
Балансирование ценностей и ценность балансирования (часть первая)

© 2021 г. Г.А. Гаджиев^{1*}, Е.А. Войниканис^{2**}

¹ *Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Санкт-Петербург, 190121, ул. Союза Печатников, д. 16.*

² *Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, 109028, Покровский бульвар, д. 11.*

* E-mail: ggadzhiev@hse.ru

** E-mail: evoinikanis@hse.ru

Поступила 10.03.2021

В статье обсуждается проблема балансирования как способа существования ценностей, или, применительно к деонтологическим ценностям – их оптимизация. На примерах таких ценностей, как принципы права и права человека, анализируются правила балансирования, которые согласно классификации Г. Харта представляют собой вторичные нормы. Ключевыми вопросами для юридической процедуры балансирования становятся вопросы о соотношении правовой реальности и ценностей как таковых: являются ли конституционно-правовые ценности заданными Основным законом (Конституцией) или же они объективно существуют в обществе в качестве общего (доконституционного) порядка ценностей? Должен ли Основной закон замыкаться на собственном тексте и оставаться в этом смысле ценностно-нейтральным? Являются ли ценности, релевантные для права, сугубо деонтологическими или же они могут соотноситься с утилитарными целями и интересами? Также в статье исследуется ценность балансирования как одного из методов разрешения самых сложных юридических коллизий. Известный спор между Ю. Хабермасом и Р. Алекси о допустимости балансирования прав человека, демонстрирует, насколько сложной и философски насыщенной является правовая процедура балансирования. Опираясь на концепцию Н. Лумана о когнитивной открытости права, в завершении статьи авторы обосновывают собственную позицию о роли ценностей в современном правосудии.

Ключевые слова: ценности, балансирование, правовой позитивизм, правовой реализм, правовые нормы, правовые принципы.

DOI: 10.21146/0042-8744-2021-9-13-24

Цитирование: *Гаджиев Г.А., Войниканис Е.А.* Балансирование ценностей и ценность балансирования (часть первая) // Вопросы философии. 2021. № 9. С. 13–24.

Balancing of Values and the Value of Balancing (Part One)

© 2021 Gadis A. Gadzhiev^{1*}, Elena A. Voinikanis^{2**}

¹ HSE University, 16, Soyuzna Pechatnikov str., St Petersburg, 190121, Russian Federation.

² HSE University, 11, Pokrovsky blvd., Moscow, 109028, Russian Federation.

* E-mail: ggadzhiev@hse.ru

** E-mail: evoinikanis@hse.ru

Received 10.03.2021

The article discusses the specific mode of existence of values – balancing or optimization when it comes to deontological values. The authors using examples of values such as the principles of law and human rights, the rules of balancing are analyzed, which, according to G. Hart's classification, are secondary norms. The critical issue for the legal balancing procedure is the relationship between legal reality and values as such. Are the constitutional and legal values set by the Basic Law (Constitution), or do they objectively exist in society as a general (pre-constitutional) order of values? Should the Basic Law be confined to its own text and remain value-neutral in this sense? Are legal values purely deontological, or can they be related to utilitarian goals and interests? The second part of the article explores the value of balancing as one of the methods for resolving the most complex legal conflicts. The well-known dispute between J. Habermas and R. Alexy about the admissibility of balancing of human rights demonstrates how complex and philosophically rich the legal balancing procedure is. Based on Luhmann's concept of the cognitive openness of law, at the end of the article, the authors substantiate their own position on the role of values in modern justice.

Keywords: values, balancing, legal positivism, legal realism, legal norms, legal principles.

DOI: 10.21146/0042-8744-2021-9-13-24

Citation: Gadzhiev, Gadis A., Voinikanis, Elena A. (2021) "Balancing of Values and the Value of Balancing (Part One)", *Voprosy filosofii*, Vol. 9 (2021), pp. 13–24.

Осмысление общих правил балансирования

Проблема балансирования юридических ценностей относится к той части философии права, которая занимается аксиологией. Когда в преамбуле Конституции Российской Федерации мы обнаруживаем, что народ принимает ее исходя из веры в добро и справедливость, мы понимаем, что это высшие ценности, как и человек, его права и свободы. Но «...являются ли ценности, лежащие в основе права, государства и изучающих их наук сугубо юридическими (правовыми) или моральными и тем самым универсальными, поскольку мораль распространяется не только на юридические отношения, но и на все другие сферы общественной жизни» [Мартышин 2004, 5]?

Федеральный Конституционный суд Германии, например, исходит из доктрины «объективного порядка ценностей», в соответствии с которой Основной закон, во-первых, не является ценностно-нейтральным и, во-вторых, не создает систему собственно правовых ценностей, а лишь воплощает в себе уже исторически сложившиеся, заданные ценности ((BVerfGE 7, 198 ff.) см. подробнее: [Соболева 2002, 158]). Г. Харт,

с другой стороны, не считает ценность справедливости относящейся исключительно к области права. Особенность справедливости заключается в том, что она представляет собой тот сегмент нравственности, который связан не с индивидуальным, а с групповым поведением. Именно это делает справедливость «наиболее публичной и наиболее правовой из добродетелей» [Харт 2007, 170–171].

