

ПРАВОСУДИЕ/ JUSTICE

Том 1, № 2. 2019 Vol. 1, no. 2. 2019

Научно-практический журнал

Scientific and Practical Journal

Учредитель и издатель:

Российский государственный
университет правосудия

Founder and publisher:

Russian State University of Justice

Адрес редакции: 117418, г. Москва,
ул. Новочерёмушкинская, д. 69

Тел.: +7(495) 332-51-49; +7(495) 332-51-19

69 Novocheryomushkinskaya St.,
Moscow 117418

Tel.: +7(495) 332-51-49; +7(495) 332-51-19

Издается с сентября 2019 года
Периодичность издания – 4 раза в год

Published since September 2019
Publication frequency: quarterly

E-mail: vestnik@rsuj.ru
<http://justice.study>

При перепечатке и цитировании ссылка на журнал «Правосудие / Justice» обязательна.
Полное или частичное воспроизведение в СМИ материалов, опубликованных в журнале,
допускается только с разрешения редакции

Научный журнал «Правосудие/Justice» публикует оригинальные, соответствующие установленным требованиям статьи, в которых исследуются наиболее значимые для отечественной и зарубежной юридической науки и философии проблемы, относящиеся к следующим направлениям: право, глобализация и правосудие, современные правопонимание и правовые доктрины, цифровизация и право, судопроизводство, философия, философия права, право и язык.

С целью экспертной оценки каждого поступающего в редакцию материала осуществляется научное рецензирование. Все рецензенты являются признанными специалистами по тематике рецензируемых материалов. Рецензии хранятся в редакции в течение пяти лет. Редакция журнала направляет копии рецензий при поступлении соответствующего запроса в Министерство науки и высшего образования Российской Федерации.

Журнал следует стандартам редакционной этики согласно международной практике редактирования, рецензирования, издательской деятельности и авторства научных публикаций и рекомендациям Комитета по этике научных публикаций.

Наименование и содержание рубрик журнала соответствует отраслям науки и группам специальностей научных работников согласно Номенклатуре специальностей научных работников.

12.00.00 Юридические науки

09.00.00 Философские науки

The scientific journal “Pravosudie/Justice” publishes original, corresponding to advanced requirements, articles that explore the most important issues concerning both domestic and foreign jurisprudence and philosophy, such as rights, globalization and justice, modern legal thinking and legal doctrines, digitalization and law, justice, philosophy, philosophy of law, law and language.

For the purpose of an expert evaluation of each submitted to the editorial board material, a scientific review is carried out. All reviewers are top-ranked experts on the subject of peer-reviewed materials. Reviews are kept in the editorial office for five years. The editorial staff sends copies of reviews when a request from the Ministry of Science and Higher Education of Russian Federation is received.

The journal follows the standards of editorial ethics in accordance with international practice of editing, reviewing, publishing and authoring scientific publications and the recommendations of the Committee on Publication Ethics (COPE).

The name and content of the journal headings correspond to the branches of science and groups of specialties of scientific workers in accordance with the Nomenclature of specialties of scientific workers.

12.00.00 Jurisprudence

09.00.00 Philosophical Sciences

Журнал зарегистрирован
в Федеральной службе
по надзору за соблюдением законодательства
в сфере связи, информационных технологий
и массовых коммуникаций (Роскомнадзором).

Свидетельство о регистрации

ПИ № ФС77-76078 от 24 июня 2019 г.

ГУП МО «Коломенская типография»

Подписано в печать 28.11.2019 г.

Формат 70×100/16

Объем 18,2 усл. печ. л.

Тир. 300

The Journal is registered
in the Federal Service
for Supervision in the Sphere of Communications,
Information Technology and Mass Media
(Roskomnadzor)

Certificate ПИ № ФС77-76078 24.06.2019

Printing House: «Kolomenskaya Tipografiya»

Signed to print 28.11.2019 г.

Sheet size 70×100/16

Conventional printed sheets 18,2

Number of copies 300

Редакционная коллегия

Корнев Виктор Николаевич (г. Москва, Россия), доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного права имени Н.В. Витрука Российского государственного университета правосудия – главный редактор

Архипова Людмила Борисовна (г. Москва, Россия), кандидат юридических наук, главный редактор журнала «Российское правосудие»

Бородинова Татьяна Геннадьевна (г. Краснодар, Россия), доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права Северо-Кавказского филиала Российского государственного университета правосудия

Ершов Валентин Валентинович (г. Москва, Россия), доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик Российской академии естественных наук, ректор Российского государственного университета правосудия

Кнейзик Лиляна (г. Зелёна Гура, Польша), профессор, доктор, руководитель отдела истории философии Института философии Университета города Зелёна Гура

Кеннет Эйнар Химма (г. Вашингтон, США), доктор, Вашингтонский университет

Кехлер Лоренц (г. Бремен, Германия), доктор, профессор, Университет Бремена

Монжаль Пьер-Ив (г. Тур, Франция), доктор публичного права, профессор Университета Франсуа Рабле

Николич Драган К. (г. Ниш, Сербия), доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой историко-юридических наук юридического факультета Государственного университета

Оглезнев Виталий Васильевич (г. Томск, Россия), доктор философских наук, доцент кафедры теории права, государства и судебной власти Западно-Сибирского филиала Российского государственного университета правосудия

Тычинин Сергей Владимирович (г. Белгород, Россия), доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права Белгородского национального исследовательского университета

Фаргиев Ибрагим Аюбович (г. Магас, Россия), доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, Председатель Верховного суда Республики Ингушетия

Editorial board

Viktor N. Kornev (Moscow, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Head of Constitutional Law Department named after N.V. Vitruk of Russian State University of Justice – Editor-in-Chief

Lyudmila B. Arkhipova (Moscow, Russia), Cand. Sci. (Law), Editor-in-Chief of “Rossiyskoye pravosudiye” (“Russian Justice”) journal

Tatiana G. Borodinova (Krasnodar, Russia), Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Head of Criminal Procedural Law Department of North-Caucasian Branch of Russian State University of Justice

Valentin V. Ershov (Moscow, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Honored Worker of Science of the Russian Federation, Academician of Russian Academy of Natural Science, Rector of Russian State University of Justice

Lilianna Kiejzik (Zielona Gora, Poland), Professor dr hab., Prof. zw. UZ Kierownik Zakładu Historii Filozofii Instytutu Filozofii Uniwersytetu Zielonogórskiego

Einar H. Kenneth (Washington, USA), Dr. Sci., University of Washington

Lorenz Kaehler (Bremen, Germany), Dr. Sci., Professor, University of Bremen

Pierre-Yves Monjal (Tours, France), Dr. Sci. (Public Law), Professor of Francois Rabelais University

Dragan K. Nikolić (Nis, Serbia), Dr. Sci. (Law), Professor, Head of History and Law Department of Law Faculty of State University

Vitaly V. Ogleznev (Tomsk, Russia), Dr. Sci. (Law), Assistant Professor of Theory of Law, State and Judicial Power Department of West-Siberian Branch of Russian State University of Justice

Sergey V. Tychinin (Belgorod, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Head of Civil Law Department of Belgorod National Research University

Ibragim A. Fargiyev (Magas, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Chairman of the Supreme Court of the Republic Ingushetia

Содержание



Editorium	7
ПРАВО И ГЛОБАЛИЗАЦИЯ	
<i>Ершов В.В.</i> Право в контексте парадигмы метамодерна	15
ПРАВОСУДИЕ	
<i>Корнев В.Н.</i> Persona Grata: Бернд Рютерс	34
<i>Рютерс Б.</i> Государство судей – миф или реальность?.....	45
<i>Пудовочкин Ю.Е., Бабаев М.М.</i> Верховный Суд Российской Федерации и уголовно-правовое нормотворчество	51
КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО	
<i>Колюшин Е.И.</i> Либеральный и демократический тренды в избирательном праве России.....	73
СОВРЕМЕННОЕ ПРАВООПОНИМАНИЕ	
<i>Желдыбина Т.А.</i> Научная парадигма в теории права	101
<i>Кирпичев А.Е.</i> Методология выявления имплицитных принципов права	118
ЦИФРОВИЗАЦИЯ И ПРАВО	
<i>Чучаев А.И., Грачева Ю.В., Маликов С.В.</i> Цифровизация и ее уголовно-правовые риски.....	133
СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА	
<i>Аверьянова Т.В.</i> Persona Grata: Т.Ф. Моисеева	155
<i>Моисеева Т.Ф.</i> Организационные и методологические аспекты подготовки судебных экспертов	160
ПРАВО И ЯЗЫК	
<i>Ванина Т.О.</i> О классификации преступлений против жизни в российском и англосаксонском праве и употреблении релевантных русскоязычных и англоязычных терминов	169
<i>Голощапов Е.В., Голощапова Т.Г.</i> Криминальная наркотическая субкультура (на примерах наименования лиц, занятых в наркобизнесе)	188
ОТРАСЛИ И ИНСТИТУТЫ ПРАВА	
<i>Николюк В.В.</i> Направление осужденных несовершеннолетних в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа: смена парадигмы законодательной конструкции.....	206

Content



Editorium	7
LAW AND GLOBALISATION	
<i>V.V. Ershov.</i> Law in the Context of the Metamodern Paradigm	15
JUSTICE	
<i>V.N. Kornev.</i> Persona Grata: Bernd Rütters	34
<i>B. Rütters.</i> State Judges: Myth or Reality	45
<i>Yu.E. Pudovochkin, M.M. Babayev.</i> The Supreme Court of the Russian Federation and Criminal Law Rulemaking	51
CONSTITUTION LAW	
<i>E.I. Kolyushin.</i> Liberal and Democratic Trends in Russian Electoral Law	73
MODERN UNDERSTANDING OF LAW	
<i>T.A. Zheldybina.</i> Scientific Paradigm in the Theory of Law	101
<i>A.E. Kirpichev.</i> Methodology for Identifying Implicit Principles of Law	118
DIGITALISATION AND LAW	
<i>A.I. Chuchaev, Yu.V. Gracheva, S.V. Malikov.</i> Digitalisation and its Criminal-Legal Risks	133
FORENSIC EXPERT EXAMINATION	
<i>T.V. Aver'yanova.</i> Persona Grata: T.F. Moiseeva	156
<i>T.F. Moiseeva.</i> Organizational and Methodological Aspects of Training Experts Preparation	160
LAW AND LANGUAGE	
<i>T.O. Vanina.</i> On Classifying Crimes Against Life in Russian and Anglo-Saxon Law and Using Relevant Russian and English Terms	169
<i>E.V. Goloshchapov, T.G. Goloshchapova.</i> Criminal Narcotic Subculture (Using the Example of the Names of Persons Engaged in the Drug Business)	188
BRANCHES AND INSTITUTIONS OF THE LAW	
<i>V.V. Nikolyyuk.</i> Direction of Minor Sentenced to Boarding Schools for Juvenile Delinquents: Changing the Paradigm of the Legislative Structure	206



Без преувеличения можно сказать, что современные теория и философия права представляют собой поле борьбы двух основных направлений в юридической науке: позитивизма и непозитивизма. Вместе с тем полная и точная характеристика этих двух направлений не является легкой задачей по причине по меньшей мере двух обстоятельств. Во-первых, ни одно из этих направлений в юридической науке не является монолитным. Каждое из них содержит в себе множество разнообразных подходов и взглядов. Особенно это касается непозитивистского направления, которое включает в себя как

различные собственно естественно-правовые концепции, так и другие разнообразные (например, дискурсивные, интегративные, феноменологические, герменевтические) теории права, которые с трудом можно квалифицировать как естественно-правовые концепции.

Множество неясностей и непонимания имеет место и применительно к правовому позитивизму. В современной мировой теоретико-правовой литературе правовой позитивизм отвергает необходимую связь между правом и моралью. Подчеркивается, что система права может быть в целом аморальной, но, несмотря на это, действительной и действующей. Ганс Кельзен создал наиболее детально разработанную позитивистскую теорию права, которая представляет собой вершину юридического позитивизма. Известно, что чистота его теории означает ее свободу прежде всего от элементов морали. По этому поводу Ганс Кельзен писал: «... действительность позитивных правовых норм не зависит от их соответствия моральному порядку и... с точки зрения изучения позитивного права правовая норма может считаться действительной, даже если она противоречит моральному порядку» [Кельзен, Г., 2015, с. 91].

Вместе с тем современные философы и теоретики права не сводят право только правовым нормам (правилам). Речь идет о том, что Рональд Дворкин и Роберт Алекси, представляющие непозитивистские концепции права, включают основополагающие моральные принципы в систему права и считают, что они представляют собой как основания для определенных поступков, так и положения, при помощи которых возможно обоснование и оправдание соответствующих поступков. Принципы права выполняют еще одну очень важную функцию: они

обеспечивают такое свойство системы права, как *когерентность*, т. е. ее непротиворечивость и сбалансированность. Сам термин «принцип» имеет несколько значений. В каждом случае мы имеем перед собой различные виды (типы) принципов. Роберт Алекси из всей совокупности принципов обращает внимание только на один их вид: принцип как определенный идеал, как нормативное выражение определенной ценности.

В юридической литературе высказываются аргументы за и против позитивизма. Обратимся к некоторым из них, которые изложены в работе «Непозитивистская концепция права» польского философа и теоретика права Александра Печеника (Alexsandr Peczenik).

Лингвистический аргумент. Позитивисты, что касается в равной степени как юристов, так и неюристов, обычно утверждают, что называют эффективные нормативные системы «действующим правом» даже тогда, когда они являются явно аморальными. Однако следует заметить, что данный позитивистский тезис представляется несколько упрощенным. Термин «действующее право» является довольно многозначным. В зависимости от контекста мы в равной степени можем признать, а можем, наоборот, не признать, что, например, «право» Гитлера или Пол Пота было в то время «действующим правом». Зарубежный журналист, вне сомнения, мог бы утверждать, что в 1943 г. «действующее право» Третьего рейха включало правовые нормы, которые по отношению к евреям носили дискриминационный характер. Внимательный исследователь, напротив, сделал бы вывод о том, что такие правила не являются действующими, не образуют систему «действующего права», поскольку *lex iniustis si ma non est lex* – несправедливый закон не есть право.

Роберт Алекси приходит к примечательному выводу, что лингвистический спор на тему термина «действующее право» ведет в никуда. Кроме того, такое слово, как «должен», которое имеет нормативный характер, употребляется и в праве, и морали. Этот глагол определяет обстоятельства и побудительные мотивы как морального свойства, так и действия, имеющего правовое значение. В этой связи возникает весьма интересное обстоятельство, состоящее в том, что некритичное употребление нормативно окрашенных слов порой приводит к появлению состояния терминологической неопределенности, так как мы не всегда можем точно определиться, в каком смысле следует употреблять слово «должен»: в моральном, юридическом или в обоих смыслах одновременно [MacCormik, N., 1984, p. 161].

Аргумент простоты и точности. Позитивист может утверждать, что его научный язык проще и точнее, чем язык непозитивистских правовых концепций. С этим суждением можно согласиться, так как отчасти приведенные аргументы не являются решающими и окончательными. Более сложный язык, который свойствен правовому позитивизму, может быть лучше и точнее с функциональной и эпистемологической точек зрения.

Аргумент эффективности. Некоторые теоретики права, среди которых Кельзен и Харт, утверждают, что при помощи языка правового позитивизма легко критиковать аморальное право. Только тогда мы можем показать, что право времен национал-социализма в Германии было действующим, но не моральным. По сравнению с языком позитивизма непозитивистский язык исключал бы такую возможность. Однако такое утверждение можно рассматривать как вполне очевидное, намеренное упрощение. С другой стороны, можно с уверенностью утверждать, что крайне несправедливые (аморальные) нормативные системы не являются в целом действующим правом. Некоторые нормативные системы не являются крайне несправедливыми, и они признаются в качестве действующего права, хотя и включают в виде составных частей отдельные несправедливые правовые нормы, которые могут быть подвергнуты моральной оценке и справедливой критике. В связи с этим представляется очевидным тот факт, что неотнесение права национал-социализма и других крайне аморальных нормативных систем к типу действующего права вовсе не исключает критического отношения к тем несправедливым нормам права, которые содержатся в системах права современных демократических государств. Эти нормы являются несправедливыми, но не настолько, чтобы эта несправедливость приняла тотальный характер и распространилась на всю систему права в целом [Alexy, R., 1992, s. 48].

Аргумент релятивизма (относительности). Этот аргумент представляется наиболее значимым. Позитивист может утверждать, что непозитивистский язык – это странный, неточный и неэффективный язык, поскольку действие права он ставит в зависимость от моральной оценки, что решительно не может быть рационально обосновано ни одним способом [Peczenik, A., 2010]. Опровержение последнего аргумента – это отдельная тема научного исследования.

