@ranepa.ru

Тел.: (812) 335-94-72, (812) 335-42-10

Выход в свет 30.09.2024.

Сайт журнала: <https://www.taljournal.ru>.

16+

Макет подготовлен издательско-полиграфическим центром Северо-Западного института управления Российской академии  
народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

199004, Санкт-Петербург, 8-я линия В. О., д. 61.

Тел. (812) 335-94-97.