Но будучи столь влиятельными для права, являются ли моральные нормы неизменными, абсолютными принципами, или же они являются плодом изменчивого человеческого опыта? Философия морали дает разные ответы на вопрос об абсолютности ценностей, поскольку существуют различные направления в этике, такие как деонтологическая и утилитаристская (консеквенциалистская) этика. Следовательно, и влияние моральной нормативности на юридическую также можно оценивать по-разному. К рассмотрению данного вопроса мы вернемся во второй части настоящей статьи, которая будет опубликована в следующем номере журнала. В первой части мы считаем более важным высказать несколько важных замечаний о собственно правовых условиях применения балансирования.

Разработанные в юриспруденции техники балансирования, то есть правила юридической оптимизации, основываются как минимум на двух концепциях. Первая из них – это различие конкретных юридических норм и норм-принципов. Нормы-принципы, такие, например, как «свобода слова гарантируется» или «Россия – светское государство», – это не просто укороченное, неполное описание содержания юридического правила, скорее, исходя из их функционала, это своеобразные стенографические знаки, используемые в целях навигации в огромном массиве юридических источников, своего рода нормы-отсылки. Разница между конкретными нормами, с помощью которых разрешаются конкретные споры, и нормами-принципами проявляется не только в форме изложения правила (его законодательной формулировки), но и при их применении судами в ситуации коллизии.

Вторая концепция – это концепция пробела в законе, то есть отсутствие правила для руководства при правоприменении. В юриспруденции имеется два диаметрально противоположных подхода к тому, существуют ли в правовой системе пробелы. Ответ на вопрос о пробелах получается разным в зависимости от того, какого правопонимания, типа юридического мировоззрения придерживается ученый.

Ганс Кельзен, последовательный позитивист, учитывая системность, иерархичность правовой системы, во главе которой находятся принципы и основная норма, доказывал, что пробелов в праве быть не может. Те же ученые, которые придерживаются иной традиции правопонимания – правового реализма или «мягкого» позитивизма, – напротив, считают, что позитивное законодательство является пробельным. Г. Харт даже утверждал, что «все права имеют оттенок неопределенности, когда судья должен выбирать между альтернативами» [там же, 20]. В подавляющем большинстве конфликтов, которые разрешаются судьями, ни законы, ни прецеденты, содержащие правила толкования, не позволяют достичь одного определенного результата, который можно считать безусловно правильным. Почти всегда присутствует выбор между альтернативными значениями, которые можно придать терминам, понятиям закона или между конкурирующими интерпретациями того, что является *ratio scripta* применительно к обстоятельствам конкретного дела.

В классическом концепте права считается, что в результате интерпретации судьи «находят» в тексте нормы тот смысл, которую заранее уже имел в виду законодатель. Однако такой подход является обычной фикцией, еще раз подчеркивающей, что классическое правопонимание – это прежде всего правопонимание, основанное на чрезмерном задействовании юридических фикций. В правовом реализме, в экономическом анализе права и, особенно, в постклассическом правопонимании, считается, что фикция пассивного и формализованного судопроизводства должна быть отброшена – судья не «находит», а «производит» право. В описанном контексте «становится более понятным предназначение конституционных принципов в правовом концептуальном пространстве. Они нужны для выработки базовых консенсусов в обществе, в котором

всегда существуют противоречивые социальные интересы. <...> Поиск баланса между равноценными, но вместе с тем антиномичными конституционными принципами – это прием, служащий целям гармонизации общественной жизни, своего рода подведение черты под противоположными точками зрения. При этом важно обратить внимание на такую онтологическую закономерность, как бинарность конституционных принципов. Основы конституционного строя гарантируют конституционный принцип экономической свободы, с помощью которого обеспечиваются социальные интересы экономически энергичных членов общества: предпринимателей, работодателей, частных собственников. Другая категория граждан, которая нуждается в социальной помощи государства, находится “под зонтиком” конституционного принципа социального государства. Юридический принцип экономической свободы находится в системной взаимосвязи с экономическими принципами эффективности и максимизации прибыли, а принцип социального государства – с экономическими процессами перераспределения прибыли. Получается взаимосвязанная (в силу разнополности интересов) пара конституционных принципов» [Гаджиев 2012, 18–19]. Но каким образом может участвовать в юридической оптимизации такая ценность, как принцип справедливости? Мы не можем полностью исключить принцип справедливости из балансирования, но мы также не можем рассматривать данный принцип как равный любому другому и, следовательно, допускающий ограничение со стороны любого иного принципа или ценности.