Что же касается правового позитивизма, то *главным его тезисом является обоснование необходимости разграничения права и морали* [Weinreb, L.L., 1978, p. 909]. В конечном счете такой взгляд выражает направленность позитивистских теорий против естественного права, поскольку естественно-правовые концепции выводят нормы права из фактов, имеющих природный характер, а позитивизм выводит нормы права из социально-политических факторов. Современный теоретик и философ права Рэз подчеркивает, что сущностью позитивизма является так называемый тезис *социальности*. О том, что есть право, а что не является таковым, следует судить на основе социальных критериев [Raz, J., 1979, p. 38]. В юридическом позитивизме социальные факты, лежащие в основе отграничения права от других социальных регуляторов, тесно связаны с политической властью. Именно она объективируется посредством внешнего проявления подчинения общества суверенной власти. Социально-политическая система, в конечном счете, является тем реальным фактом, исходя из которого власть придает

определенным социальным нормам характер правовых, которые возможно описать при помощи логических суждений. Трудность, однако, состоит в том, что сама эта система не способна обосновать действие правовых норм, поскольку не позволяет вывести нормы из дескриптивных высказываний, описывающих некоторое фактическое состояние, которым в данном случае является факт осуществления суверенной власти. Здесь следует обратиться к принципу (гильотине) шотландского философа Давида Юма, суть которого состоит в невозможности перехода от суждений со связкой «есть» (описание, дескрипция) к суждениям со связкой «должен» (предписание, прескрипция). Юм писал: «Я заметил, что в каждой этической теории, с которой мне до сих пор приходилось встречаться, автор в течение некоторого времени рассуждает обычным способом, устанавливает существование бога или излагает свои наблюдения относительно дел человеческих; и вдруг я, к своему удивлению, нахожу, что вместо обычной связки, употребляемой в предложениях, а именно есть или не есть, не встречаю ни одного предложения, в котором не было бы в качестве связки должно или не должно. Подмена эта происходит незаметно, но тем не менее она в высшей степени важна. Раз это должно или не должно выражает некоторое новое отношение или утверждение, последнее необходимо следует принять во внимание и объяснить, и в то же время должно быть указано основание того, что кажется совсем непонятным, а именно того, каким образом это новое отношение может быть дедукцией из других, совершенно отличных от него. Но так как авторы обычно не прибегают к такой предосторожности, то я позволяю себе рекомендовать ее читателям и уверен, что этот незначительный акт внимания опроверг бы все обычные этические системы...» [Юм, Д., 1996, с. 510–511]. Оценка – это тот мостик, по которому осуществляется переход от сущего к должному: ценность – оценка – норма. В теории и философии юридического позитивизма эту операцию осуществляет суверенная политическая (государственная) власть, которая придает свойство должного описательным (дескриптивным) суждениям. Так преодолевается своеобразная антитеза между знанием о сущем и моральным (юридическим) императивом, который вообще не является знанием о должном, а представляет собой словесное выражение некоторой нравственной (юридической) позиции относительно явлений, поступков, ценностей. В зарубежных научных юридических кругах эту концепцию позитивизма иногда называют твердым позитивизмом, который характеризуется, прежде всего, убеждением о независимости действия позитивного права от норм морали и что критерий *социальности* лежит в основе отграничения правовых норм от других нормативных систем, действующих в обществе [Sadowski, M.-Z., 2011, s. 150]. В силу этого согласно теории позитивизма, рассуждая о том, что есть закон, следует воздерживаться от оценочных суждений, т. е. не оценивать закон с точки зрения справедливости и несправедливости, хорошего и плохого. Другими словами:

позитивизм имеет целью развивать метод, пригодный для нейтрального описания права, для того, чтобы вырабатывать то, что в континентальной правовой культуре называется «наукой права» [Bobbio, N., 1970, ss. 7–29]. Напротив, согласно юснатурализму описание права с необходимостью требует его оценки в контексте оценочных суждений, имеющих морально-нравственную природу.

Впервые наиболее ярко, выразительно и довольно убедительно сущность позитивистской концепции права обосновал английский ученый Джон Остин (*John Austin*), который был последователем другого выдающегося ученого Иеремии Бентама (*Jeremy Bentham*), заложившего традиции английского аналитического позитивизма, аналитической теории и философии права [McLeod, I., 2012, p. 65]. В опубликованной в 1832 г. работе «*The Province of Jurisprudence Determined*» ее автор сформулировал основополагающие черты концепции, получившей название «командной теории права» (*command theory of law*), которая была признана учеными и практиками не только на его родине, эта правовая доктрина оказывала существенное влияние на развитие правовой мысли и в других странах на протяжении XIX и XX столетий и не потеряла своего значения до настоящего времени. Свои размышления Джон Остин начинает с суждения, которое наилучшим образом характеризует подход к пониманию права, свойственный юридическому позитивизму: «Предметом юриспруденции является позитивное право: право, просто и точно так называемое, или право, установленное политически высшими для политически низших» [Austin, J., 1954, p. 11]. Давая такое определение права, Джон Остин имел целью отграничение позитивного права от божественного права и морали в широком смысле этого слова. В дальнейшем он разъяснял, что под политически высшим он понимает *суверена*. Джон Остин наделял позитивное право следующими признаками: а) позитивное право – это разновидность команд суверена (*a species of commands*); при этом существует большое количество разнообразных типов команд суверена, различающихся по их источникам и степени общности; б) позитивное право – это приказ, исходящий от суверена, но имеющий общий характер, который «предписывает совершать или воздержаться от совершения поступков определенного класса»; в) приказ всегда проявляется вовне как требование суверена; коррелятом приказа является обязанность, а санкция – это необходимый элемент всякого права; и т. д. [Austin, J., 1954, p. 16].

В современной юридической науке существуют различные подходы к определению признаков правового позитивизма. Рассмотрим, например, понимание правового позитивизма англо-американским юристом Хартом, который полагал, что ему органически присущи такие черты: 1) право – это человеческие команды; 2) нет никаких необходимых связей между правом и моралью; 3) изучение значения права следует отграничивать от социологии, истории и оценки (определение чего-либо – это своего рода когнитивная оценка. – В.К.); 4) утверждение о том, что

система права – это закрытая система, которая является достаточной для оправдания принимаемых правовых решений; 5) non-cognitivism in ethics (нон-когнитивизм в этике) [Hart, H.L.A., 1983, pp. 18–19]. Нон-когнитивизм означает, что этико-правовые императивы описываются при помощи таких высказываний, которые не дают и не могут дать знания о должном, поскольку должное, выраженное в нормах, не может быть верифицировано с точки зрения «истинного» или «ложного», а обозначают этико-правовую позицию суверена по отношению к определенному виду человеческих поступков и социальных явлений в контексте операторов деонтической логики: разрешено, запрещено.

Перечень признаков правового позитивизма дает итальянский теоретик и философ права Норберто Боббио. Правовой позитивизм Боббио понимает как: 1) нейтральный, научный подход к праву; 2) большое количество теорий, описывающих право как продукт современного государства, заявляя, что право – это множество (совокупность) действующих (позитивных) правил, имеющих человеческое происхождение и, в конечном счете, составляющих множество статутов, собранных в системы права или правопорядки; 3) правовая идеология, которая придает праву ценность как таковую, подразумевая, что ему в силу этого нужно повиноваться [Jori, M., 1992, p. xii].

Таким образом, современные теории права отличаются большим разнообразием, но их можно условно классифицировать на две большие группы: позитивистские и непозитивистские. Наряду с прочими отличительными признаками главная разграничительная линия между ними проходит по характеру отношения к морали. В рамках указанных научных направлений можно выделить отдельные научные школы в теории и философии права. Важно иметь в виду, что современные действующие нормативные системы имеют в своей основе соответствующие правовые доктрины. Настоящей статьей редакция журнала начинает публикацию обзорно-аналитических материалов, посвященных сравнительному анализу правовых доктрин, разрабатываемых в зарубежных странах, на основе которых осуществляются фундаментальные и отраслевые исследования в современной юридической науке.

В.Н. Корнев,
главный редактор журнала «Правосудие/Justice»,
доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой конституционного права
имени Н.В. Витрука, проректор по научной работе
Российского государственного
университета правосудия

Список использованной литературы

- Alexy R. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg ; München, 1992. 215 s.
- Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined*. L., 1954. 245 p.
- Bobbio N. “Sein” und “Sollen” in Legal Science // *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*. 1970 . LVI (6). S. 7–29.
- Кельзен Г. Чистое учение о праве / пер. с нем. М.В. Антонова, В.С. Лезова. 2-е изд. СПб., 2015. 542 с.
- Legal Positivism* / ed. M. Jori. N. Y. : New York University Press, 1992. 481 p.
- Mac Cormick N. *Coherence in Legal Justifacation* // *Theory of Legal Science* / eds. A. Peczenik, L. Lindaht, B.V. Roermund. Dordrecht ; Boston ; Lancaster, 1984, 581 p.
- McLeod I. *Legal Theory: 6th ed.* L., 2012. 242 p.
- Peczenik A. Nieposytywistyczna koncepcja prawa // *Rocznik nauk prawnych*. 2010. T. XX, no. I. S. 7–31.
- Raz J. *The Authority of Law*. Oxford, 1979. 245 p.
- Sadowski M.-Z. *Wprowadzenie do Filozofii Prawa*. Warszawa, 2011. 202 s.
- Weinreb L.L. *Law as Order* // *Harward Law Review*. 1978. Vol. 91, no. 5. P. 909–959.
- Hart H.L.A. *Essay in Jurisprudence and Philosophie*. Oxford : Oxford University Press, 1983. 391 p.
- Юм Д. Трактат о человеческой природе // *Соч. : в 2 т.* Т. 1. М., 1996. С. 53–56.

References

- Alexy, R., 1992. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg, München. (In Germ.)
- Austin, J., 1954. *The Province of Jurisprudence Determined*. London. (In Eng.)
- Bobbio, N., 1970. “Sein” und “Sollen” in Legal Science. *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, LVI(6), ss. 7–29. (In Germ.)
- Hart, H.L.A., 1983. *Essay in Jurisprudence and Philosophie*. Oxford: Oxford University Press. (In Eng.)
- Kelsen, H., 2015. *Chistoe uchenie o prave* = [Pure doctrine of law]. Translated from Germ. M.V. Antonov and V.S. Lezov. 2nd ed. St. Petersburg, 2015. (In Russ.)

- Jori, M., 1992. *Legal Positivism*. New York University Press. Reference Collection. (In Eng.)
- MacCormik, N., 1984. Coherence in Legal Justifacation. In: A. Peczenik, L. Lindaht, B.V. Roermund, eds. *Theory of Legal Science*. Dordrecht, Boston, Lancaster. (In Eng.)
- McLeod, I., 2012. *Legal Theory*. 6th ed. London, 2012. (In Eng.)
- Peczenik, A., 2010. Nieposytywistyczna koncepcja prawa. *Rocznik nauk prawnych*, XX(I), ss. 7–31. (In Pol.)
- Raz, J., 1979. *The Authority of Law*. Oxford. (In Eng.)
- Sadowski, M.-Z., 2011. *Wprowadzenie do Filozofii Prawa*. Warszawa. (In Pol.)
- Weinreb, L.L., 1978. Law as Order. *Harward Law Review*. 91(5), pp. 909–959. (In Eng.)
- Yum, D., 1996. A Treatise on Human Nature. *Sochineniya* = [Collection]. In 2 vols. Volume 1. Moscow. (In Russ.)

Право в контексте парадигмы метамодерна

Ершов В.В.*

* ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия
evv@rsuj.ru

Введение. Западные философы ввели в 2010 г. в научный оборот понятие «метамодерн» с целью подняться над крайностями модернизма и постмодернизма, исследовать социальные явления в единстве их многообразия и синтеза. В статье в контексте парадигмы метамодерна сделана попытка исследования права в единстве многообразия и синтеза различных форм национального и международного права, единой системы однородных элементов, ее составляющих.

Теоретические основы. Методы. Теоретическая основа работы – концепция интегративного правовопонимания, в соответствии с которой в единой системе права синтезируются только однородные элементы права. Методы исследования – системный, исторический, логический, сравнительный и герменевтический.

Результаты исследования. В статье проанализированы спорные, по мнению ее автора, выводы о праве с позиций как юридического позитивизма, так и интеграционного правовопонимания, характеризующегося синтезом разнородных социальных явлений, права и неправа, в том числе сформулированные Г. Хартом и Р. Дворкиным. В работе выявлены контрпродуктивные практические результаты принятия норм права, установленных в соответствии с дискуссионными типами правовопонимания.

Обсуждение и заключение. В результате исследования автор пришел к выводу: право в контексте парадигмы метамодерна с позиции концепции интегративного правовопонимания, синтезирующей лишь однородные социальные элементы, выражается прежде всего в принципах и нормах права, содержащихся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве.

Ключевые слова: право, парадигма, метамодерн, модернизм, постмодернизм, юридический позитивизм, юснатурализм, неправое, принципы права, система права, источники и формы права, пробелы в праве, интегративное правовопонимание

Для цитирования: Ершов В.В. Право в контексте парадигмы метамодерна // Правосудие. 2019. Т. 1, № 2. С. 15–33. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.15-33

Law in the Context of the Metamodern Paradigm

Ershov V.V.*

* *Russian State University of Justice, Moscow, Russia*

For correspondence: evv@rsuj.ru

Introduction. In 2010, West philosophers introduced the concept of “metamodern” into scientific circulation. The essence of this concept is the desire of these philosophers to rise above the extremes of modernism and postmodernism, to explore social phenomena in the unity of their diversity and synthesis. In the article in the context of the metamodern paradigm, an attempt is made to study law in the unity of diversity and the synthesis of various forms of national and international law, a single system of homogeneous elements which make it up.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of the work is the concept of integrative understanding of law, according to which only homogeneous elements of law are synthesized in a single system of law. Systemic, historical, logical, comparative and hermeneutical research methods were used.

Results. The article analyzes the controversial, in the opinion of its author, conclusions about the law from the standpoint of both legal positivism and the integration of law, characterized by the synthesis of diverse social phenomena, right and wrong, including those formulated by G. Hart and R. Dvorkin. The work also reveals counterproductive practical results of the adoption of legal norms established in accordance with the debatable types of understanding of law.

Discussion and Conclusion. As a result of the discussion, the author concludes: law in the context of the metamodern paradigm from the perspective of the concept of integrative understanding of law, which synthesizes only homogeneous social elements, is expressed primarily in the principles and norms of law contained in a single, multi-level and developing system of forms of national and international law, which are implemented in the state.

Keywords: law, paradigm, metamodern, modernism, postmodernism, legal positivism, legal naturalism, wrong, principles of law, legal system, sources and forms of law, gaps in law, integrative understanding of law

For citation: Ershov, V.V., 2019. Law in the context of the metamodern paradigm. *Pravosudie = Justice*, 1(2), p. 15–33. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.15-33

Введение

Председатель Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькин 16 мая 2019 г. выступил на IX Петербургском международном юридическом форуме с лекцией «Право метамодерна: постановка проблемы». В лекции В.Д. Зорькин счел «...целесообразным порассуждать об актуальных правовых проблемах в контексте парадигмы метамодерна, которая, по-видимому, верно уловила какие-то новые тенденции в философском осмыслении социальных явлений»¹ (здесь и далее в цитатах выделено мною. – В.Е.).

Термин ввели голландский философ Робин Ван ден Аккер и норвежский теоретик медиа Тимотеус Вермюлен в своем эссе «Заметки о метамодернизме» (Notes on Metamodernism), которое в 2010 г. было опубликовано.

¹ URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=86>

ликовано в «Journal of Aesthetics & Culture» [Vermeulen, T. and Akker, R. van den, 2010]. «Речь идет пока что не о теории метамодерна, а, скорее, о концепте, то есть об идее, содержащей некий замысел нового взгляда на мир. **Суть этого нового взгляда... в стремлении подняться над крайностями модернизма и постмодернизма и увидеть мир в единстве его многообразия... в метамодернистском подходе привлекает идея синтеза различных типов правопонимания... как особых парадигм мышления**»².

Представляется, что сущность метамодерна состоит в осознанном уходе от упрощенного понимания сложнейших социальных явлений, исследовании их в единстве и многообразии, в единой системе.

При таком философском подходе на современном этапе право в контексте парадигмы метамодерна, на мой взгляд, объективно характеризуется преодолением искусственных крайностей и линейных подходов модернизма и постмодернизма, объективным синтезом различных типов правопонимания, целостной системой национального и международного права в единстве его многообразия. Вместе с тем, как правило, существовавшие ранее и господствующие в настоящее время типы правопонимания прежде всего характеризуются, во-первых, неопределенными представлениями о праве; во-вторых, основанными на теоретически весьма неубедительных взглядах на право; в-третьих, базирующимися на синтезе разнородных социальных явлений, регулируемыми общественные отношения, например, права и морали.

Теоретические основы. Методы

Высказанное во введении предположение можно подтвердить многочисленными выводами известных и активно цитируемых правоведов. Так, римский юрист Публий Ювентий Цельс писал: «Право – это искусство добра и справедливости» (*Jus est ars boni et aequi*)³. Первый титул Дигестов, названный «*De iustitia et iure*» («О правосудии и праве»), содержит цитату из трудов Ульпиана, в которой автор сравнивает юристов с жрецами: мы, говорит он, отправляем правосудие и распространяем знание о добром и справедливом, отделяя правое «от неправого, различая дозволенное от недозволенного, придерживаясь верной философии, а не мнимой»⁴.

По мнению В.Д. Зорькина, «...в течение многих веков в правовой мысли конкурировали два принципиально разных подхода к пониманию права: юридический позитивизм, выводящий нормы морали за рамки права, и юснатурализм (философия естественного права), трактующий право и мораль как существенно единые, взаимодополняе-

² URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=86>

³ Там же.

⁴ Там же.

мые феномены»⁵. Полагаю, юридический позитивизм характеризуется не только «выведением норм морали за рамки права», а юснатурализм (философия естественного права) не ограничивается лишь трактовкой права и морали «как существенно единых, взаимодополняемых феноменов».

Джон Остин, один из первых в XIX в. разработавший в систематическом виде теорию юридического позитивизма, разграничивал право «как оно есть» и право «каким оно должно быть». «Право как оно есть», по мнению Дж. Остина, это позитивное право, установленное человеческими властями (отсюда название – *positum, given its position*). Таким образом, по Дж. Остину, право – это команда суверена. Отсюда теорию права Дж. Остина называют «командной». Следовательно, Дж. Остин искал ключ к пониманию права в простой идее приказа суверена, подкрепленной угрозами [Hart, H.L.A., 1961; Харт, Г.А., 2007, с. 213]. Конкретизируя этот подход, Г. Кельзен писал: «Правовые нормы могут иметь любое содержание» [Kelsen, H., 2007, p. 113].