Чтобы показать сложность приведенной дилеммы, приведем в пример практику применения норм о так называемой «строгой ответственности» (strict liability). Речь идет о законодательно установленных случаях, когда допускается взимание карательных убытков (во имя общего блага или признаваемых обществом интересов отдельной группы лиц), несмотря на то, что с моральной точки зрения, с учетом принципа справедливости взыскание убытков с нарушителя в размере, существенно превышающем реально понесенные правообладателем потери, выглядит предвзято. «В целом, отвергая карательные убытки в деликтном праве, специалисты по гражданскому праву допускают их применение при посягательствах на исключительные права авторов (например, взыскание с нарушителя двойной стоимости платы по лицензии за право использования авторского права). Считается, что сфера интеллектуальной собственности – это исключение из правила, поскольку объекты этих прав не являются телесными. Поэтому многие лица могут получать выгоду от использования исключительных прав при небольших рисках быть привлеченными к ответственности. Особая уязвимость интеллектуальной собственности объясняет, почему обычных норм деликтного права и норм об обязательствах из неосновательного обогащения оказывается недостаточно для эффективной профилактики правонарушений. Выгода от совершенного нарушения исключительных прав оказывается выше предвидимой суммы подлежащих взысканию с нарушителя сумм. <...> Необходимо напомнить, что целью введения института штрафных (карательных) убытков было повышение эффективности правовых средств, устрашение реальных нарушителей, производителей контрафактной продукции» [Гаджиев 2017, 21–22].

Конституционный Суд Российской Федерации в своих решениях по делам, связанным с компенсацией за нарушение исключительных прав на товарный знак (Конституционный Суд Российской Федерации, Постановление от 13.12.2016 № 28-П; Конституционный Суд Российской Федерации, Постановление от 24.07.2020 № 40-П), дал правовую оценку норме о взыскании штрафных убытков и впервые разрешил коллизию между экономической (или «рациональной», если использовать терминологию права и экономики) эффективностью и юридической справедливостью. «Суть правовой позиции КС РФ состоит в том, что, безусловно, нормы гражданского права в процессе воздействия на имущественные и личные неимущественные отношения должны обеспечивать охрану публичных интересов (в частности, таким способом, как охрана интеллектуальной собственности – ч. 1 ст. 44 Конституции РФ), но только в той мере, в какой они не вступают в противоречие с конституционно значимыми

фундаментальными принципами частного права. Защита этих принципов неразрывно связана с конституционным принципом доверия к суду: неслучайно и в ст. 333, и в ст. 308.3 ГК РФ суду предоставляется возможность определить размер денежной суммы, присуждаемой кредитору, на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ)» [Гаджиев 2017, 22].

Итак, разрешая коллизию между принципом справедливости и принципом экономической эффективности, то есть между деонтологической и утилитарной ценностью, трудно обойтись без признания приоритета ценности правовой справедливости. Неслучайно О.В. Мартышин полагает, что лишь всеобъемлющий принцип справедливости может претендовать на высшую ступень в иерархии ценностей [Мартышин 2004, 9]. Более того, Р. Пошер придерживается жесткой позиции, полагая, что ряд основополагающих принципов, включая принцип добросовестности, равенства и релятивизации, не подчиняется оптимизации [Пошер 2015, 156]. С нашей точки зрения, оба ученых в определенном смысле правы. Указанные Пошером принципы, так же как и принцип справедливости, играют роль своего рода «вторичных правил» (в терминологии Г. Харта) – они участвуют в балансировании как общая мера оценки, а не как взвешиваемая ценность или конкурирующий интерес.

Практика балансирования на примере сферы биотехнологий

Первое дело, о котором пойдет речь, касается непростой правовой проблемы в сфере биотехнологий, а именно патентования человеческих генов. Патентные ведомства во всем мире выдают сегодня патенты на ДНК, микроорганизмы и другие изобретения в области и биотехнологии. Продукты природы традиционно не получали патентную защиту и раньше с правовой точки зрения рассматривались как открытия, однако уже в 90-е гг. сформировалась и получила признание доктрина изоляции, в соответствии с которой очищенная и изолированная природная субстанция, включая ДНК, является патентоспособной. Суть такого подхода хорошо иллюстрирует совместное заявление патентных ведомств США, Европы и Японии: «Очищенные природные продукты не рассматриваются ни в одном из трех законов как продукты природы или открытия, поскольку они фактически не существуют в природе в изолированной форме. Для целей патентования они рассматриваются, скорее, как биологически активные вещества или химические соединения и могут быть запатентованы на тех же основаниях, что и другие химические соединения» [Trilateral Co-operation... 1988, 163]. В итоге к 2005 г. только в США были поданы патентные заявки на 20% известных науке генов человека, а к 2013 г. патентные заявки охватывали уже 41% генов [Jensen, Murray 2005, 239–240]. Однако вопрос о том, могут ли продукты природного происхождения, такие как ДНК и белок, рассматриваться как изобретение, остается спорным.