В этой связи юридический позитивизм оставляет открытым целый ряд вопросов. Например, могут ли быть источниками права не только «человеческие власти»? Если да, то какие субъекты и в какой форме такое право вырабатывают? На мой взгляд, ответ на этот вопрос может быть только положительным: да, право может вырабатываться не только одним субъектом правотворчества, причем и в различных его формах. Во-первых, право как регулятор общественных отношений очевидно существовало и до возникновения государств, когда формировались различные виды догосударственных «человеческих властей». Во-вторых, объективно существовали, а также имеются в настоящее время и иные формы права, источниками которых являются не «человеческие власти», например обычаи права и нормативные правовые договоры. В этой связи, думаю, возможно сделать следующий вывод: юридический позитивизм является теоретически недостаточно аргументированным и дискуссионным. Кроме того, как представляется, юридический позитивизм и практически весьма непродуктивен, поскольку в нормативных правовых актах, принимаемых «человеческими властями», зачастую имеются пробелы и коллизии, порождающие многочисленные проблемы и продолжительные споры, в том числе в судах, например преодоление судами пробелов и коллизии в нормативных правовых актах.

Юснатурализм (философия естественного права), «трактующий право и мораль как существенно единые, взаимодополняемые феномены», думаю, также является теоретически спорным, а практически контрпродуктивным. Во-первых, право и мораль, полагаю, не являются «существенно едиными» социальными явлениями, регуляторами общественных отношений. На мой взгляд, наиболее глубоким и убедитель-

⁵ URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=86>

ным представляется вывод Г.В. Гегеля, разграничивавшего категории «право» и «неправо» (unrecht), в том числе мораль. Анализируя категорию «неправо», Г.В. Гегель подчеркивал: «...право... **переходит в неправе в видимость – в противопоставление друг другу...** В неправе явление движется к видимости. Видимость есть наличное бытие, несоответственное сущности, пустое отделение и положенность сущности, так что в обеих различие выступает как разность. Видимость есть неистинное, которое, желая быть для себя, исчезает...» [Гегель, Г.В., 1990, с. 137]. Наконец, далее Г.В. Гегель сделал гениальный вывод: «**Неправо есть... видимость сущности, полагающая себя как самостоятельную**» [Гегель, Г.В., 1990, с. 138].

При таком общенаучном подходе право и неправо (unrecht) – по существу не единые, а различные регуляторы общественных отношений. К неправу, полагаю, теоретически обоснованно относить, например, справедливость, индивидуальные судебные акты, «правовые позиции судов», «квазиправо», «мягкое» право, «стандарты» и т. д. Возможно прежде всего выделять следующие объективные признаки неправа – неправо регуляторов общественных отношений:

- необязательные для неопределенного круга субъектов правоотношений;

- не принудительно исполняемые;
- в большей степени неопределенные.

В то же время право в отличие от неправа характеризуется существенно иными объективными признаками:

- обязательные для неопределенного круга субъектов правоотношений;

- принудительно исполняемые;
- в большей степени определенные.

Следовательно, неправо – это видимость права, неистинное право, размывающее собственно право, делающее его более неопределенным и не принудительно исполняемым. Применение неправа как регулятора общественных отношений в том числе приводит к:

- неопределенной правоприменительной практике;
- многочисленным неубедительным судебным актам;
- длительным срокам рассмотрения споров в судах;
- а главное – многочисленным нарушениям прав и правовых интересов субъектов спорных правоотношений.

Далее, с позиции разграничения права и неправа хотелось бы проанализировать основные научные выводы Г. Харта и Р. Дворкина, поскольку дискуссия между сторонниками юридического позитивизма и юснатурализма (естественно-правовой концепции права) в современной специальной литературе известна как спор Г. Харта и Р. Дворкина. Герберт Харт разработал свою концепцию на основе критики взглядов Джона Остина. В 1961 году Г. Харт опубликовал работу «Понятие права» [Hart, H.L.A., 1961], которую многие зарубежные и российские исследо-

ватели называют главным произведением философии права XX в., содержащим, по мнению С.В. Моисеева, «утонченную версию юридического позитивизма» [Харт, Г.Л., 2007, с. 270].

Прежде всего Г. Харт подверг критике, по его мнению, упрощенную трактовку права как приказа суверена: «Концепция суверена, власть которого не ограничена правом, – полагает он, – искажает характер права... верховный законодатель... не находится за пределами права... следует искать суверена, стоящего за ограниченными правовыми средствами законодательного органа» [Харт, Г.Л., 2007, с. 74–77]. Следовательно, в отличие от Дж. Остина Г. Харт был сторонником не закрытой, а открытой системы права.

При таком подходе Г. Харт выделял два основных направления критики юридического позитивизма. Согласно первому есть некоторые принципы поведения людей, с которыми должны совпадать законы для того, чтобы они имели юридическую силу (по этому пути пошел Р. Дворкин). Второй подход предполагает соединение юридической действительности и моральной ценности [Харт, Г.Л., 2007, с. 188].

Основная идея Г. Харта сформулирована следующим образом: «Право – это совокупность первичных и вторичных правил... Первичные правила касаются действий, которые индивиды должны или не должны предпринимать, вторичные правила касаются самих первичных правил... устанавливают способы, которыми первичные правила могут... признаваться, вводиться, отменяться, изменяться и которыми может достоверно устанавливаться факт их нарушения» [Харт, Г.Л., 2007, с. 278–280].

Разработанная Г. Хартом концепция вторичных правил содержит три их разновидности: правила признания, правила изменения и правила принятия решений. Правила признания позволяют определить, что является правом в данном обществе. В правилах изменения вырабатываются правовые средства коррекции их содержания. Правила принятия решений устанавливают порядок принятия решений прежде всего в трудных случаях, в процессе которых судья законодательствует [Харт, Г.Л., 2007, с. 278–280]. На мой взгляд, разработанная Г. Хартом концепция вторичных правил позволяет отнести его к сторонникам не «мягкого» права, а скорее – научно дискуссионной концепции интеграции права и неправы.

Рональд Дворкин – американский и английский юрист, философ права, ученик Г. Харта, но при этом один из его наиболее последовательных и непримиримых критиков. Основная работа Р. Дворкина – «О правах всерьез», характеризующаяся попыткой поиска теоретического компромисса между позитивизмом и концепцией юснатурализма – третьей теорией права [Dworkin, R., 1977]. В отличие от Г. Харта Р. Дворкин полагает: судьи никогда не законодательствуют, а только апеллируют к общим стандартам справедливости или принципам, поскольку право никогда не является неполным или неопределенным.

«Мой подход, – делает вывод Р. Дворкин, – будет строиться на том факте, что, когда юристы размышляют или спорят о юридических правах и обязанностях... они прибегают к стандартам, которые не функционируют в качестве норм, а действуют иначе – как принципы, стратегии или стандарты иного рода, позитивизм предполагает модель и образец системы норм, и его центральное понятие единственного фундаментального критерия права **скрывает от нас важную роль стандартов, не являющихся нормами**» [Дворкин, Р., 2004, с. 45].

Весьма характерно, что Р. Дворкин определял категории «принципы», «стандарты» и «стратегии» крайне неопределенно и теоретически неубедительно. Так, он писал: «Чаще всего термин “принцип права” я буду употреблять в самом общем смысле – как обозначающий все множество тех стандартов, которые не являются нормой... но есть и различие между принципами и стратегиями... “Стратегией” я называю стандарт, формулирующий необходимость достижения некоторой цели, обычно связанной с улучшением каких-то экономических, политических или социальных условий в обществе... “Принципом” я называю такой стандарт, который следует соблюдать не потому, что он способствует изменению или сохранению некоторой экономической, политической или социальной ситуации, а потому, что **он выражает некоторые моральные требования, будь то требования справедливости, честности и т. д.**» [Дворкин, Р., 2004, с. 45].

На мой взгляд, во-первых, выделение Р. Дворкиным таких категорий, как «принципы», «стратегии» или «стандарты», недостаточно убедительно мотивировано. Во-вторых, как представляется, принципы не вообще, а «принципы права» теоретически более обоснованно относить к одному из видов правовых регуляторов общественных отношений, а не к весьма неопределенным «стандартам». При наличии принципов права, думаю, в праве действительно, как правило, нет пробелов, и суд может вынести решение, ссылаясь на принципы права как регулятор общественных отношений⁶.

Р. Дворкин свою задачу видел прежде всего в необходимости «...отличить принципы в самом общем смысле от норм» [Дворкин, Р., 2004, с. 46]. Действительно, принципы права и нормы права, думаю, разные правовые регуляторы общественных отношений, элементы системы права. Весьма характерным представляется выдающийся вывод Ф. Бэкона: «Принципы – первичные и наиболее простые элементы, из которых образовалось все остальное» [Бэкон, Ф., 1937, с. 22]. Хотелось бы «перевести» вывод Ф. Бэкона на язык права: принципы права – первичные и наиболее простые (абстрактные) правовые регуляторы общественных отношений, из которых прежде всего и должны вырабатываться (конкретизироваться) нормы права, а также иные правовые регуляторы общественных отношений [Ершов, В.В., 2018, с. 255–310].

⁶ См. подробнее: [Ершов, В.В., 2018, с. 241–309].

В дальнейшем Р. Дворкин пришел, полагаю, к спорному выводу: в «...сложных правовых системах... нельзя... провести границу между правовыми и моральными стандартами, на чем настаивает позитивизм... одни принципы должны рассматриваться как право... тогда как другие принципы не могут этого делать» [Дворкин, Р., 2004, с. 76]. Думаю, такой вывод Р. Дворкиным сделан с позиции дискуссионной концепции интегративного правопонимания, в соответствии с которой синтезируется право и неправое, в том числе принципы права и морали.

Таким образом, сущность «теоретического компромисса между позитивизмом и естественно-правовой концепцией, третьей теорией права», разработанной Р. Дворкиным, представляет собой одну из разновидностей научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, спорно размывающей право неправом, своеобразного «измерения» права «принципами», основанными на неправовых категориях – справедливости, равенстве и т. д.

В 1994 году, уже после смерти Г. Харта, вышло второе издание его работы «Понятие права» с новым «постскриптумом», прежде всего содержащим ответ на критику Р. Дворкина. В последующем Г. Харт предполагал ответить на критику и других научных работников, однако в связи со смертью ученый не реализовал свое намерение. В первой части постскриптума Г. Харт признал, что не исследовал в полном объеме, во-первых, принципы, используемые при принятии судебных решений в «трудных ситуациях», прежде всего в отсутствие нормативных предписаний, а точнее, в ситуациях пробелов в нормативных правовых актах; во-вторых, необходимость разграничения правил и принципов; в-третьих, совместимость принципов и правил признания.

На мой взгляд, Г. Харт был весьма близок к подобным выводам и в самой работе «Понятие права». Например, Г. Харт уже в 1961 г. писал: «Хотя идея единства первичных и вторичных правил имеет... достоинства и... было бы согласно с этим словоупотреблением трактовать существование этого характерного единства правил как достаточное условие для использования выражения “правовая система”, – мы все же не утверждали, что слово “право” должно определяться в этих категориях» [Харт, Г.А., 2007, с. 213]. Характерным представляется и следующий вывод Г. Харта: **«...названия действительного права должны быть лишены определенные правила вследствие их крайней моральной несправедливости... Достоинства той идеи, которую мы приняли в качестве центральной, в том, что она позволяет нам увидеть множественные связи между правом, принуждением и нравственностью такими, как они есть»** [Харт, Г.А., 2007, с. 213]. Характерно, что один из учеников Г. Харта – Джозеф Раз, развивая концепцию своего учителя, предлагал не ограничиваться правилами признания, а рассматривать право как систему гибкую, открытую и не вполне конкретизированную [Харт, Г.А., 2007, с. 289, 295].

Таким образом, думаю, изложенные взгляды Г. Харта и Р. Дворкина позволяют сделать итоговый вывод: Г. Харт и Р. Дворкин не были сторонниками «мягкого позитивизма» и юснатурализма (естественно-правового понимания права). В целом они разделяли единые позиции (конечно, с некоторыми нюансами) научно дискуссионной концепции интегративного понимания права, спорно синтезирующей право и неправо, различные социальные регуляторы общественных отношений. На практике применение такой концепции не может не приводить к повышению степени неопределенности права, нестабильной, разнообразной и прямо противоречивой правоприменительной, в том числе судебной, деятельности, длительному рассмотрению споров в судах, несовпадающим позициям различных судебных инстанций и даже судебных составов в едином судебном органе, а главное – нарушению прав и правовых интересов субъектов правоотношений.

Результаты исследования

Продолжая дискуссию с названными выше учеными, считаю необходимым тезисно, в рамках данной статьи, высказать и свою точку зрения по затронутым проблемам⁷. Как представляется, прежде всего необходимо попытаться найти ответ на важнейший вопрос: какой должна быть система права? Открытой или закрытой? Юридический позитивизм практически дает один ответ: по существу – закрытой, ограниченной «приказами суверена» (?!). Юснатурализм предлагает другой ответ: бесконечно открытой (?!). Думаю, первый и второй ответы являются прямо противоположными крайностями, с общенаучных и теоретических позиций – дискуссионными, а практически – контрпродуктивными. На мой взгляд, образно говоря, «истина», как и всегда, находится где-то посередине.

Прежде всего с общенаучной точки зрения, полагаю, необходимо обратиться к теории систем. Советские классики теории систем – И.В. Блауберг, В.Н. Садовский и Э.Г. Юдин, исследуя теорию систем, выделяли три класса существующих совокупностей объектов: неорганизованные совокупности («суммативное целое»), неограниченные (просто организованные системы) и органичные системы [Блауберг, И.В., Садовский, В.Н. и Юдин, Э.Г., 1970, с. 11]. Просто организованные и органичные системы имеют общие и специальные (отличающие их) свойства. Например, И.В. Блауберг и Э.Г. Юдин считали, что их одинаково «...характеризует наличие связей между элементами и появление в целостной системе новых свойств, не присущих элементам в отдельности. Связь, целостность и обусловленная ими устойчивая структура – отличительные признаки любой системы» [Блауберг, И.В. и Юдин, Э.Г.,

⁷ Более детально и мотивированно данная позиция изложена в моей монографии: [Ершов, В.В., 2018].

1973, с. 177]. Вместе с тем, подчеркивали они, «...если первая есть соединение в известную целостность относительно обособленных элементов, то вторая – “физически неделимое саморазвивающееся целое”» [Блауберг, И.В. и Юдин, Э.Г., 1973, с. 177, 178].

Анализируя советское право, С.С. Алексеев – признанный лидер в науке советской теории права во второй половине XX в., считаю, обоснованно писал: «Советское право, как система – это такое специфическое социальное явление, которое представляет собой нечто среднее, промежуточное, между “просто” организованной и органичной системами» [Алексеев, С.С., 1975, с. 16]. Учитывая объективное состояние российской системы права уже в XXI в., считаю возможным сделать вывод: не только советское, но и современное российское, а также международное право, реализуемое в России, возможно рассматривать в рамках единой «просто» организованной системы внутригосударственного (российского) и международного права, характеризующейся целостностью, связью и устойчивой структурой элементов, их составляющих.

По обоснованному мнению известного советского научного работника А.Ф. Черданцева, с позиции онтологии система права не должна включать в себя разноплановые явления [Черданцев, А.Ф., 1999, с. 203]. На мой взгляд, точнее – разнородные социальные явления. С позиции онтологии в системе права не могут содержаться разнородные правовые и неправовые явления, право и неправо. Таким образом, систему права могут образовывать только однородные правовые явления, например различные формы национального и международного права.

По мере противоречивого и крайне непоследовательного развития единого, в частности европейского, правового пространства «просто» организованная система внутригосударственного и международного права, как представляется, с объективной необходимостью, неизбежными и бесконечными изменениями постепенно будет трансформироваться в органичную систему европейского права. Полагаю, будущая органичная система европейского права в контексте парадигмы метамодерна с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, синтезирующей лишь однородные элементы только права, прежде всего будет характеризоваться принципами и нормами права, содержащимися в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемыми в государстве.

Следующая важнейшая теоретическая и практическая проблема, которую хотелось бы исследовать в рамках данной статьи, связана с элементами системы права. Известный советский ученый М.И. Байтин, анализируя ее в самом общем виде, характеризовал эту систему как «...совокупность всех известных правовых явлений...» [Байтин, М.И., 2005, с. 178, 179]. Данная позиция, думаю, основана на широко распространенной точке зрения французского ученого Ж. Карбонье: правовая система – вместительное, сосредоточение разнообразных юридических явлений [Карбонье, Ж., 1986, с. 197].

На мой взгляд, элементами системы права в действительности являются только правовые явления – отдельные формы национального и международного права. В современной российской юридической литературе сформировались два подхода к вопросу о соотношении понятий «источники» и «формы» права. М.Н. Марченко, один из признанных современных лидеров российской теории права, полагает: «Суть первого из них – заключается в полном отождествлении понятий источник права с формой права, в сведении источника права к форме права и, наоборот, формы права – к источнику права...» [Марченко, М.Н., 2005, с. 55]. Второй подход к разрешению вопроса о соотношении понятий «источники права» и «формы права» состоит в том, что «...понятия рассматриваются как полностью несовпадающие друг с другом» [Марченко, М.Н., 2005, с. 35].

Как представляется, исходя из исторических и этимологических аргументов теоретически более состоятельным является второй подход. Думаю, с одной стороны, понятие «источники права» более убедительно рассматривать как факторы, «творящие» право, его начала, то, из чего оно возникает, происходит. Например, источником российских нормативных правовых актов является деятельность управомоченных правотворческих органов. С другой стороны, полагаю, само понятие «формы права» позволяет сделать вывод: это его внутреннее и внешнее выражение.