В деле *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics* Верховный Суд рассмотрел вопрос о патентоспособности человеческих генов в соответствии с Законом о патентах 1952 г. Компания Myriad Genetics в середине 90-х гг. впервые секретировала и затем запатентовала гены BRCA1 и BRCA2, напрямую связанные с предрасположенностью к раку молочной железы. Присвоенные генам название BRCA являются акронимом от «breast cancer» (рак груди). Компания разработала специальный тест, позволяющий обнаруживать мутации в генах BRCA1 и BRCA2, которые подвергают женщин высокому риску ракового заболевания, и благодаря патентам получила монопольное право на предоставление услуг по диагностическому тестированию. Истцы заявляли, что патенты на гены, а также на технологии, связанные с тестированием этих генов, ограничивали доступ к информации и диагностике рака. Многие женщины не могли получить информации о рисках для своего здоровья от кого-либо еще, кроме патентообладателя, а возможности ученых осуществлять исследования запатентованных генов и разрабатывать новые тесты были существенно ограничены. Верховный суд США принял единогласно решение, согласно

которому фрагмент ДНК не может считаться патентоспособным только потому, что он был искусственно изолирован. Своим решением суд не только признал не соответствующей закону позицию Апелляционного суда США по федеральному округу, но также изменил стандарт патентоспособности и фактически перечеркнул двадцатилетнюю практику патентного ведомства.

Для оценки патентоспособности генов суд применил балансирующий подход. Закон о патентах разрешает патентование любого нового и полезного процесса, технического устройства или вещества (§ 101 Title 35 U.S.C.), но в соответствии со сложившейся в США судебной практикой из патентной защиты исключены абстрактные идеи, законы природы и природные феномены. Следуя логике своих прошлых решений (US Supreme Court 566, U.S. 66, 132 S. Ct. 1289), суд определил, что стандартом для оценки того, являются ли запатентованные компанией Myriad объекты новым и полезным веществом или природным феноменом, должен служить «сложный баланс» (delicate balance) между созданием стимулов для творчества, изобретений и открытий и созданием препятствий для обмена информацией, которая могла бы стать основой или даже стимулом для новых изобретений. Абстрактные идеи, законы природы и природные феномены представляют собой «базовые инструменты для научной и технической деятельности», которые исключены из патентной защиты, так как ограничение доступа к таким инструментам тормозит развитие инноваций: «Как уже объяснял Суд, без этого исключения существует значительная опасность того, что выдача патентов “ограничит” использование таких инструментов и тем самым “воспрепятствует основанному на них будущим инновациям”. Это противоречило бы самой сути патентов, которые существуют для содействия творчеству» (US Supreme Court, 569 U.S. 576 (2013)). Согласно выводам Верховного суда, формула запатентованного изобретения компанией Myriad касается в первую очередь информации, содержащейся в генетической последовательности, а не конкретного химического состава молекулы. Правопритязания Myriad не относятся к химическому составу или химическим изменениям, возникающим в результате выделения определенного участка ДНК, а фокусируются на генетической информации, закодированной в генах BRCA1 и BRCA2. Таким образом, в отличие от дела Чакрабати, в котором речь шла о созданной учеными бактерии, компания Myriad ничего не создала, она лишь обнаружила важный и полезный ген, но отделение данного гена от окружающего его генетического материала не может считаться изобретением.

Всего через несколько часов после объявления решения Верховного суда компании начали предлагать конкурирующие услуги по тестированию генов BRCA1 и BRCA2, стоимость которых была существенно ниже по сравнению ценами Myriad. Доступная цена позволила большому количеству пациентов пройти тестирование, которые ранее они не могли себе позволить, другие пациенты получили возможность повторного тестирования у других специалистов для получения «второго мнения», особенно важно, когда речь идет о раковых заболеваниях. Для науки решение также имело большое значение. Так, президент Американской медицинской ассоциации отметил: «Отмена патентов на строительные блоки жизни гарантирует, что научные открытия и медицинская помощь, основанные на понимании человеческой ДНК, останутся в свободном доступе и получат широкое распространение, а не будут скрыты за огромной частью исключительных прав» [Lazarus 2013 web].