При таком теоретическом подходе считаю теоретически более обоснованно, а практически продуктивно ввести в научный оборот понятие «система форм внутригосударственного (национального) и международного права, состоящая из двух подсистем – внутригосударственного (национального) и международного права». Эта система форм внутригосударственного (национального) и международного права характеризуется цельностью, устойчивой структурой, взаимосвязью и взаимозависимостью составляющих ее однородных элементов – форм внутригосударственного (национального) и международного права. Таким образом, можно утверждать, что система форм внутригосударственного (национального) и международного права, во-первых, должна быть открытой; во-вторых, содержать в себе лишь однородные элементы только собственно права – формы внутригосударственного (национального) и международного права.

Важнейший вопрос, исследованный Г. Хартом и Р. Дворкиным, – природа принципов права («правовых принципов», как, думаю, дискуссионно пишут многие, в том числе и современные, научные работники). Г. Харт и Р. Дворкин категории «принципы права», к сожалению, в своих работах не уделили должного внимания. Во-первых, Р. Дворкин не исследовал природу принципов права. Во-вторых, Р. Дворкин «принцип» в качестве родового понятия определяет как весьма неопределенный «стандарт». В-третьих, Р. Дворкин исследует «принципы», способствующие «изменению или сохранению некоторой экономиче-

ской, политической или социальной ситуации», а не права. Наконец, в-четвертых, «принцип», по мнению Р. Дворкина, «выражает некоторые моральные требования, будь то требования справедливости, честности и т. д.». Следовательно, Р. Дворкин анализирует «принципы» вообще, а не принципы права с дискуссионной общенаучной и теоретической позиции синтеза права и неправа.

К сожалению, большинство советских и современных российских научных и практических работников, исследуя принципы права, также пришли, как представляется, к весьма неопределенным и теоретически спорным выводам. Так, Н.Г. Александров определял «основные принципы социалистического права» как «...положения, выражающие общую направленность на наиболее существенные черты содержания правового регулирования общественных отношений» [Александров, Н.Г., 1957, с. 17]. Е.А. Лукашева, одна из первых в СССР специально исследовавшая принципы права, сделала небольшой шаг вперед, сформулировав вывод: принципы права – «...объективно обусловленные начала, в соответствии с которыми строится система права» [Лукашева, Е.А., 1970, с. 21]. Затем С.С. Алексеев продвинулся в понимании принципов права: принципы права – это «...выраженные в праве исходные нормативно-руководящие начала, характеризующие его содержание, его основы, закрепленные в нем закономерности общественной жизни. Принципы – это то, что пронизывает право, выявляет его содержание в виде исходных, сквозных “идей”, главных начал, нормативно-руководящих положений» [Алексеев, С.С., 1972, с. 102]. Отметим, что С.С. Алексеев отнес принципы права к весьма неопределенным началам, являющимся исходными нормативно-руководящими, закрепляющими закономерности общественной жизни (?!). Далее он уточнил: принципы есть «нормативно-руководящие положения». Это дало основание многим советским и российским научным работникам полагать: возможно существование «норм-принципов». В том числе и сам С.С. Алексеев писал: «...принципы права по большей части выступают в виде норм (норм-принципов)» [Алексеев, С.С., 1981, с. 103].

В.П. Грибанов, специализировавшийся в гражданском праве, теоретически более обоснованно писал: «...отождествление правового принципа (на мой взгляд, теоретически точнее – принципа права. – В.Е.) с нормой права практически равнозначно отрицанию правовых принципов вообще» [Грибанов, В.П., 1966, с. 12]. Удивительным прозрением также представляется мнение дореволюционного ученого-юриста Л.А. Тихомирова: «Должен же чем-нибудь руководствоваться сам законодатель, давая или не давая личности права или определяя какие-либо действия как ее обязанность» [Тихомиров, Л.А., 1998, с. 569].

Еще в древние времена подчеркивали: «Принцип есть важнейшая часть всего» (*principium est potissima pars cujuse*). В этой связи, в «переводе» на «язык права», полагаю, возможно сделать вывод: принцип права – это первичный элемент системы права. Недаром Аристотель

признавал «принцип» в объективном смысле в виде первой величины; то, исходя из чего нечто существует или будет существовать⁸. Поэтому многие философы пришли к выводу: принцип – это теоретическое обобщение наиболее типичного, выражающего закономерности, положенное в основу чего-либо. «Принцип есть то, что содержит в себе основание всеобщей связи всего, что представляет собой феномен» [Кант, И., 1963, с. 340]. «Принцип есть... единое» [Гегель, Г.В., 1970, с. 123].

При таком общенаучном подходе, как представляется, принципы права являются не «началами», «идеями», «положениями» и т. д., а объективными, действительными (действующими) правовыми регуляторами общественных отношений, важнейшими, основополагающими и первичными элементами единой, развивающейся и многоуровневой системы форм национального и международного права, реализуемыми в государстве. Основополагающие (общие) и специальные принципы национального и (или) международного права – основания всеобщей связи элементов системы форм права, «есть единое». В результате конкретизации принципов права вырабатываются более определенные нормы национального и международного права, более определенное право. Следовательно, более ожидаемая и единообразная правоприменительная практика. В конечном результате в большей степени защищаются права и правовые интересы субъектов правоотношений⁹.

Еще один значимый вопрос, исследованный Г. Хартом и Р. Дворкиным, связан с рассмотрением судом споров в так называемых «трудных ситуациях». Какова правовая природа «трудных ситуаций» и чем в таких ситуациях должен руководствоваться суд? Субъективным судебным усмотрением? Правом? Неправом? Чем-то иным? Г. Харт и Р. Дворкин не дали на эти и иные вопросы достаточно убедительных ответов.

Как известно, Г. Харт определял право как совокупность первичных и вторичных правил. В числе вторичных правил Г. Харт выделял правила признания, изменения и принятия решений. Правила принятия решений устанавливают порядок принятия и правовые пределы судебных решений прежде всего в трудных случаях, в том числе в случаях, когда судом устанавливаются коллизии и пробелы в нормативных правовых актах, принятых сувереном [Харт, Г.А., 2007, с. 277–280]. Выработка судом права основана на главной идее юридического позитивизма – установлении позитивного права «человеческими властями» (*posited, given its position*), в том числе судом как одним из органов государственной власти. Вместе с тем принятие права судом противоречит, во-первых, общепризнанной в мире доктрине разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную; во-вторых, консти-

⁸ Логический словарь-справочник. М. : Наука, 1975. С. 477.

⁹ См. более подробно: [Ершов, В.В., 2018, с. 255–382].

туциям многих государств мира, закрепивших данную доктрину, в том числе Конституции России.

Р. Дворкин полагал, что каждая правовая проблема может иметь только одно правовое решение, поскольку «право – закрытая система, не оставляющая места для судебного усмотрения. Судья не создает новые нормы, а только раскрывает существующие» [Dworkin, R.M., 1986, p. 225]. Вместе с тем, во-первых, как было выявлено выше, право не закрытая, а открытая система. Во-вторых, право не ограничивается только нормами права, установленными «сувереном». Право прежде всего выражается в его принципах и нормах, содержащихся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве [Ершов, В.В., 2018, с. 20–107]. В-третьих, общественные отношения, нуждающиеся в том числе в правовом регулировании, постоянно развиваются. В результате если своевременно не вырабатываются нормы права «человеческими властями» – сувереном в позитивном праве, то возникает пробел только в нормативных правовых актах, а не в праве в целом. В этих случаях пробел в нормативных правовых актах может быть, во-первых, преодолен, например, судами посредством применения имеющихся принципов либо норм права и содержащихся в иных формах национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Во-вторых, устранен управомоченными правотворческими органами в результате выработки принципов или норм права, например, в иных формах национального права.

Вместе с тем с позиции юридического позитивизма многие научные работники называют пробелом в праве отсутствие норм права в «законодательстве». Так, В.В. Лазарев пишет: пробелом «...в праве является полное или частичное (неполнота) отсутствие норм, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел, **основными принципами советского законодательства** (выделено мною. – В.Е.), норм, в отношении создания которых воля трудящихся достаточно ясно выражена в соответствующих государственных или общественных актах» [Лазарев, В.В., 2010, с. 51].

Традиционно в работах, связанных с пробелами в праве, выделяют два способа их преодоления в процессе реализации права: аналогия закона и аналогия права. Так, В.И. Леушин, думаю, также с позиции юридического позитивизма пишет: «...при аналогии права принципы выполняют непосредственно регулирующую функцию и выступают единственным **нормативно-правовым основанием правоприменительного решения**» [Перевалов, В.Д., ред., 2005, с. 246].

Убежден, что с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, разграничивающей право и неправое, в случае наличия принципов права пробела в праве нет. Пробел в праве

мнимый. Право с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, разграничивающей право и неправое, прежде всего выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве. Принципы права – первичные и самостоятельные регуляторы общественных отношений в сопоставлении с нормами права. Поэтому, на мой взгляд, принципы права теоретически спорно относить к «нормам-принципам» или «нормативно-правовым основаниям правоприменительного решения».

Обсуждение и заключение

Как представляется, проведенное исследование позволяет сделать несколько итоговых выводов.

Первый: понятие «трудные случаи» является теоретически дискуссионным, а практически – контрпродуктивным.

Второй: так называемые «трудные случаи» на практике прежде всего характеризуются в том числе пробелами в отдельных формах национального права, как правило, в законодательстве, а точнее – в нормативных правовых актах. Пробелы в нормативных правовых актах могут преодолеваются, например, судами посредством применения принципов и норм права, содержащихся в иных формах национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Третий: пробелы в праве – это отсутствие принципов и норм права во всех формах национального и международного права, реализуемых в государстве. Пробелы в праве могут быть устранены субъектами правотворчества хотя бы в одной из форм национального или международного права посредством выработки, например, принципов либо норм права. В дальнейшем пробел в праве становится мнимым и может быть преодолен, например, судом посредством индивидуального судебного регулирования спорных правоотношений¹⁰.

Четвертый: право в контексте парадигмы метамодерна с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирующей право и неправое, выражается в принципах и нормах как права, так и неправое, в том числе морали, содержащихся в разнородной системе форм как права, так и неправое.

Пятый: право в контексте парадигмы метамодерна с позиции концепции интегративного правопонимания, синтезирующей лишь однородные социальные элементы, выражается прежде всего в принципах и нормах права, содержащихся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве.

¹⁰ См. более подробно: [Ершов, В.В., 2018, с. 383–498].

Список использованной литературы

- Александров Н.Г. Социалистические принципы советского права // Советское государство и право. 1957. № 11. С. 16–29.
- Алексеев С.С. Общая теория права : в 2 т. Т. 1. М. : Юрид. лит., 1981. 361 с.
- Алексеев С.С. Проблемы теории права: Основные вопросы общей теории социалистического права : курс лекций : в 2 т. Т. 1. Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. 396 с.
- Алексеев С.С. Структура советского права. М. : Юрид. лит., 1975. 264 с.
- Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков) : моногр. 2-е изд. М. : ИД «Право и государство», 2005. 544 с.
- Блауберг И.В., Садовский В.Н., Юдин Э.Г. Системный подход в современной науке // Проблемы методологии системного исследования : сб. науч. ст. М. : Мысль, 1970. 455 с.
- Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Становление и сущность системного подхода. М. : Наука, 1973. 271 с.
- Бэкон Ф. О принципах и началах. М. : СОЦЭКГИЗ, 1937. 81 с.
- Vermeulen T., Akker R. van den. Notes on Metamodernism // Journal of Aesthetics & Culture. 2010. Vol. 2. P. 1–14.
- Гегель Г.В. Наука логики : в 3 т. Т. 1. М. : Мысль, 1970. 501 с.
- Гегель Г.В. Философия права. М. : Мысль, 1990. 524 с.
- Грибанов В.П. Принципы осуществления гражданских прав // Вестник МГУ. Сер.: Право. 1966. № 3. С. 10–23.
- Dworkin R. Taking Rights Seriously. L. : Harvard University Press, 1977. 308 p.
- Dworkin R.M. Law's Empire. Cambridge : The Belknap Press, 1986. 470 p.
- Дворкин Р. О правах всерьез. М. : РОССПЭН, 2004. 392 с.
- Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений : моногр. М. : РГУП, 2018. 628 с.
- Кант И. Сочинения : в 6 т. Т. 1. М. : Мысль, 1963. 543 с.
- Карбонье Ж. Юридическая социология / пер. с фр. и вступ. сл. В.А. Туманова. М. : Прогресс, 1986. 351 с.
- Kelsen H. General theory of law and state. Cambridge : The Lawbook Exchange, Ltd, 2007. 516 p.
- Лазарев В.В. Избранные труды : в 3 т. М. : Новая юстиция, 2010. Т. 2: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. 504 с.

Лукашева Е.А. Принципы социалистического права // Советское государство и право. 1970. № 6. С. 21–29.

Марченко М.Н. Источники права : учеб. пособие. М. : ТК Велби : Проспект, 2005. 760 с.

Теория государства и права / отв. ред. В.Д. Перевалов. М. : Норма, 2005. 496 с.

Тихомиров Л.А. Монархическая государственность. М. : ГУП «Облиздат» : ТОО «Алир», 1998. 672 с.

Hart H.L.A. The concept of law. Oxford : Clarendon Press, 1961. 282 p.

Харт Г.Л. Понятие права : пер. с англ. / под общ. ред. Е.В. Афонсина и С.В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. 302 с.

Черданцев А.Ф. Теория государства и права : учеб. пособие. М. : Юрайт, 1999. 429 с.

References

Aleksandrov, N.G., 1957. [Socialist principles of Soviet law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = [Soviet State and Law], 11, pp. 16–29. (In Russ.)

Alekseev, S.S., 1972. *Problemy teorii prava: Osnovnye voprosy obshchey teorii sotsialisticheskogo prava* = [Problems of the theory of law: the Main issues of the General theory of socialist law]. Lectures. In 2 vols. Volume 1. Sverdlovsk: Izd-vo Sverdl. jurid. in-ta. (In Russ.)

Alekseev, S.S., 1975. *Struktura sovetskogo prava* = [The structure of soviet law]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)

Alekseev, S.S., 1981. *Obshchaya teoriya prava* = [General theory of law]. In 2 vols. Volume 1. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)

Baytin, M.I., 2005. *Sushchnost' prava (sovremennoe normativnoe pravoponimanie na grani dvukh vekov)* = [Essence of law (modern normative legal understanding on the verge of two centuries)]. Monograph. 2nd ed. Moscow: ID “Pravo i gosudarstvo”. (In Russ.)

Bakon, F., 1937. *O printsipakh i nachalakh* = [Principles and origins]. Moscow: SOTsEKGIZ. (In Russ.)

Blauberg, I.V. and Yudin, E.G., 1973. *Stanovlenie i sushchnost' sistemnogo podkhoda* = [Formation and essence of the system approach]. Moscow: Nauka. (In Russ.)

Blauberg, I.V., Sadovskiy, V.N. and Yudin, E.G., 1970. [System approach in modern science]. *Problemy metodologii sistemnogo issledovaniya* = [Problems of methodology of systematic research]. Collection of scientific articles. Moscow: Mysl'. (In Russ.)

Cherdantsev, A.F., 1999. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Textbook. Moscow: Yurait. (In Russ.)

- Dworkin, R., 1977. *Taking Rights Seriously*. London: Harvard University Press. (In Eng.)
- Dworkin, R.M., 1986. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press. (In Eng.)
- Dworkin, R., 2004. *O pravakh user'ez* = *About Rights Seriously*. Moscow: ROSSPEN. (In Russ.)
- Ershov, V.V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennykh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of social relations.]. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Gribanov, V.P., 1966. [The principles of civil rights]. *Vestnik MGU. Ser.: Pravo* = [Bulletin of MGU. Ser. Law], 3, pp. 10–23. (In Russ.)
- Hart, H.L.A., 1961. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press. (In Eng.)
- Hart, H.L.A., 2007. *Ponyatie prava* = [The concept of law]. Translated form English. E.V. Afonasin and S.V. Moiseev, eds. St. Petersburg: Izd-vo S.-Peterb. un-ta. (In Russ.)
- Hegel, G.W., 1990. *Filosofiya prava* = [Philosophy of law]. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Hegel, G.W., 1970. *Nauka logiki* = [Science of logic]. In 3 vols. Volume 1. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Kant, I., 1963. *Sochineniya* = [Works]. In 6 vols. Volume 1. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Karbonnier, J., 1986. *Yuridicheskaya sotsiologiya* = [Legal sociology]. Translated form French by V.A. Tumanov. Moscow: Progress. (In Russ.)
- Kelsen, H., 2007. *General theory of law and state*. Cambridge: The Lawbook Exchange, Ltd. (In Eng.)
- Lazarev, V.V., 2010. *Izbrannyye trudy* = [Selected works]. In 3 vols. Volume 2: [Gaps in legislation: establishment, overcoming, elimination]. Moscow: Novaya yustitsiya. (In Russ.)
- Lukasheva, E.A., 1970. [Principles of socialist law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = [Soviet State and Law], 6, pp. 21–29.
- Marchenko, M.N., 2005. *Istochniki prava* = [Sources of law]. Textbook. Moscow: TK Velbi; Prospekt. (In Russ.)
- Perevalov, V.D., ed., 2005. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Tikhomirov, L.A., 1998. *Monarkhicheskaya gosudarstvennost'* = [Monarchic statehood]. Moscow: GUP "Oblizdat"; TOO "Alir". (In Russ.)
- Vermeulen, T. and Akker, R. van den, 2010. Notes on Metamodernism. *Journal of Aesthetics & Culture*, 2, pp. 1–14.

Информация об авторе / Information about the author:

Ершов Валентин Валентинович, ректор ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик Российской академии естественных наук [**Valentin V. Ershov**, Rector of Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Honored Worker of Science of the Russian Federation, Academician of Russian Academy of Natural Sciences]. E-mail: evv@rsuj.ru

Persona Grata: Бернд Рютерс



Известный немецкий ученый – юрист, профессор Университета Констанца, бывший судья Верховного земельного суда в Штутгарте Бернд Рютерс (Bernd Rüthers) родился 12 июля 1930 г. в Дортмунде. Изучал право в университете Мюнстера. В процессе обучения на юридическом факультете особое внимание уделял изучению трудового права и философии права. Защитил докторскую диссертацию на тему «Забастовка и Конституция», которая в 1960 г. вышла в свет отдельной книгой.

Бернд Рютерс, кроме преподавательской работы в различных учебных заведениях Германии, занимал ряд административных должностей на крупных предприятиях и в научно-исследовательских учреждениях: помощник по управленческим вопросам акционерного общества Даймлер Бенц, директор института правовой социологии в свободном университете Берлина и др. С 1962 года Рютерс находится в браке с Трезе Рютерс-Сили, известной итальянской поэтессой. Их дочь Моника Рютерс преподает историю Восточной Европы в университете Гамбурга.

Круг научных интересов профессора Рютерса довольно широк. Он включает трудовое право, философию права, теорию права, теорию толкования и применения права, сравнительное правоведение и т. д. За время своей творческой деятельности он стал автором 50 монографий и около 400 статей. Первой работой, благодаря которой Рютерс приобрел известность в научных кругах, была монография под названием «Безграничное толкование – к вопросу об изменении частного права при национал-социализме» (Тюбинген, 1968) (*Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Tübingen, 1968), выдержавшая на сегодняшний день восемь изданий. Базовым, фундаментальным трудом профессора Рютерса является «Теория права с учением о толковании и применении права» (Мюнхен, 1999) (*Rüthers B. Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. Grundrisse des Rechts*. München, 1999). В последующие годы эта работа, но уже в соавторстве с Христианом Фишером и Акселем Бирком, неоднократно переиздавалась. Десятое издание этой книги появилось по истечении

19 лет после того, как вышло в свет ее первое издание¹. Это подтверждает все возрастающий интерес к фундаментальным вопросам юридической науки у студентов, практиков и, конечно же, ученых. Специальность теория права охватывает, по мнению авторов, философию права, общую теорию права и учение о толковании и применении права (*Juristische Methodenlehre*). Речь идет о трех центральных вопросах для всей юридической профессии: Что есть право и каковы его функции? Почему и как право действует? Как правильно применяется право? На эти вопросы, с учетом сложившейся национальной и европейской юридической практики, даются обстоятельные ответы. Следует обратить внимание на очень важное замечание о том, что в качестве успешного юриста ответственно может действовать не только и не столько тот, кто усвоил массу законов, а тот, кто знает и учитывает закономерности, основания и принципы действия права, основания его действительности и последствия его толкования и применения. Поэтому юристы должны знать о том, что законопослушание обусловлено взаимосвязями права с историческими, социальными, политическими, мировоззренческими отношениями и явлениями. Только фундаментальные правовые дисциплины создают перспективу для того, чтобы «юриспруденция» могла стать по-настоящему наукой. Следует согласиться со справедливым и обоснованным суждением о том, что все правовые нормы и принципы формулируются в правовых предложениях или предписаниях («*Rechtsätze*»). Право не существует вне и помимо языка. Поэтому во все не случайно в пособиях и научных исследованиях по теории права в зарубежных странах много места отводится исследованию проблемы взаимосвязи права и языка, юридической герменевтике как науке о понимании и толковании правовых текстов. Вот и в монографии, авторами которой являются Рютерс (*Rüthers*), Фишер (*Fischer*), Бирк (*Birk*), есть специальный параграф «Право и язык» («*Recht und Sprache*»)². Авторы подчеркивают, что явное упущение в формировании юридических кадров состоит во все еще продолжающейся недооценке значения языковой подготовки лиц, желающих овладеть профессией юриста. Дело в том, что правовая наука исследует системные отношения и связи между нормами, принципами и языковой формой их выражения, а также способами и формами юридической аргументации. Наука о праве – это также наука, исследующая тексты. Поэтому можно сказать, что наука о праве – это наука и о языке, поскольку ее предмет составляют тексты нормативных правовых актов, решений судов, нормативных договоров, а также их проектов. Для всех наук, занимающихся исследованием текстов, свойственны в чем-то сопоставимые проблемы их интер-

¹ *Rüthers B., Fischer Ch., Birk A. Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre. 10. überarbeitete Aufl. München : Verlag C.H. Beck, 2018.*

² *Rüthers B., Fischer Ch., Birk A. Op. cit. S. 101–141.*

претации. Язык – это неотъемлемое свойство юридической профессии, ее главное оружие. Мастерское владение этим оружием является предпосылкой и высшим выражением правового профессионализма. Наряду с фундаментальной подготовкой юриста в области родного правового языка и языка права актуальной остается проблема изучения и овладения иностранными языками. Этого требуют развивающиеся в современном миропорядке процессы глобализации. Все эти рассуждения, касающиеся соотношения права и языка, вполне можно отнести и к решению проблем, возникающих в процессе подготовки юридических кадров в высших учебных заведениях Российской Федерации.

Согласно Основному Закону Федеративная Республика Германия представляет собой демократическое правовое государство (ст. 20 и абз. 1 ст. 28). В связи с быстроменяющимися обстоятельствами, которые характерны для всех областей человеческой жизнедеятельности, создалась такая ситуация, когда законодатель и законодательство не в состоянии своевременно реагировать на все эти социальные изменения. Поэтому, как полагает профессор Рютерс, правосудие и юриспруденция приходят на их место³. Господство закона порождает господство «судейского права». Правовое государство, не выходя за рамки конституционного правопорядка, постепенно преобразуется в государство судей. Сегодня на практике для всех государственных органов действующим правом является то, что принимают в пределах своих полномочий суды последней инстанции. К таковым относятся как национальные, так и международные суды. Эти основополагающие переменны, которые затрагивают структуру конституции, источники права, функции государства и т. д., за редким исключением отражаются в процессе подготовки нового поколения юристов. По мнению профессора Рютерса, правовая реальность в современной Германии такова, что весьма широкие области человеческой жизнедеятельности больше не регулируются законом, а становятся предметом регулирования «судейского права». В связи с этим немецкий ученый задает вопрос: существуют ли конституционные границы для сдерживания все возрастающего «судейского права»?

Исследованию процесса трансформации Федеративной Республики Германии как правового государства в государство судей профессор Рютерс посвятил специальную монографию, которая называется «Тайная (скрытая) революция: от правового государства к государству судей»⁴. Первое издание этой книги вышло в 2014 г., а второе, перера-

³ Термин «юриспруденция» в немецкой юридической науке имеет по меньшей мере два толкования: 1) правовая мудрость (*Rechtsklugsheit*) (*prudentia* – лат.) (юридическая практика); 2) правовая наука (*Rechtswissenschaft*) (*scientia* – лат.) *Rüthers B., Fischer Ch., Birk A. Op. cit. S. 178.*

⁴ *Rüthers B. Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay. 2., um ein Nachwort ergänzte Aufl. Tübingen : Mohr Siebeck, 2016.*

ботанное – в 2016 г. В ней он и пытается ответить на поставленный вопрос о конституционных границах экспансии «судейского права».

Идеи, содержащиеся в монографии, стали предметом для оживленной международной и междисциплинарной дискуссии, поскольку речь идет о фундаментальном положении правового государства: о разделении властей, в частности о разделении законодательной и судебной власти. По нашему мнению, чтобы лучше понять научный замысел автора и, соответственно, его реализацию, необходимо прежде всего обратить внимание на структуру самой книги, которая представляет собой уникальный феномен и может послужить, как, само собой разумеется, и ее содержание, отправной точкой для исследований современных проблем отечественной философии права, науки теории права и государства, конституционного права, поскольку, как уже отмечалось ранее, затронутые в монографии проблемы имеют ярко выраженный международный и междисциплинарный характер, хотя и касаются правовой реальности конкретного государства – Федеративной Республики Германии.

Следует отметить, что все вопросы, которые находятся в исследовательском поле зрения Бернда Рютерса, тесно взаимосвязаны с конституционно-правовыми основами развития Германии. С привлечением довольно широкого круга доктринальных источников и на основе скрупулезного анализа судебной практики, отраженной в решениях Федерального конституционного суда ФРГ и постановлениях других национальных, наднациональных и международных судов, профессор Рютерс сосредоточивается на рассмотрении следующих проблем.

Первые две главы книги профессора Рютерса посвящены конституционному развитию Германии на различных этапах ее существования как современного государства. В связи с этим весьма примечательным представляется вывод ученого о том, что изменения конституции явились следствием крушения государственного и правового порядка. Это относится ко времени существования Веймарской республики, господству национал-социализма и государственно-правовым преобразованиям, характерным для ГДР. Профессор Рютерс отмечает, что подобные же явления наблюдаются после 1949 г. в «старой ФРГ» и в период после присоединения ГДР к Федеративной Республике Германии в 1989 г., а также в последнее время в результате интеграции немецкого правопорядка в правопорядок Европейского Союза.

Автор отмечает, что в свою очередь конституционно-правовые изменения с неизбежностью вызывают радикальные перемены в подходах к пониманию права, источников права, фундаментальных правовых понятий и категорий, методов толкования и применения права. Свои выводы профессор Рютерс иллюстрирует многочисленными примерами. Во времена Веймарской республики, к примеру, отмечаются первые случаи критики со стороны судей и ученых-юристов безграничного

и абсолютного господства юридического позитивизма в форме легизма. Об этом красноречиво свидетельствуют слова известного философа права того времени Эриха Кауфмана (Erich Kaufmann): «Законодатель не является творцом права... государство создает не право, государство создает закон. И государство и закон находятся под правом»⁵. Этот новый тезис в возникшей научной дискуссии встретил довольно серьезные возражения. Такие известные ученые, как Аншютц (Anschütz), Тома (Thoma), Навяски (Nawiasky), Радбрух (Radbruch), резко высказывались против такой идеи. Весьма остроумно подвел итог этой дискуссии Ганс Кельзен (Hans Kelsen): «Вопросы, на которые пытается ответить естественное право, – это вечные вопросы о том, что скрывается под покровом позитивного права... И тот, кто попытается приподнять этот покров и при этом не отведет свой взор, тот увидит власть в образе головы Горгоны»⁶.

Во времена господства национал-социализма для сторонников обновления «народного права» была характерна борьба, развернувшаяся против нормативизма (законнического позитивизма или, иначе говоря, легизма), который объявлялся врагом необходимого обновления права в духе идеологии национал-социализма и создания всеобъемлющего «народного правопорядка». Эта цель, по мнению немецкого ученого, достигалась различными путями и средствами. Во-первых, посредством выдвижения новых подходов к пониманию права (К. Ларенц (K. Larenz), нового понимания источников права (воля фюрера, партийная программа нацистской партии, «здоровое народное чувство») и т. д. Цель таких усилий состояла в обосновании необходимости замены основных юридических понятий и ценностей. Во-вторых, главным оппонентом легизма, подчеркивает профессор Рютерс, была юриспруденция интересов (Interessenjurisprudenz), которая исходила из принципа точного и неуклонного следования закону. Она стояла на пути перетолковывания части «ненародного» правопорядка. Цель обновителей права заключалась в том, чтобы под вуалью мнимого «толкования» стремиться прийти к псевдо (эрзац) законотворчеству.

В ГДР, но на иной идеологической основе, также была предпринята попытка преобразования права, которая выразилась в выдвижении и обосновании новой правовой идеи, новых источников права, нового содержания правовых понятий.

Весьма интересным как с познавательной, так и с методологической точки зрения представляется суждение профессора Рютерса о том, что каждая политическая система приносит с собой свои «истины», свои понимания «справедливости», свои основные правовые понятия, свои

⁵ Kaufmann E. Die gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichverfassung // VVDStRL, Heft 3 (1927), S. 3f.

⁶ Rütters B. Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay. 2., um ein Nachwort ergänzte Aufl. S. 14.

методы толкования и применения права. Зачастую они не приносят пользы обществу, являются фиктивными и вводят человечество в заблуждение. К числу таких понятий он относит понятие «правильное право». Рассуждая в третьей главе работы о «правильном праве», автор вторгается в мир ценностей. Каждый правопорядок представляет собой нормативно закрепленный ценностный порядок. Хотя ценности могут обсуждаться с научных позиций, но они не могут быть верифицированы, доказаны эмпирическим путем, на основе данных, полученных опытным путем. Ни ученые различных мастей, ни судьи судов последней инстанции не обладают монополией на истину в мире ценностей. Содержание правопорядка в демократических конституционных государствах последовательно устанавливают не «юридически правильные» эксперты (обладатели юридических истин), а демократически легитимированные нормотворческие органы, парламенты. С этой точки зрения идея о «правильном праве» должна быть признана нереалистической. В своем анализе идеи «правильного права» профессор Рютерс делает характерный акцент на том, что такие представления «о правильном праве» – это отличительная черта тоталитарных государств и они тесно связаны с господствующей идеологией. Вместе с тем та явная связь, которая существует между правом, правовой наукой и господствующей государственной идеологией, постоянно отрицается как в прошлом, так и в настоящем.

Бернд Рютерс, опираясь на исследование опыта конституционно-правовых преобразований, подчеркивает, что для переосмысления, перетолковывания институтов старого правопорядка и введения в его уже отживающую свой век нормативную систему новых ценностных представлений зачастую используются подобные или идентичные инструменты. В качестве одного из таких эффективных инструментов он называет метод объективного или объективно-телеологического толкования, который после 1949 г. одержал победу в Федеративной Республике Германии. Названный метод толкования широко используется как в современной Германии, так в Европейском Суде по правам человека под названием эволютивное толкование. Как показывает профессор Рютерс, суть этого метода состоит в следующем. Он исходит не из цели нормы и цели регулирования, выраженных в законодательстве, а для него важна при применении мнимая «разумная воля закона». Этот метод начал пропагандироваться и распространяться только в конце XX в. Его сторонники исходили из «объективного духа закона», который должен быть независимым от воли автора (законодателя). Согласно такой теоретической установке правоприменитель должен был самостоятельно выбирать из всех мыслимых законов такой, который был бы, по его убеждению, разумнейшим и оказывал наиболее благоприятное воздействие при регулировании конкретных общественных отношений. Судья, получивший, таким образом, свободу выбора при отклом-

нении от воли законодателя, должен был действовать как посредник и как инструмент модернизации общественных отношений и потребностей. Характеризуя этот метод, Филип Хек еще в 1914 г. отмечал, что закон при существовании подобного метода можно сравнить с пустым воздушным шаром, который, будучи раз открытым, в последующем будет следовать любому, даже легкому дуновению ветра современности. Примером с пустым воздушным шаром он точно предугадал то, что случилось с правосудием и наукой права после 1933 г., когда указанный метод одержал в Германии свою первую победу. После 1949 г. этот метод толкования (*Auslegung* – вынесение толкователем смысла из текста нормативного правового акта), а точнее сказать, метод внесения толкователем собственного (субъективного) смысла в толкуемый нормативный правовой акт (*Einlegungsmethode*) до сегодняшнего времени имеет успех во всех областях применения права, а также, не в последнюю очередь под воздействием деятельности Конституционного суда ФРГ, распространился и на публичное право. Хотя сам Ф. Хек, как, впрочем, и фон Савиньи, будучи цивилистом, не понимал и не воспринимал применение *Einlegungsmethode* в публичном праве.

По убеждению профессора Бернда Рютерса, в результате всех преобразований в истории Германии признано, что высшим источником национального права является Конституция, которая также оказывает решающее влияние на правоприменительную деятельность и методы толкования права. Вместе с тем ученый констатирует тот факт, что в настоящее время произошло существенное изменение в понимании источников права, в чем немаловажную роль сыграл Конституционный суд. Речь идет о том, что он определил Основной Закон как «объективный ценностный порядок», имеющий силу для всех областей (отраслей) права. Суд исходит из обоснования основных прав как высшего объективного принципа всего правопорядка без исключения. Следовательно, основные права не только оказывают регулирующее воздействие на правовые отношения, возникающие между государством и гражданином, но и пронизывают все составные части права, в том числе и частное право. В деле толкования и применения Конституции и особенно в части, касающейся основных прав, Конституционный суд является высшей инстанцией. Он занял монопольное положение в вопросах интерпретации содержания Конституции. Этим фактом, как считает профессор Рютерс, определяется то, что его решения обязательны для всех конституционных органов и для всей ветви судебной власти. В соответствии с абз. 1 параграфа 31 Закона о Конституционном суде Федеративной Республики Германии «решения Федерального конституционного суда обязательны для конституционных органов Федерации и Земель, а также для судов и ведомств». А согласно абз. 2 параграфа 31 этого же Закона решения Конституционного суда по вопросам нормоконтроля имеют формальную силу закона. Следовательно, реше-

ния Конституционного суда, а точнее говоря, конституционное судебское право превратилось в высший источник права. О чем наглядно свидетельствуют также еще и его решения, относящиеся к догматике основных прав.

Иначе говоря, действующим конституционным правом в ФРГ является то, что говорит о Конституции Федеральный конституционный суд Германии. Следовательно, Суд решает то, «что говорит Основной Закон»⁷.

Все эти новации позволили Бернду Рютерсу сформулировать следующий примечательный вывод. Понимание Основного Закона как «ценностного порядка» в совокупности с выдвижением Конституционного суда на первые роли в деле применения и толкования Основного Закона чрезвычайно усилили властные позиции этого суда. Конституционное право превратилось в «конституционное судебское право». В силу этого вновь стал актуальным вопрос о месте и роли судебного права.

Новое понимание Конституции повлекло за собой изменение парадигмы толкования и применения права высшими судебными инстанциями. Со времени римских юристов и до Нового Времени учение о применении и толковании права разрабатывалось по преимуществу учеными – цивилистами или специалистами в области уголовного права.