Сходное решение, которое принял по делу Myriad Верховный суд Австралии в 2015 г., представляет интерес с точки зрения более подробного раскрытия сути различных подходов к интерпретации законодательства. Федеральный суд Австралии, так же как и Апелляционный суд США по федеральному округу, признал изолированные гены BRCA1 и BRCA2 патентоспособными. Верховный суд Австралии охарактеризовал такое решение как формальное. В обычных делах, касающихся изобретений, достаточно установить, является ли изобретение результатом деятельности человека и приносит ли оно экономическую пользу. Когда же речь идет о «новом способе производства», необходимо учитывать дополнительные факторы, которые напрямую или косвенно связаны с целями закона о патентах. Цель австралийского патентного

законодательства может быть определена узко как предоставление патентообладателю в обмен за раскрытие изобретения ограниченной монополии, по истечении которой изобретение становится доступным для широкой публики. Эта функция может рассматриваться как цель, но она служит более масштабной цели, которая заключается в поощрении инновационной деятельности такими средствами, которые не приводят к ее сдерживанию. Таким образом, цель заключается в обеспечении в патентном праве баланса между поощрением изобретателей и обеспечением условий для развития и усовершенствования технологий другими лицами, которые не являются изобретателями. «Из этого следует, что цель Закона не будет достигнута путем признания патентоспособности в отношении пунктов формулы изобретения, которые по самой своей природе не имеют четко определенных границ или имеют негативное или сдерживающее воздействие на инновации» (High Court of Australia, 35. 7 Oct 2015. Case Number: S28/2015).

Ориентируясь на такое телеологическое толкование, в рассматриваемом деле суд пришел к выводу, что в решении апелляционной инстанции Федерального суда учитывались только формальные условия патентоспособности патента, а именно изолированные нуклеиновые кислоты как продукты, которые, несмотря на их природное происхождение, были выделены и в этом смысле «сделаны» человеком. Так охарактеризованные и без дальнейшего исследования широты формулы изобретения или их сущности, фрагменты ДНК подпадают под легальное определение способа производства. Но центральным элементом изобретения в конечном итоге является генетическая информация. Продукт, заявленный в спорном патенте, – это носитель, на котором находится эта информация. Когда должно внимание уделяется генетической информации, становится понятным, что предмет изобретения не полностью укладывается в понятие «способ производства». Патент охватывает очень большой объем изолированных нуклеиновых кислот, каждая из которых несет соответствующую информацию, что повышает риск отрицательного воздействия на законную инновационную деятельность за пределами формальных границ патентной монополии и может привести к созданию «полутеневой фактической монополии», которая будет препятствовать деятельности инноваторов и изобретателей (High Court of Australia, 35. 7 Oct 2015. Case Number: S28/2015).

Насколько сложной и одновременно важной является процедура взвешивания, можно проиллюстрировать не только на примере решений конституционных судов, но и на примере решений специализированных судов. В этой связи мы предлагаем рассмотреть известное дело об «онкомыши».

Как показывает практика, при рассмотрении дел, в которых ключевую роль играют новые технологии, такие как изобретения в области биотехнологий, оценка формального соответствия букве закона оказывается недостаточной. Более того, при соотнесении различных прав суду приходится учитывать также и внеправовой контекст – этические ценности, экономику и интересы общества как такового. Начнем с того, что вместе с развитием науки и технологий появляются новые категории объектов, еще не охваченных патентным правом, но обладающих значительной коммерческой ценностью. Учитывая роль интеллектуальной собственности в современной экономической системе, неудивительно, что в целом, как на международном, так и национальном уровне, закрепился расширительный подход к определению сферы патентоспособных объектов. Так, известное решение Верховного суда США по делу *Diamond v Chakrabarty* 1980 г. не только положило начало патентованию живых организмов, но также вошло в историю крылатым выражением «Все, что существует под солнцем и создано человеком, может быть запатентовано» (US Supreme Court, Decision in *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980)). Ключевым критерием для оценки патентоспособности, таким образом, является роль человека – неважно, идет ли речь о неодушевленном или живом объекте, если такой объект был произведен человеком, на него распространяется действие патентного права. Несмотря на кажущуюся простоту, применение данного критерия на практике нередко оказывается проблематичным.

В 1990 г. Апелляционная палата Европейского патентного ведомства (ЕПВ) рассматривала дело о так называемой «онкомыши» (oncomouse) (European Patent Office, the Board of Appeal decision. T 0019/90 (Onco-Mouse) of 3.10.1990). Речь шла об изобретении ученых Гарварда – генетически модифицированной мыши, в эмбрион которой были введены онкогены, стимулирующие образование злокачественных опухолей. Высокая предрасположенность к раку делала полученных таким образом мышей крайне полезным материалом для медицинских экспериментов. Авторы подали патентную заявку на способ получения трансгенного млекопитающего с онкогеном, а также на само трансгенное животное. Отдел экспертизы патентных заявок ЕПВ отказал в выдаче патента. Основываясь на п. 6 ст. 53 Европейской патентной конвенции (ЕПК), согласно которому не могут быть запатентованы сорта растений и животных, отдел по экспертизе делал вывод, что целью законодателя было исключить патентование не только различных видов животных, но и животных вообще. Апелляционная палата не согласилась с принятым решением и его обоснованием. Помимо замечаний, касающихся некорректного толкования п. 6 ст. 53 ЕПК, палата обратила внимание на важность оценки патентной заявки с точки зрения отсутствия противоречия общественному порядку или морали (п. а ст. 53 ЕПК).