Процесс правоприменения и толкования права, по справедливому замечанию профессора Рютерса, должен строго соответствовать конституционному принципу разделения властей и иным конституционным требованиям и принципам. В этом смысле суды являются слугами закона, и поэтому они не могут господствовать над правопорядком. Это суждение непосредственно касается положения и роли Федерального конституционного суда Германии, который, как считает профессор Рютерс, эволюционировал от хранителя конституции к господству над ней и это в конечном счете привело к тому, что в большей степени массив действующего права складывается не из законов, принятых конституционными правотворческими органами, а из решений судов высшей инстанции ФРГ. В связи с этим обстоятельством ученый подчеркнул, что правопорядок в современной Германии по преимуществу формируется судебским правом.

В процессе трансформации правового государства в государство судей решающую роль играет Федеральный конституционный суд, так как ему дано право толкования и применения конституции. При толковании Конституции и законов Конституционный суд и иные суды высшей инстанции, во-первых, должны выносить (Auslegung) смысла из толкуемых нормативных правовых актов, а не вносить (Einlegung) свой, субъективный смысл, который может не соответствовать перво-

⁷ Maurer H. Staatsrecht I, 6. Aufl. München, 2010. S. 627.

начальной воле и целям законодателя, принявшего соответствующий нормативный правовой акт, поскольку представление о том, что «закон имеет свою собственную волю», являющееся, по сути дела, фикцией, – это путь в желаемый и сказочный мир интерпретатора.

Во-вторых, как справедливо полагает профессор Рютерс, вопросы применения и толкования права имеют конституционно-правовую природу и судья в выборе методов толкования не обладает полной свободой, что в равной степени относится и к специальным судам высшей инстанции, и к Конституционному суду. Нормы конституции, как и всякие правовые нормы, представляют собой нормативные предписания, которые, как и правопорядок в целом, должны действовать (быть действительными), составляя длящиеся во времени правовые рамки порядка, необходимого для будущего формирования и развития общества. Конституционные нормы регулируют отношения, основываясь на историческом опыте, свидетельствующем о том, чего не должно быть. Их толкование основывается на всеобщих основных принципах. Первичная цель норм Конституции определяется исходя из исторических обстоятельств их возникновения и конститутивной воли нормотворца. Таким образом, и здесь вопреки господствующей теории и практике в области публичного права историческое толкование имеет центральное значение. Если при последующей интерпретации интерпретатор считает необходимым отклониться от регулятивной воли правотворца и цели регулирования норм Конституции, то эта необходимость должна быть обоснована. Итак, при каждом толковании Конституции с самого начала в центре внимания должно стоять выявление воли правотворца.

В-третьих, в связи с этим особое внимание он обращает на принципы толкования Конституции, соблюдение которых позволяет провести разграничение между решениями, принятие которых продиктовано необходимостью судейского развития (Fortbildung) Конституции (при обнаружении пробелов в правовом регулировании) и фактическим ее изменением (преобразованием), когда Конституционный суд принимает такие решения, которые направлены на замену закрепленных в Конституции институтов и ценностей. Примером тому может служить решение Федеральным конституционным судом вопроса об однополых браках⁸. Что же касается принципов, которыми необходимо руководствоваться при толковании Конституции, то, как считает профессор Рютерс, они закреплены в ст. 20 Основного Закона ФРГ: 1) Федеративная Республика Германия является демократическим и социальным федеративным государством; 2) Вся государственная власть исходит от народа. Она осуществляется народом путем выборов и голосований; 3) Законодательство связано конституционным строем, исполнитель-

⁸ Rütters B. Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. *Verfassung und Methoden*. Ein Essay. 2., um ein Nachworterganzte Aufl. S. 115–138.

ная власть и правосудие – законом и правом. В соответствии со ст. 79 Основного Закона Конституция может быть изменена: 1) только законом, который специально изменяет или дополняет текст Основного Закона; 2) такой закон должен быть принят большинством в две трети голосов депутатов Бундестага и в две трети голосов членов Бундесрата; 3) изменения настоящего Основного Закона, затрагивающие разделение Федерации на земли, принципы сотрудничества земель в законодательстве или принципы, установленные ст. 1 и 20, не допускаются. В соответствии с приведенными конституционными положениями ясно видно, что Федеральный конституционный суд не наделен полномочиями по изменению Конституции. Следовательно, все решения Суда, фактически приводящие к изменению Основного Закона, являются антиконституционными.

Таким образом, основываясь на критическом анализе исторического и современного опыта деятельности высших судов Германии (*BAG – Федеральный суд по рассмотрению трудовых споров; BVerfG – Федеральный конституционный суд; BGH – Федеральный верховный суд*) по толкованию, переосмыслению (*umdenken*) и перетолковыванию (*umdeuten*) норм права, и особенно норм Конституции, профессор Рютерс приходит к выводу о наличии ползучих изменений, «тайной революции» в Федеративной Республике Германии, приводящей к постепенной трансформации «правового государства» в «государство судей», когда источниками права на практике являются уже не конституция и законы, а окончательные решения высших судов Германии.

В качестве итогового положения, подводящего черту под авторскими рассуждениями на тему основополагающих принципов, которыми следует руководствоваться при толковании законов и правоприменении, профессор Рютерс приводит простые и ясные слова комментария к гражданскому кодексу Австрийской монархии: «Если интерпретатор закона берет только из своей головы причины принятия и способы толкования закона; если он желает овладеть смыслом закона согласно своим философским взглядам или глубоко укоренившимся представлениям и берет на себя смелость беспримерной свободы расширительного и ограничительного толкования закона; или если он выдает за истинный смысл закона свои поверхностные, неполные и неверные представления о содержащихся в нем (законе) предписаниях и заявляет об этом самонадеянным (надменным) тоном или своими понятными (простыми), но неглубокими представлениями лишает читателя возможности более глубокого проникновения в дух законов, то становится фальсификатором законов»⁹.

Чтобы этого не случилось, при толковании права необходимо руководствоваться принципами конституционного правового государства

⁹ Rütters B. Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. *Verfassung und Methoden. Ein Essay. 2., um ein Nachworterganzte Aufl. S. 169.*

и интерпретатор должен выносить смысл из толкуемой нормы права (Auslegung), а не вносить в нее свой субъективный смысл (Einlegung). Прежде всего это относится к деятельности судов высшей инстанции, и особенно Конституционного суда, которому дано право толкования Конституции.

В.Н. Корнев,
проректор по научной работе
ФГБОУВО «Российский
государственный университет правосудия»,
доктор юридических наук, профессор.

УДК 340.12

Государство судей: миф или реальность¹

Бернд Рютерс*

** Констанцский Университет, г. Констанц, Германия*

За последние десятилетия Федеративная Республика Германия прошла путь к скрытым изменениям Конституции, со стремительной скоростью Германия превратилась из правового государства, основанного на принципе разделения властей, в «государство судей». Действующий правовой порядок почти во всех сферах жизни состоит преимущественно не из законов, а из основных положений решений судов последних инстанций, т. е. федеральных судов и Федерального конституционного суда. Говоря кратко: судейское право действует как высший источник права.

Это развитие имеет две основные причины: динамика технических, экономических и общественных изменений влечет за собой то, что законодательство, даже если оно и призвано их регулировать, часто не успевает за происходящими изменениями. Суды же должны принимать решение, даже если соответствующие нормативные акты отсутствуют (Rechtsverweigerungsverbot – запрет суду отказываться от выполнения своих обязательств).

Нередко все бывает иначе: законодатель не хочет или не может заняться определенным, важным вопросом, который признан нуждающимся в регулировании, по политическим причинам. Во многих сферах он преднамеренно перекладывает необходимое нормотворчество (Normsetzung) на специализированные суды и Федеральный конституционный суд. Таким образом, в Германии получил развитие новый, общепринятый юридический термин, который в первую очередь применим к гражданину, добивающемуся правосудия. Речь идет о том явлении, которое в 1897 г. судья Верховного суда США О.В. Холмс (O.W. Holmes) определил следующим образом:

Действующее право – это не то, что закреплено в законе, а правильное прогнозирование (Vorhersage) того, что решит уполномоченная последняя инстанция.

¹ Статья представлена г-ном Б. Рютерсом специально для опубликования в журнале «Правосудие/Justice». Перевод с немецкого языка выполнен преподавателем кафедры конституционного права имени Н.В. Витрука Российского государственного университета правосудия М.А. Беловой (*примеч. ред.*).

Там, где молчит законодатель, суды последней инстанции стали его «заместителем» («Ersatzgeber»). Первоначально воспринимаемая как *бремя, политическо-правовая* нормотворческая задача стала вскоре *объектом устремления* из-за связанных с этим политических шансов на будущее. Какая сила собрана в судах последних инстанций, показывают богатые различными приемами борьба и интриги политических партий, если речь идет о назначении на высокие судебские должности. Не лучшие, а «самые преданные» в отдельных случаях не только предлагаются как кандидаты на должность, но и утверждаются вопреки профессиональному мнению соответствующих судов. Имело бы смысла написать скандальные истории о выборах судей: материалов и имен для этого имеется более чем достаточно. Неоспоримая реальность «государства судей» на примере этих злоупотреблений властью становится очевидной для каждого.

Основная проблема государства судей состоит в том, что оно приводит к плавному, неконтролируемому переходу власти от законодателей к судам. Таким образом, речь идет о разделении властей, что является обязательным для правового государства в соответствии с принципом «сдержек и противовесов».

Тот, кто обнаруживает и описывает реальность государства судей в Германии, не встречает радостного одобрения тех, кто в нем участвует, и тех, кого это касается. Авторитетные представители германского судебского корпуса в последнее время заметно часто и с достойными внимания тезисами высказываются по вопросу позиции судебной власти по отношению к законодательной: например, бывший президент Федерального верховного суда профессор, доктор Гюнтер Хирш (Günter Hirsch) в его многочисленных докладах (Карлсруэ, Гамбург, Эрланген, Берлин, Билефельд) и публикациях; кроме того, бывший федеральный судья и в настоящее время министр юстиции Тюрингии Гаральд Шлиманн (Harald Schliemann), а также бывший председатель Германского союза судей и президент Земельного суда Оснабрюк Вольфганг Аренхёфель (Wolfgang Arenhövel). Триада этих голосов может быть понята как индикатор для самооценки конституционно-правовой и конституционно-политической роли правосудия в Германии. Поэтому это заслуживает тщательного анализа.

Предварительное замечание: значение и актуальность темы имеют отношение к методам и функционированию германского правосудия и юриспруденции в многочисленных системных и конституционных изменениях прошлого столетия и обусловленных этим методических последствиях. Мы живем и работаем в Германии с законами, которые были приняты в различные конституционные эпохи; большая часть кодексов, например, еще во времена Империи (Гражданский кодекс (BGB), Торговый кодекс (HGB), Закон о предпринимательской деятельности (GeWO), Уголовный кодекс (StGB), Гражданский процессуальный кодекс (ZPO), Уголовный процессуальный кодекс (StPO). Достаточно

увлекательно наблюдать, как германские суды и юристы, исходя из этих законов, служили правителям каждой из эпох «совместимыми с системой решениями». Они были, по крайней мере внешне, послушными и старательными, иногда даже чрезмерно усердными, упреждающими слугами духа времени и установившейся системной идеологии. Приобретенное во многих системных изменениях ноу-хау иного толкования (переосмысления – *Umdeutung*) законов и целых правовых порядков согласно измененным, провозглашенным государством основным ценностям (новые правовые идеи, общее благо, добрые нравы, верность и вера) под руководством известных представителей юридической методологии они развили в «систему» постоянно возможной, скрытой судебской правовой политики, которую они называли «объективным толкованием» (*objektive Auslegung*)².

Между тем, как указал Федеральный конституционный суд (BVerfGE 1, 299, 312 std. Rspr), этому методу следуют высшие федеральные суды. Это не случайно. Этот метод предоставляет судьям максимально широкую свободу (действий) для отступления от имеющихся целей правовой нормы и целей регулирования законодательства, поскольку он в высшей степени игнорирует историческую цель правовой нормы из соображений толкования. Ведущие научные представители этой теории сыграли важную роль в переосмыслении германского права после нескольких системных и конституционных изменений. Поэтому тем более удивительно, что «достижения» этой теории в извращении правовых порядков ни разу не упоминаются в учебниках и пособиях по истории права нового времени и по юридической методологии.

Германское правосудие и юриспруденция, таким образом, приобрели репутацию признанных юридических «поворотных экспертов». С чисто технической точки зрения они по праву носят это звание. Однако при применении этого метода путь к государству судей – это практически дорога с односторонним движением.

Поскольку это так, то сама эта реальность часто оттесняется или вуальруется. Отклоняется предостережение о противоречащем Конституции и основам правового государства усилении судебной власти за счет законодательной. У Хирша это следует читать *expressis verbis*. Будучи судьей, он не хочет больше быть «слугой» – такая характеристика профессии, как «слуга», вымерла, а хочет быть «строителем» правовой системы. А может ли государство, может ли демократия существовать без судьи как «слуги права»?

² Объективная теория толкования исходит из представления о том, что закон с момента его опубликования «отрывается» от законодателя, становится самостоятельным и независимым и воля законодателя впредь не имеет значения. Закон имеет свою собственную волю и часто становится умнее тех, кто его создал. Объективное толкование не стремится определить исторически реальную волю законодателя, его цель – понять волю закона (*примеч. пер.*).

Интересна самооценка, представленная Гаральдом Шлиманном, министром юстиции Тюрингии, под заголовком «Политический статус третьей власти в Германии» (доклад перед эрфуртским юридическим сообществом 15 марта 2005 г.). В начале он задает вопрос: почему, собственно, судебной власти согласно Конституции предназначается «(только) позиция третьей власти»? «Должна ли посредством данного обозначения устанавливаться иерархия среди властей? Ответ очевиден – нет!..» «Таким образом, согласно воле создателя Конституции, третья власть принципиально равна и равноценна наряду с другими властями». Данное замечание достойно внимания.

Однако Основной Закон устанавливает на этот счет совсем другое решение. В абзаце 3 ст. 20 говорится о распределении задач между тремя властями:

«Законодательная власть связана конституционным порядком, исполнительная и судебная – законом и правом».

Таким образом, в выполнении своих задач они не являются «равными и равнозначными». В вопросах нормотворчества законодательная власть является принципиально вышестоящей по отношению к двум другим властям. При этом она связана только Конституцией, но не действующими законами.

В качестве доказательства своего ошибочного тезиса Шлиманн приводит два решения Федерального конституционного суда (по вопросам налогового права и бюджетного перераспределения между землями). Он не принимает во внимание особое положение этого Суда в конституционном порядке. В вопросах конституционного нормоконтроля именно этот Суд является законодателем, таким образом, его компетенция не может быть распространена на другие суды.

Судейское нормотворчество неизбежно. Судейское право в гораздо больших масштабах, чем то подозревали создатели Основного Закона, – наша судьба. Но именно поэтому следует отметить: суды, также и при судейском усовершенствовании права, в отличие от законодательной власти связаны действующими законами. Корректировка существующих законов разрешена судам только в ограниченном количестве исключений.

Значение связанности судов законом, как явно свидетельствуют работы Шлиманна и Хирша, при подготовке юристов и в практике германского правосудия уже почти систематически упускается из виду и недооценивается. Таким образом, в долгосрочной перспективе правосудие находится в опасном дисбалансе. Абзац 1 ст. 97 Основного Закона гласит:

«Судьи независимы и подчиняются только закону».

Независимость и связанность законом неразделимы. Связанность законом является неотъемлемой основой независимости судей. Это предполагает строгую связанность судей «законом и правом». Обособление

судебной власти, ее отделение от связанности законом подрывает ее независимость.

Представленные Хиршем методические положения отражают состояние «методологического сознания» в высших федеральных судах. При этом, как можно отметить, он еще и защищает устаревшие и давно опровергнутые учения теории знаков (Aundeutungstheorie) и «доктрины ясного смысла» («Sens-Clair-Doktrin»).

Особенно интересным это становится применительно к тем положениям, где речь идет о распределении нормотворческих полномочий между законодательной властью и правосудием, т. е. при определении метода толкования. Хирш подчеркнул в конце своей речи в Гамбурге 1 октября 2003 г.:

«Второе ограничение судебской возможности при *толковании* и *усовершенствовании* права состоит в том, что они должны осуществляться по принятым правилам толкования. Установленная методика, т. е. формальная правильность судебного процесса, обеспечивает в определенной степени уверенность в материальной правильности решения и предотвращает произвол. Найти правильный баланс между повиновением закону и корректировкой закона в целях права – вот истинное искусство судьи».

С этими предложениями следовало бы согласиться, если бы принятые «правила толкования», на которые ссылается Хирш, т. е. «установленная методика» практики, удовлетворяли бы научным и конституционным требованиям. Но как раз это не соответствует действительности. При выборе метода он приближается к тезису Шлимманна о равнозначности и равносильности правосудия по отношению к законодательной власти. Хирш считает, что воля законодателя должна рассматриваться как существенный аспект при толковании. Однако в случае коллизии она должна уступить «объективно-телеологическим критериям».

«Таким образом, речь идет не о том, что “законодатель” – кто бы это ни был – “думал” при принятии закона, а о том, что он должен был бы разумным образом подумать».

Если закон больше не соответствует «актуальным представлениям о ценностях или сегодняшним потребностям правового оборота, то объективная теория открывает судьям возможность отклоняться от субъективной воли исторического законодателя. Тогда в этом отношении применимо крылатое выражение, что «закон умнее законодателя».

Важно понимание того, и я повторяю это, что речь идет о распределении полномочий между законодательной и судебной властью. Поэтому мой основной тезис звучит так:

Вопросы выбора юридического метода – это вопросы власти и конституционные вопросы.