В оспариваемом решении отдел экспертизы утверждал, что «патентное право не является правильным законодательным инструментом для регулирования проблем, возникающих в связи с генетическими манипуляциями с животными». Апелляционная палата, напротив, вполне определенно высказалась о том, что именно при рассмотрении дел такого рода существуют веские причины для анализа патентоспособности в контексте принципов морали и общественного порядка. Генетические манипуляции с животными-млекопитающими вызывают много вопросов, особенно когда вводятся активированные онкогены, чтобы сделать животное аномально чувствительным к канцерогенным веществам и, следовательно, склонным к развитию опухолей, причиняющих страдания. Кроме того, существует опасность того, что генетически модифицированные животные попадут во внешнюю среду, что может привести к непредвиденным и необратимым негативным последствиям. Соответственно, оценка патентоспособности спорного изобретения, по мнению палаты, «будет зависеть во многом от тщательного взвешивания страданий животных и возможных рисков для окружающей среды, с одной стороны, и пользой изобретения для человечества – с другой» (European Patent Office, the Board of Appeal decision. T 0019/90 (Onco-Mouse) 3.10.1990).

Дело об онкомыши было направлено на новое рассмотрение, и в 1992 г. отделом экспертизы было принято положительное решение о выдаче патента. Ввиду чрезвычайного внимания общественности к настоящему делу и важности, которую общество придает вопросу патентования животных, отдел экспертизы посчитал необходимым сделать заявление о своей позиции по данному вопросу [European Patent Office 1992]. Согласно заявлению, процедура взвешивания, которую применил при повторном рассмотрении заявки отдел экспертизы, потребовала оценку следующих трех интересов: основополагающего интереса человечества к излечению широко распространенных и опасных заболеваний; защиты окружающей среды от неконтролируемого распространения нежелательных генов; необходимости избежать жестокого обращения с животными.

Последние два интереса вполне могут служить основанием для того, чтобы признать изобретение противоречащим морали. Следовательно, патентная защита может быть предоставлена только в том случае, если польза для человечества перевешивает негативные последствия ущемления других интересов. Рак – одна из самых частых причин смерти во многих странах мира, а также причиняет тяжелые страдания. Таким образом, любой вклад в разработку новых и улучшенных противораковых препаратов для человека является ценным и представляет собой благо для человечества. При определенных условиях законодательство разрешает проводить эксперименты над животными. При этом по сравнению со стандартными экспериментами при использова-

нии рассматриваемого изобретения для получения сходных результатов требуется меньшее количество животных. Важным является также вопрос о наличии эффективных альтернатив, однако, как показывают современные исследования, в настоящее время для исследования рака невозможно обойтись без экспериментов над животными. Для оценки возможных рисков для окружающей среды необходимо учитывать цель настоящего изобретения и риск, который может быть связан с его практическим применением. Целью изобретения является создание тестовых моделей животных для испытаний, которые должны проводиться квалифицированным персоналом исключительно в лабораторных условиях. Выпуск животных вовне, в окружающую среду не предполагается. Таким образом, «риск неконтролируемого выброса практически ограничен преднамеренным неправильным использованием или явным невежеством со стороны лабораторного персонала, проводящего испытания. Сам факт того, что в результате преднамеренных или непреднамеренных действий животные могут попасть в окружающую среду не может быть основным фактором, определяющим, следует ли выдавать патент или нет» [Derclaye 2009 web]. Существует множество примеров изобретений, патентоспособность которых никогда не ставилась под сомнение, которые нельзя использовать без соблюдения строгих мер безопасности. Кроме того, регулирование обращения с опасными материалами не входит в задачи патентного ведомства и является предметом специального государственного регулирования. Исходя из приведенного анализа, отдел экспертизы пришел к выводу о том, что настоящее изобретение не может считаться аморальным или противоречащим общественному порядку и заслуживает предоставления патента. Создание животных для тестирования в целях исследования рака, которое в конечном итоге ведет к сокращению количества испытаний на животных, в совокупности с низким риском, связанным с ненадлежащим обращением с животными квалифицированного персонала, можно в целом рассматривать как приносящее пользу для человечества.

Помимо комментария к решению, вынесенному по делу «онкомыши», отдел экспертизы ЕПО сформулировал также и общий подход к патентованию изобретений в сфере биотехнологий. Развитие новых технологий сопряжено с новыми рисками, но, как показывает исторический опыт, осознание возможных негативных последствий, как правило, приводит к тщательному взвешиванию рисков, и только на основании проведенной оценки принимается решение о том, следует ли использовать новую технологию. Если новая технология, так или иначе, связана с высшими формами жизни, то необходимо также учитывать возможный вред, который наносится таким формам жизни, то есть исследовать моральные аспекты использования. «Это означает, что в отношении каждого отдельного изобретения должен быть исследован вопрос морали, а возможные вредные последствия и риски должны быть взвешены и сбалансированы с выгодами и преимуществами, которые несет в себе изобретение» [European Patent Office 1992, 591].

Насколько важным является тщательное взвешивание, иллюстрирует продолжение истории. Патент 1992 г. охватывал всех млекопитающих, кроме человека. После принятия решения 1992 г. только за два последующие года было подано семнадцать возражений. В результате ЕПВ своим решением 2001 г. исключило из формулы изобретения млекопитающих (поскольку не все млекопитающие относятся к животным, на которых законодательство европейских стран разрешает проводить испытания) и признало патентоспособным применение изобретения только к грызунам [European Patent Office 2003]. При новом рассмотрении 2004 г. применение изобретения было ограничено конкретным видом грызунов, а именно мышами (European Patent Office, Decision of Technical Board of Appeal 3.3.8 dated 6 July 2004. T 0315/03). ЕПВ рассуждало следующим образом. Поскольку соответствующий пункт формулы изобретения охватывает всех грызунов, то при использовании изобретения страданиям могут подвергаться не только мыши, но белки, бобры, дикобразы и все другие грызуны. Необходимо, следовательно, взвесить, с одной стороны, вероятность получения существенной пользы для лечения человека или животных, и, с другой стороны, достигается ли такая польза

в случае всех животных, которые могут пострадать. Правообладатель не привел доказательств того, что различие между грызунами является значимым и что каждый из них мог бы внести свой вклад в исследования рака, например, быть подходящим в качестве модели для изучения определенного типа рака. На данном основании апелляционная палата сделала вывод о том, что вероятность получения существенной пользы для медицины не перевешивает неизбежные страдания, которые будут испытывать все животные, которые попадают под формулу изобретения. Тест на баланс, таким образом, выполняется только для мышей. Иными словами, баланс между пользой для общества и страданиями животных должен быть максимально конкретным, учитывающим установленные факты и обстоятельства дела, и не может быть автоматически распространен на всех млекопитающих и даже на всех грызунов.

Таким образом, когда речь идет о вопросах морали, Европейское ведомство применяет «тест на баланс» (balancing test). С точки зрения этики как философской дисциплины такой подход является конвенционалистским или утилитарным, так как основан на анализе того, перевешивает ли польза изобретения связанные с этим изобретением риски.

Приведенные примеры балансирования из сферы биотехнологий показывают, как в результате юридической оптимизации происходит своего рода десакрализация так называемых абсолютных прав, таких как право собственности, интеллектуальные права. Они подвергаются оптимизации, и в результате происходит их релятивизация. Поскольку абсолютные права в процессе оптимизации истолковываются в контексте с другими принципами (к примеру, с принципом защиты конкуренции, ценностью инноваций, требованиями морали и др.), появляется ситуационная норма, выражающая содержание логической операции по приданию качества относительности абсолютным правилам. Р. Алекси даже говорит об «основополагающем принципе релятивизации» [Алекси 2010].

Не менее важно, что наши примеры иллюстрируют идею о встроенности юридической нормативности в социальную реальность, охватывающую все сферы культуры. Эту идею афористично выразил Э. Фехнер: «право есть часть порядка части порядка; правопорядок не может противоречить ни неорганическому (так как человек является материальным телом), ни психическому либо духовному слоям бытия» [Фехнер 2010, 555]. Иерархическая модель отношений между различными типами нормативности – юридической, этической, экономической – это лишь один из возможных вариантов их взаимодействия между собой. Взаимодействие различных социальных нормативностей получает отражение в юридическом концепте действительности, составляющей ядро юридической картины мира, описываемой онтологией права [Гаджиев 2013, 278–316]. «Каждой исторической эпохе существования права корреспондирует своя юридическая картина мира, при этом юридический концепт действительности является основной, когнитивной составляющей юридической картины мира» [Веденеев 2018, 54]. Постклассическая эпоха отличается тем, что право обретает большую рациональность и при этом отказывается от элементов фикционности и формализма. Отвечая на вопрос, каковы же основные характеристики постклассического правопонимания или права эпохи постмодерна, И.Л. Честнов указывает, что это «постоянно изменяющееся, человекоцентристское право» [Честнов 2012, 366]. Для понимания современного права еще более важным является отмеченное И.Л. Честновым изменение типа рациональности: «Классическая рациональность права трансформируется в его прагматико-релятивистскую контекстуальную рациональность, то есть ее зависимость от результативности (всегда относительную и сложно просчитываемую, но от этого не перестающую быть важнейшим фактором рациональности) и историко-социокультурного контекста» [там же, 367].

Источники и переводы – Primary Sources and Translations

- European Patent Office (1992) “Decision of the opposition division. Grant of European patent No. 0 169 672 (Onco-mouse/ Harvard)”, *Official Journal EPO*, Vol. 10, pp. 588–593.
- European Patent Office (2003) “Decision of the opposition division dated 7 November 2001”, *Official Journal EPO*, Vol. 10, pp. 473–506.
- Trilateral Co-operation of the U.S., European and Japanese Patent Offices (1988) *Biotechnology Law Review*, Vol. 7, pp. 159–193.