Так называемая *объективная теория* с якобы «объективно-телеологическими критериями» для судебных отклонений от закона превра-

щает судей из *служителей* (Diener) закона в *господ* (Herrn) правопорядка. Она отказывается от связанности законом. Вместо распознаваемой и установленной объективной регулятивной воли законодателя обязательным должно стать то, что, по мнению соответствующей судебной коллегии, законодатель должен был бы желать «разумным образом» (!). Согласно этой теории «разум» (Vernunft) признается исключительно за соответствующими компетентными судьями. Взгляд как в недавнее прошлое, так и в настоящее правосудия в Германии позволил бы немного скромнее оценить результат принципиального обещания (предсказания) разумности решений судов последних инстанций согласно объективной теории. В лучшем случае она гарантирует ориентирование на соответствующий дух времени, но не на разум, право или справедливость.

Хирш перенимает фикцию «объективистов» о том, что «закон умнее законодателя». На самом деле они сами умнее, чем законодатель. Но это противоречит тому, что установил абз. 3 ст. 20, абз. 1 ст. 97 Основного Закона. Представители объективной теории при более точном рассмотрении больше не занимаются толкованием (*Auslegung*), а вкладывают (*Einlegung*) свои субъективные представления о справедливости в правовой порядок вопреки связанности законом.

Винфрид Хассемер, вице-президент Федерального конституционного суда и председатель его второго Сената, применительно к вопросу выбора метода провозглашает следующий принцип:

«Методически судья свободен в выборе правил интерпретации».

Основной Закон устанавливает иначе: судья подчиняется закону, он должен выбирать метод, который удовлетворяет требованию связанности законом. Ошибочно названный «объективным» метод, который в значительной степени вытесняет волю законодателя, столь же неконституционен, как и принцип свободы выбора метода судьи.

Информация об авторе / Information about the author:

Рютерс Бернд, профессор Констанцкого Университета (78457, Германия, г. Констанц), доктор юриспруденции, почетный доктор, современный немецкий теоретик права [**Bernd Rüthers**, Professor, University of Konstanz (Konstanz, 78457, Germany), Dr. Sci. (Law), Honored Doctor, Modern German Legal Theorist].

Верховный Суд Российской Федерации и уголовно-правовое нормотворчество

Ю.Е. Пудовочкин*, М.М. Бабаев*

** ФГБОУВО «Российский государственный университет
правосудия», г. Москва, Россия
11081975@list.ru*

Введение. В обеспечении качества уголовного закона особую роль играет Верховный Суд России, который согласно действующему законодательству наделен правом законодательной инициативы и обязан представлять официальное заключение на все законопроекты по вопросам внесения изменений в уголовный закон. Участие Верховного Суда в законотворческой практике – малоисследованная, но актуальная научная проблема. Анализ статистики и практики законотворческого процесса показывает, что Верховный Суд России за последние 11 лет реализовал право законодательной инициативы о внесении изменений в уголовный закон только четыре раза, в то время как не менее половины его официальных отзывов о подготовленных иными субъектами законопроектах содержат серьезные критические замечания. Можно заключить, что, по существу негативно оценивая многие законопроекты, Верховный Суд России практически не предлагает своего видения оптимального содержания уголовного закона.

Материалы и методы. Исследование выполнено в целях проанализировать формы участия Верховного Суда России в законотворческом процессе; определить факторы, препятствующие эффективной реализации этой функции; наметить пути и средства повышения качества законопроектной деятельности высшей судебной инстанции. Методы исследования: формально-логический, статистический, аналитический, прогностический.

Результаты исследования. Существующие формы участия Суда в законотворческой практике не нарушают установленного Конституцией Российской Федерации принципа разделения властей, но порождают значимые вопросы координации деятельности и уважения компетенции государственных органов, а также обеспечения подлинной независимости суда. В качестве общего тезиса следует признать, что суд не должен сознательно уклоняться от реализации своих возможностей в сфере законотворчества, тогда как парламент обязан уважать мнение профессионального сообщества о качестве проектов уголовных законов.

Обсуждение и заключение. Повышение эффективности участия Верховного Суда России в законотворческом процессе требует создания и функционирования специального организационно-правового механизма. В его практическом воплощении сегодня существует два значимых препятствия: организационного и правового характера. Первое состоит в отсутствии в структуре Верховного Суда России подразделения, которое профессионально занималось бы вопросами законопроектной деятельности, а также в отсутствии механизма координации и согласования позиций парламента и суда. Второе препятствие – слабая и противоречивая научная разработка понятия «предмет ведения» Верховного Суда Российской Федерации, по которому он вправе разрабатывать законопроекты. Однако эти препятствия являются преодолимыми.

Ключевые слова: уголовная политика, законотворческий процесс, законодательная инициатива, официальный отзыв о законопроекте, полномочия Верховного Суда Российской Федерации

Для цитирования: Пудовочкин Ю.Е., Бабаев М.М. Верховный Суд Российской Федерации и уголовно-правовое нормотворчество // Правосудие. 2019. Том 1, № 2. С. 51–72. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.51-72

The Supreme Court of the Russian Federation and Criminal Law Rulemaking

Yury E. Pudovochkin*, Mikhail M. Babayev*

* *Russian State University of Justice, Moscow, Russia*

For correspondence: 11081975@list.ru

Introduction. The Supreme court of Russia plays a special role in ensuring the quality of the criminal law. According to current Russian legislation the Russian Supreme Court has a right to initiate legislation and is obliged to submit the official review on all the bills concerning the amendments of the Criminal Code. The Russian Supreme Court participation in legislative practice is lower developed and current scientific issue. Nevertheless according to statistics and legislative practice analysis the Russian Supreme Court exercised its legislative initiative on the amendments to the criminal law only 4 times for the last 11 years. At the same time not less than a half of Russian Supreme Court's official reviews on the bills, which were prepared by other participants of legislation process, were seriously criticized by the Court. So, the negative assessment was provided by the Court to most of the bills. However, the Russian Supreme Court does not offer the vision and understanding of the criminal law content.

Materials and Methods. To Analyze the forms of participation of the Supreme Court of Russia in the legislative process, to identify factors that impede the effective implementation of this function, to identify ways and means to improve the quality of legislative activity of the highest court. Research methods: formal-logical, statistical, analytical, prognostic.

Results. The existing forms of participation of the Court in legislative practice do not infringe the principle of separation of powers, which is established in the Constitution of the Russian Federation. However, they constitute significant issues of activity coordination and respect to the public authorities and also ensure an independence of a court. As the general thesis, the Court should not intentionally avoid the opportunities in the sphere of legislative process whereas the Parliament is obliged to consider the opinion of the professional community approximate to quality of Criminal law amendments.

Discussion and Conclusion. Improving the effectiveness of the Supreme Court of the Russian Federation in the legislative process requires the creation and functioning of a special organizational and legal mechanism. There are two current significant obstacles for a constitution of such mechanism. The first is the executive obstacle. In the structure of the Russian Supreme Court there is no division, which could deal with the issues of legislative process as well as there is no mechanism of coordination and arrangement of legislative and executive branches of power positions. The second is the legal obstacle. It consists in weak and contradictory scientific development of such concept as a "jurisdictional purview" of the Russian Supreme Court on the drafting bills right matters. However, these obstacles are able to be overcome.

Keywords: criminal policy, legislative process, legislative initiative, official review on the bill, Russian Supreme Court authority

For citation: Pudovochkin, Yu.E., Babayev, M.M., 2019. The Supreme Court of the Russian Federation and criminal law rulemaking. *Pravosudie = Justice*, 1(2), pp. 51–72. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.51-72

Введение, постановка проблемы

Вопрос об участии суда в правотворческой деятельности – один из самых сложных в теории права. Проблемы здесь начинаются с определе-

ния самой категории «правотворчество», разграничения смежных явлений «правотворчество», «законотворчество», «нормотворчество», «правоприменение», «правовое регулирование» и уходят далеко – как в область политико-философских идей, связанных с разграничением функций и властей в государстве, так и в сферу прикладных вопросов применения актов судебной власти, имеющих не индивидуально-правовой, а обобщающий характер. При этом с учетом наличия двух высших судебных органов – Конституционного Суда Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации – эти проблемы удваиваются, поскольку механизм их участия в правотворческом процессе, объем полномочий и компетенция принципиально различны.

В той или иной степени комплекс вопросов, связанных с судебным правотворчеством, уже не раз привлекал пристальное внимание специалистов [Лебедев, В.М., 2000; Марченко, М.Н., 2008; Киселев, П.И., 2010; Neha, J., 2016]. Однако стоит признать, что до настоящего времени они рассматривались преимущественно в общетеоретическом контексте. На отраслевом уровне проблематика судебного правотворчества остается все еще недостаточно изученным объектом. В этой связи представляется, что есть все основания теоретического и прикладного характера для того, чтобы рассмотреть (хотя бы на уровне небольшой научной публикации) вопросы, возникающие в связи с участием лишь одного высшего судебного органа – Верховного Суда Российской Федерации – в процессе создания норм лишь одной отрасли права – уголовного [Елинский, А.В., 2012; Жучкова, Е.В., 2009]. При этом полагаем возможным оставить за рамками настоящего исследования такой относительно самостоятельный предмет анализа, как постановления Пленума Верховного Суда по вопросам применения уголовно-правовых норм, обсуждение их правовой природы, нормативного характера, общеобязательности, места в системе источников уголовного права и в механизме уголовно-правового регулирования [Ображиев, К.В., 2015]. Ограничимся лишь одной связкой: «Верховный Суд Российской Федерации – законотворческий процесс создания уголовно-правовых норм».

Нормативные основы и формы участия Суда в законотворческом процессе

Исходные нормативные предписания, определяющие основание и формы участия высшего судебного органа в работе по созданию уголовно-правовых норм, установлены в Конституции Российской Федерации и ряде нормативных правовых актов.

Согласно ст. 104 Конституции России Конституционному Суду Российской Федерации и Верховному Суду Российской Федерации по вопросам их ведения принадлежит право законодательной инициативы.

На основании ч. 6 ст. 2 Федерального конституционного закона от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации»¹ Верховный Суд осуществляет принадлежащее ему в соответствии с ч. 1 ст. 104 Конституции России право законодательной инициативы по вопросам своего ведения, а также разрабатывает предложения по совершенствованию законодательства Российской Федерации по вопросам своего ведения.

В соответствии со ст. 8 Федерального закона от 13 июня 1996 г. № 64-ФЗ «О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации»² проекты федеральных законов о внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации (УК РФ) могут быть внесены в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации только при наличии официальных отзывов Правительства России и Верховного Суда России (ст. 8 введена Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. № 161-ФЗ). Это требование подтверждено п. «к» ч. 1 ст. 105 Регламента Государственной Думы Федерального Собрания России, утвержденного Постановлением Государственной Думы от 22 января 1998 г. № 2134-II ГД, согласно которому при внесении законопроекта в Государственную Думу субъектом (субъектами) права законодательной инициативы должны быть представлены наряду с иными документами официальные отзывы Правительства Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации по законопроекту о внесении изменений в УК РФ.

На основании этих документов легко сделать общий вывод, что в сфере создания уголовно-правовых норм Верховный Суд Российской Федерации выполняет две функции:

во-первых, по собственной инициативе может разрабатывать и вносить на рассмотрение в парламент проекты федеральных законов;

во-вторых, обязан по запросу иных субъектов законодательной инициативы давать заключения на проекты законов о внесении изменений в УК РФ.

Каждая из этих функций (направлений деятельности в сфере создания уголовно-правовых норм) заслуживает отдельного внимания.

Законодательная инициатива Верховного Суда Российской Федерации

Необходимость участия судебной власти в инициировании и разработке законов не вызывает сомнений. В.И. Анишина верно писала, что «суд не может быть устранен в полной мере от участия в процессе создания правовых норм, поскольку, будучи властным элементом системы

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. № 6. Ст. 550.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 25. Ст. 2955.

управления обществом, он несет в том числе и обязанности государства перед обществом в осуществлении правовой защиты при введении в действие правил, регламентирующих различные сферы жизнедеятельности общества, его институтов, граждан страны» [Анишина, В.И., 2011, с. 4]. Ценность и значимость участия суда в законотворчестве признается и на самом высоком политическом уровне. Выступая перед судебским сообществом, Президент России подчеркнул: «Большое значение имеет правотворческая деятельность Верховного Суда. Она позволяет восполнять пробелы в законодательстве, устранять противоречия, придает многим нормам большую четкость и ясность. Важно, чтобы эта работа отвечала запросам граждан, экономики страны, современным тенденциям, которые диктует время, эпоха бурных технологических изменений. Нужно всегда помнить, что право формируется самой жизнью» [Путин, В.В., 2018].

При всем этом нельзя не обратить внимание на то, что в сфере уголовно-правового регулирования высшая судебная инстанция весьма редко использует свое право законодательной инициативы.

Информационная база данных Государственной Думы России (<http://sozd.duma.gov.ru>) позволяет констатировать, что в период с 1 января 1997 г. (с момента вступления в силу действующего УК РФ) по 1 марта 2019 г. (на момент подготовки настоящей публикации) по инициативе Верховного Суда парламентарии рассматривали всего три законопроекта о внесении изменений в УК РФ.

Официальный портал Верховного Суда России (<http://vsrf.ru>) отражает информацию о разработанных высшей судебной инстанцией законопроектах начиная с 2008 г. и позволяет утверждать о том, что этим органом разработано четыре проекта закона о внесении изменений в УК РФ (см. табл.; эти данные включают и проект закона о введении в УК РФ категории «уголовный проступок», который еще не зарегистрирован в Государственной Думе Российской Федерации).

Динамика законодательных инициатив Верховного Суда России

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019 (март)
Всего	10	12	8	6	13	20	12	9	12	9	13	2
УК РФ	0	0	0	0	2	0	0	1	0	1	0	0

Если не обращать внимание на статистические расхождения, то Верховный Суд инициировал предметно внесение изменений:

– в 2015 г. в УК РФ в части совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности (Закон был принят и

опубликован на официальном интернет-портале правовой информации www.pravo.gov.ru 04.07.2016, № 0001201607040117);

– в 2012 г. в ст. 222 и ст. 223 УК РФ в части единообразного толкования примечаний к этим нормам, конструирующим специальные основания освобождения от уголовной ответственности (Закон был принят и опубликован на официальном интернет-портале правовой информации www.pravo.gov.ru 31.12.2012, № 0001201212310026);

– в 2012 г. в УК РФ в части дифференциации ответственности за мошенничество путем конструирования специальных норм (Закон был принят и опубликован на официальном интернет-портале правовой информации www.pravo.gov.ru 29.11.2012 № 0001201211290006);

– в 2007 г. в ст. 62 УК РФ в части совершенствования механизмов назначения наказания при наличии смягчающих обстоятельств (Закон был принят и опубликован в «Российской газете» 16 февраля 2008 г.).

Если сопоставить эти данные с общим массивом изменений уголовного законодательства (их количество превысило тысячу), становится очевидным, что Верховный Суд России проявляет весьма низкую активность в части реализации предоставленного ему права законодательной инициативы.

Четыре уголовно-правовых законопроекта за такой длительный период – это по существу (фактически) сознательный отказ от выполнения Верховным Судом одной из важных своих функций. И одновременно повод объяснить обществу причины такого отказа.

Между тем:

а) допустим, что половина появившихся в свет за последние 10 лет поправок к УК РФ были приняты без достаточных к тому объективных социальных и криминологических оснований, оказались ошибочными, несправедливыми и т. д. (допущение не такое уж и смелое). Исключим их условно из рассмотрения.

Вторая половина – это многочисленные полезные, необходимые поправки. Понятно, что за каждой из них стоит традиционная цепочка: законодательная инициатива – проект закона – закон. Когда массив таких поправок столь велик, сам по себе этот факт может, на наш взгляд, служить убедительным доказательством существования и в прошлом, и в настоящее время потребности в актуальных по существу, грамотных, хорошо продуманных и во всех отношениях обоснованных законодательных инициативах.

В силу того, что состав судей Верховного Суда Российской Федерации – это средоточие профессионалов высшей юридической квалификации, потенциал его на этот счет особенно велик. Полагаем, что более широкое (естественно, в разумных пределах) использование этого потенциала было бы весьма полезным для совершенствования российского уголовного законодательства;

б) Верховный Суд России располагает бесценным материалом, позволяющим оценить те реальные проблемы, решение которых требует корректировки действующего закона: это проводимые уже в течение ряда десятилетий обобщения и анализы судебной практики. Они, образно говоря, «сами по себе» подсказывают, что и как необходимо корректировать и когда целесообразно выступить с законодательной инициативой;

в) использование судами от имени государства наиболее суровых мер репрессии, решение сотен тысяч человеческих судеб – все это придает именно уголовно-правовой деятельности судов особенно значимый социальный и политический смысл. Представляется, по этому критерию ей уступает гражданско-правовая и административно-правовая практика судов. Возникает вопрос: почему так по-разному Верховный Суд использует свое право субъекта законодательной инициативы? Сам по себе этот факт вряд ли можно оценивать в категориях «хорошо» – «плохо». Однако он нуждается в анализе, в том числе с точки зрения выяснения его причин.

Обращаясь к их исследованию, специалисты не без оснований указывают, что на фоне большой загруженности судов («объем работы сотрудников аппарата суда, помощников судей и самих судей намного превышает условно-сравнимые объемы работы государственных гражданских служащих соответствующих по уровню органов исполнительной государственной власти»), сами «суды не видят в реализации права законодательной инициативы своей специальной задачи, исходят из приоритетов правоприменительной деятельности». Более того, «устраняясь от законотворческой активности, они получают возможность не только чувствовать себя независимой ветвью власти, но и быть арбитром деятельности других государственных органов» [Магомедов, А.А., 2013, с. 10–11].