Ссылки – References in Russian

- Алекси 2010 – Алекси Р. Формула веса // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 208–228.
- Веденеев 2018 – Веденеев Ю.А. Грамматика правопорядка. М.: РГ-Пресс, 2018.
- Гаджиев 2012 – Гаджиев Г.А. Экономическая эффективность, правовая этика и доверие к государству // Журнал российского права. № 1 (181). С. 10–21.
- Гаджиев 2013 – Гаджиев Г.А. Онтология права. М.: Норма: Инфра-М, 2013.
- Гаджиев 2017 web – Гаджиев Г.А. Российские исследования в области права и экономики: уточнение юридической картины мира. URL: http://ksrf.ru/ru/News/Documents/report_%D0%93%D0%B0%D0%B4%D0%B6%D0%B8%D0%B5%D0%B2_2017.pdf
- Мартышин 2004 – Мартышин О.В. Проблемы ценностей в теории государства и права // Государство и право. 2004. № 10. С. 5–14.
- Соболева 2002 – Соболева А.К. Топическая юриспруденция. М.: Добросвет, 2002.
- Пошер 2015 – Пошер Р. Теория призрака – безрезультатный поиск теорией принципов своего предмета // Правоведение. 2015. № 5 (322). С. 134–157.
- Фехнер 2010 – Фехнер Э. Философия права // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 539–612.
- Харт 2007 – Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007.
- Честнов 2012 – Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб.: Алет-Пресс, 2012.

References

- Alexy, Robert (2010) “The Weight Formula”, *Rossiiskij Ezhegodnik Teorii Prava*, Vol. 3, pp. 208–228 (in Russian).
- Chestnov, Ilya L. (2012) *Postclassical theory of law*, Alef-Press, Saint Petersburg (in Russian).
- Derclaye, Estelle (2009 web) “Patent law's role in the protection of the environment – re-assessing patent law and its justifications in the 21st century”, URL: <file:///C:/Users/%D0%B8%D1%80%D0%B0/Downloads/derclaye%20iic%202009.pdf>
- Fechner, Erich (2010) “Philosophy of Law”, *Rossiiskij Ezhegodnik Teorii Prava*, Vol. 3, pp. 539–612 (in Russian).
- Gadzhiev, Gadis A. (2012) “Economic efficiency, legal ethics, and state credibility”, *Journal of Russian Law*, Vol. 1 (181), pp. 10–21 (in Russian).
- Gadzhiev, Gadis A. (2013) *Ontology of Law*, Norma, Infra-M, Moscow (in Russian).
- Gadzhiev, Gadis A. (2017 web) “Russian studies in the field of law and economics: clarification of the legal picture of the world”, URL: http://ksrf.ru/ru/News/Documents/report_%D0%93%D0%B0%D0%B4%D0%B6%D0%B8%D0%B5%D0%B2_2017.pdf (in Russian).
- Hart, Herbert L.A. (2007) *The Concept of Law*, Publishing house of St. Petersburg University, Saint Petersburg (in Russian).
- Jensen, Kyle, Murray, Fiona (2005) “Intellectual Property Landscape of the Human Genome”, *Science*, Vol. 310, pp. 239–240.
- Lazarus, Jeremy A. (2013 web) “AMA Welcomes an End to Human Gene Patents”, *American Medical Association*, URL: <https://news.cision.com/american-medical-association/t/ama-welcomes-an-end-to-human-gene-patents,c9428623>.
- Martyshev, Orest V. (2004) “Problems of values in the theory of state and law”, *Gosudarstvo i pravo*, Vol. 10, pp. 5–14 (in Russian).
- Poscher, Ralf (2015) “Theory of a Phantom: The Principles Theory’s Futile Quest for its Object”, *Pravovedenie*, Vol. 5, pp. 134–157 (in Russian).
- Soboleva, Anita K. (2002) *Topical jurisprudence*, Dobrosvet, Moscow (in Russian).
- Vedeneev, Yuriy A. (2018) *The Grammar of the Rule of Law*, RG-Press, Moscow (in Russian).

Сведения об авторах**ГАДЖИЕВ Гадис Абдуллаевич**–

доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права и процесса юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» в Санкт-Петербурге.

ВОЙНИКАНИС Елена Анатольевна –

кандидат философских наук, доктор юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник Международного центра конкурентного права и политики БРИКС Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Author's Information**GADZHIEV Gadis A.** –

DSc in Legal Science, professor at Department of Civil Law and Civil Process of the HSE University School of law in St. Petersburg.

VOINIKANIS Elena A. –

CSc in Philosophy, DSc in Legal Science, Associate Professor, Leading Research Fellow at the International BRICS Competition Law and Policy Centre of the HSE University in Moscow.