Это, на наш взгляд, весьма точное наблюдение. Думается, что в его основе – доведенное до абсолюта (и уже оттого ошибочное) представление о системе разделения властей, в которой суды максимально дистанцированы от законотворчества и ограничены лишь «слепым» выполнением воплощенных в законе предписаний. Это механистическое и позитивистское правопонимание хотя и уходит постепенно в прошлое, тем не менее оказывает весьма сильное влияние на общий настрой судов по отношению к законотворчеству.

Но вместе с этим существуют и причины более «земного» характера, связанные с нормативным регулированием самого права законодательной инициативы Верховного Суда Российской Федерации. Напомним, что согласно ст. 104 Конституции России высшая судебная инстанция вправе вносить на рассмотрение в парламент законопроекты по «предметам своего ведения». Однако тут и возникает весьма серьезный в теоретико-прикладном отношении вопрос – что считать «предметом ведения» Верховного Суда Российской Федерации.

Как правило, в литературе это понятие специально не анализируется, а компетенция Верховного Суда Российской Федерации раскрывается через перечисление и анализ его полномочий, определенных Конституцией и Законом «О Верховном Суде Российской Федерации» [Ершов, В.В., ред., 2011, с. 203–204]. При этом создается устойчивое впечатление, что «предмет ведения» – это главным образом организация судебной власти и судопроизводство по уголовным, гражданским, административным и иным делам, другими словами – судоустройственные и процессуальные вопросы. Не случайно именно по инициативе Верховного Суда были внесены в Государственную Думу проекты Гражданского процессуального кодекса, Кодекса административного судопроизводства, проекты законов «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации», «О военных судах». В текущей практике основной массив законодательных инициатив, насколько можно судить по информации с официального сайта Верховного Суда России, также связан с необходимостью решения этих вопросов (в период с 2008 г. по март 2019 г. по вопросам совершенствования Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации высшая судебная инстанция разработала 10 законопроектов).

Проблемы собственно материально-правового (уголовно-правового, гражданско-правового и т. д.) регулирования не воспринимаются как часть «предмета ведения» высшей судебной инстанции. Вероятно, именно по этой основной причине Верховный Суд Российской Федерации и не вторгается в инициативном порядке в их обсуждение и разработку соответствующих законопроектов.

Подготовка официальных отзывов о законопроектах

Начиная с 2003 г., ни один проект закона о внесении изменений в УК РФ согласно нормам действующего законодательства не может быть внесен на рассмотрение в Государственную Думу Российской Федерации без официального отзыва Верховного Суда Российской Федерации. Анализ документов, сопровождающих 50 из последних внесенных в Государственную Думу законопроектов о внесении изменений в УК РФ, свидетельствует, что только в половине отзывов Верховного Суда не содержалось каких-либо замечаний к тексту проекта. В 25 отзывах были высказаны замечания, при этом только в 5 отзывах замечания носили сугубо технико-юридический (формальный) характер, тогда как в остальных они касались, как представляется, принципиальных, существенных положений проекта закона.

Позволим себе для примера привести несколько цитат.

Оценивая проект закона (№ 388776-7), которым предполагается увеличить сроки лишения за квалифицированные виды сексуальных преступлений, высшая судебная инстанция указывает: «В пояснительной записке не приводятся данные судебной статистики и результаты кри-

минологических исследований, подтверждающие недостаточность мер наказания, установленных в санкциях части четвертой статьи 131 и части четвертой статьи 132 УК РФ. По данным Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации, в 2016 году доля лиц, осужденных к наказанию в виде лишения свободы на срок свыше 15 лет по п. “б” ч. 4 ст. 131 УК РФ, составила 8 процентов, а по п. “б” ч. 4 ст. 132 УК РФ – 3 процента. Таким образом, по нашему мнению, имеющийся потенциал санкций действующих ч. 4 ст. 131 и ч. 4 ст. 132 УК РФ позволяет судам назначать справедливое наказание с учетом фактических обстоятельств дела, в том числе учитывать наступившие последствия. При этом усиление наказания за изнасилование или иные насильственные действия сексуального характера, совершенные в отношении потерпевшей (потерпевшего), не достигшей (не достигшего) четырнадцатилетнего возраста, повлекшие по неосторожности указанные последствия, само по себе не может способствовать обеспечению неотвратимости уголовной ответственности за соответствующие общественно опасные действия»³.

В отзыве на проект закона (№ 854729-6), которым предлагается установить в УК РФ специальные нормы об ответственности за хищение бюджетных средств, Верховный Суд отметил: «В настоящее время уголовная ответственность за хищение бюджетных средств и средств государственных внебюджетных фондов предусмотрена статьями главы 21 Уголовного кодекса Российской Федерации “Преступления против собственности”. Для принятия решения о выделении указанных деяний в специальные составы преступлений требуется установить невозможность обеспечения защиты государственной собственности с помощью общих норм. При этом целесообразность такого законодательного предложения должна быть подтверждена специальными исследованиями и данными, свидетельствующими о неэффективности существующих средств защиты охраняемого уголовным законом объекта, в том числе о недостаточности действующих санкций, о соразмерности предлагаемых мер общественной опасности таких деяний. Однако в пояснительной записке к рассматриваемому законопроекту подобное обоснование отсутствует. Высказанный авторами законопроекта аргумент о сложности доказывания по делам данной категории представляется явно недостаточным. Кроме того, дополнение Уголовного кодекса Российской Федерации указанными статьями породит трудно разрешаемые проблемы конкуренции новых и ныне действующих норм... Представляется, что введение особого режима уголовно-правовой охраны одного из видов государственной собственности, сопровождаемое существенным ужесточением наказания, не будет соответствовать конституционному принципу равной защиты различных форм собственности, а также

³ <http://asozd.duma.gov.ru>

принципу справедливости наказания, закрепленному в статьях 6 и 43 УК РФ»⁴.

В отзыве на проект закона (№ 1048192-6), которым предлагалось декриминализировать угон транспортного средства с тем, чтобы соответствующие действия оценивать по статьям закона об ответственности за кражу, высшая судебная инстанция указала: «Признание статьи 166 УК РФ утратившей силу будет означать декриминализацию предусмотренного ею деяния, что при подготовке законопроекта оставлено без внимания. Так, лица, осужденные по статье 166 УК РФ, признаны виновными в неправомерном завладении транспортным средством без цели хищения, что исключает возможность переквалификации их действий на другие статьи уголовного закона, предусматривающие ответственность за хищение. В соответствии с положениями статьи 10 УК РФ указанные лица будут подлежать освобождению от наказания. Между тем, как представляется, такие последствия законодательной инициативы не согласуются с ее концепцией»⁵.

Анализ высказанных Верховным Судом России критических замечаний по предлагаемым проектам законов (по меньшей мере по 20 из изученных) показывает, что они указывают на существенные ошибки в проектируемых нормах, которые по сути своей свидетельствуют о нежелательности соответствующих изменений. Между тем стоит обратить внимание на то, что только единичные отзывы завершаются общим выводом относительно того, что «законопроект Верховным Судом Российской Федерации не поддерживается». В большинстве же отзывов вывод подобного рода не содержится, что формально не позволяет определить официальную позицию высшей судебной инстанции. Такое молчаливое уклонение от однозначной оценки законопроектов может расцениваться как свидетельство невмешательства в законотворческий процесс парламента, проявление политической вежливости по отношению к нему и демонстрация собственной независимости [Gavison, R., 2013].

Но проблема состоит не столько в этом, сколько в том, что отзыв, даже отрицательный по существу, формально не является препятствием к рассмотрению законопроекта в Государственной Думе и последующему принятию закона, в том числе без учета замечаний высшей судебной инстанции. Принцип разделения властей и система противовесов между ними, разумеется, не предусматривают возможности блокирования отзывом Верховного Суда законодательных инициатив парламента и Правительства. Однако надо полагать, что и полное игнорирование мнения одной из властей при разработке законов недопустимо, тем более когда этот закон имеет отношение к предмету ее ве-

⁴ <http://asozd.duma.gov.ru>

⁵ Там же.

дения. Следовательно, необходим механизм, позволяющий согласовать расходящиеся мнения, например, посредством обязательного включения представителей судебной власти в состав рабочих групп по разработке законопроектов, что, в свою очередь, предполагает обязательное наличие самих таких групп в комитетах Государственной Думы, ответственных за разработку законопроекта.

Варианты совершенствования уголовного закона и роль Верховного Суда России

В рассуждениях о роли и возможностях Верховного Суда Российской Федерации в развитии и реформировании уголовного законодательства нельзя обойти вниманием вопрос о том, что само по себе изменение УК РФ может иметь различный характер в зависимости от того, насколько глубоко и масштабно этим изменением корректируется закон. Не требует специальных доказательств мысль о том, что следует различать, с одной стороны, изменения, корректирующие текущие проблемы правового регулирования, восполняющие пробелы, устраняющие неточности и рассогласования правовых норм, а с другой стороны – изменения более или менее фундаментального характера, затрагивающие целые институты уголовного права, а порой и его фундаментальные категории (например, преступления и наказания). Эти два типа изменений условно можно назвать тактическими и стратегическими.

Изменения тактического характера наиболее близки Верховному Суду, поскольку именно в практике применения уголовного закона, в процессе ее анализа и обобщения определяется потребность в самих таких трансформациях. Правы специалисты, когда пишут, что «деятельность судебных институтов по обобщению практики применения нормативных правовых актов в наибольшей степени носит аналитический характер. Она также направлена на совершенствование правоприменительной практики и на выявление пробелов в законодательстве, требующих соответствующего восполнения... Судебные органы, непосредственно выявившие пробел и сформулировавшие новое положение, смогут наиболее точно передать его в тексте законопроекта» [Магомедов, А.А., 2013, с. 12, 16].

Вместе с тем надо учитывать, что текущие проблемы, связанные с неполнотой, неопределенностью и иными дефектами уголовно-правовых норм, во многом разрешаются Верховным Судом при реализации его полномочий давать судам разъяснения по вопросам судебной практики и воплощаются в постановлениях Пленума Верховного Суда. Это зачастую становится поводом для упрека в адрес высшей судебной инстанции со стороны тех юристов, которые в таких постановлениях усматривают неприемлемый нормативный характер и обвиняют Верховный Суд Российской Федерации в присвоении полномочий законодателя [Рарог, А.И., 2001; Иванчин, А.В., 2014, с. 53]. Не углубляясь

в полемику по этому вопросу, отметим, что в таких упреках есть известная доля справедливости и с точки зрения создания «идеального» уголовного закона целый ряд разъяснений Пленума должен был иметь форму закона. Однако в силу отмеченного дистанцирования Верховного Суда от законотворческого процесса эти разъяснения остаются на уровне актов судебной власти, опять же подчеркивая тем самым ее независимость и самостоятельность в решении проблем применения дефектных правовых норм.

Таким образом, участие Верховного Суда Российской Федерации в решении тактических задач совершенствования уголовного закона и практики его применения реализуется в двух направлениях – либо в реализации права на законодательную инициативу, либо в форме разъяснений по вопросам судебной практики в постановлениях Пленума. При этом, как свидетельствует опыт, второй вариант является для высшей судебной инстанции в большей степени предпочтительным (справедливости ради надо также сказать, что этот путь более оперативен, менее ресурсозатратен, а зачастую и более профессионален).

Однако ограничивать роль судебной власти только решением тактических задач уголовно-правового регулирования нельзя. Практика показывает, что законодательные инициативы Верховного Суда России выражаются и в разработке проектов стратегического характера. Самые яркие (они же – единственные) примеры: законопроект о совершенствовании оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности (в очень «урезанном» виде был принят Государственной Думой), законопроект о реформировании составов мошенничества и проект закона, предполагающий включение в УК РФ категории «уголовный проступок». Можно по-разному оценивать содержание этих проектов, соглашаться или не соглашаться с предлагаемыми решениями концептуального реформирования уголовного закона и отдельных его институтов. На то они и проекты, они всегда подлежат обсуждению. Но мотив несогласия не должен, по нашему мнению, служить основанием к отказу в самом праве Верховного Суда России на инициативную разработку фундаментальных законопроектов.

В связи с этим полагаем возможным возразить А.В. Наумову. Он пишет (приведем мысль автора полностью, с извинением за большой объемом цитаты): «Опыт законодательных инициатив Верховного Суда РФ оказался мало удачным. Так, теория уголовного права и судебная практика не восприняли позитивно новеллы УК РФ, предложенные Верховным Судом по формулированию ряда специальных норм УК об ответственности за мошенничество. Думается, что истоки этого лежат в том, что Конституция РФ (в ст. 104) предоставляет право законодательной инициативы (наряду с другими субъектами) и Верховному Суду РФ. Представляется, что это... противоречит конституционному принципу разделения властей. Судебная ветвь власти является сугубо специфици-

ческой. И Верховный Суд РФ осуществляет свои полномочия именно в рамках правосудия. Такой функцией другие субъекты власти (например, Президент РФ, Правительство РФ) не наделены. И это правильно. Как говорится, «Кесарю кесарево»: суду – судебную власть, судопроизводство, а законодателю – законодательство. И у Верховного Суда контроль над законодательством – и громадный, и специальный: судебный надзор за применением законодательства (в том числе и уголовного) в рамках судопроизводства (включая, разумеется, и его право давать разъяснения по вопросам судебной практики)» [Наумов, А.В., 2019, с. 337–338].

Представляется, что сам по себе факт наличия законодательной инициативы у Верховного Суда не посягает на принцип разделения властей (в противном случае, следуя логике автора, в таком праве надо отказывать и Правительству, и Президенту, и Конституционному Суду). Равным образом как само наличие, так и реализация этого права не определяют качества разрабатываемых проектов (в противном случае, ссылаясь на качество проектов, в праве законодательной инициативы стоит отказать, пожалуй, большинству депутатов Государственной Думы). Напротив, считаем, что именно активизация права законодательной инициативы Верховного Суда России и ее надлежащее организационно-методическое и научное сопровождение могут способствовать качественному реформированию уголовного закона.

Другое дело, что стратегические инициативы Верховного Суда разрабатываются, по большому счету, в уголовно-политическом вакууме. Вряд ли сегодня кто-то может ответить на вопрос о том, что представляет собой российская уголовная политика, каково ее основное содержание, перспективы развития, основополагающие идеи, цели. В таких условиях Верховный Суд предлагает свое видение решения уголовно-политических задач, отталкиваясь, разумеется, в первую очередь от проблем и потребностей собственно судебной системы, что, на наш взгляд, по определению не может не отражаться на содержании законодательных инициатив.

Некоторые итоги и перспективы

Итак:

– участие Верховного Суда Российской Федерации в процессе разработки законов о внесении изменений в УК РФ (а по логике вещей – и в разработке нового Кодекса, если и когда в этом возникнет необходимость) имеет под собой конституционную основу и нормативные предпосылки;

– участие судебных органов в законотворческом процессе нельзя рассматривать как нарушение принципа разделения властей, поскольку оно закономерным образом отражает «обратную сторону» этого принципа, предполагающего одновременно системный характер и

синтез усилий государственных органов в реализации функций государства⁶;

– участие Суда в процессе создания уголовно-правовых норм оправданно с сущностной, содержательной точки зрения, поскольку именно Суд при разрешении конкретных уголовных дел, в процессе анализа и обобщения судебной практики выявляет пробелы, противоречия, неполноту уголовного законодательства, его системные «нестыковки» с положениями законов иной отраслевой принадлежности, устранение которых способно оптимизировать УК РФ.

Значимость поддержания и развития связки «суд – законотворчество» признается сегодня и самим судебским сообществом. В Постановлении Президиума Совета судей Российской Федерации от 27 января 2000 г. № 2 «Об участии органов судебского сообщества в законодательном процессе»⁷ было отмечено: «Следует признать, что в целом участие органов судебского сообщества в законотворческом процессе не всегда эффективно. Вызвано это тем, что представители судебной власти участвуют в законопроектной работе, проводимой непосредственно в органах законодательной власти, эпизодически и лишь по своей инициативе. В ряде случаев обращения Совета судей в Государственную Думу о включении в рабочие группы его представителей оставались без ответа. Таким образом, ограничивается использование опыта судей в правоприменительной деятельности, что зачастую приводит к принятию таких законодательных актов, практическая реализация которых весьма затруднительна».

Изложенное дает возможность сформулировать единственный, совершенно не оригинальный, но важный вывод: в интересах последовательного воплощения системных начал принципа разделения властей и в интересах повышения эффективности уголовно-правового регулирования необходим механизм, позволяющий оптимизировать участие высшей судебной инстанции в законотворческом процессе. Между тем, как показывают специальные исследования, «правовая регламентация конституционного полномочия Верховного Суда Российской Федерации по реализации им права законодательной инициативы на сегодняш-

⁶ В.В. Ершов верно отмечает: «Применение категорий системного анализа вызывается необходимостью исследования правовых явлений, в том числе органов государственной власти, в целом, в рамках системы федеральных органов государственной власти России. При таком общенаучном подходе к исследованию правовых явлений уже нельзя ограничиваться только собственно разделением функций органов государственной власти. С объективной необходимостью как в теоретическом, так и в практическом плане прежде всего следует акцентировать внимание на анализе системы органов государственной власти в целом, изучении проблем взаимовлияния, взаимосвязи, сдерживания и взаимоограничений правотворческих, исполнительных и судебных органов государственной власти» [Ершов, В.В., 2018, с. 43–44].

⁷ Российская юстиция. 2000. № 4.

ний день практически отсутствует, а практика реализации этого права основана на сложившихся в Аппарате Верховного Суда Российской Федерации административных обычкновениях» [Скворцов-Савельев, И.А., 2010, с. 10].

В создании и надлежащем функционировании заявленного механизма сегодня, как представляется, есть два существенных препятствия: организационного и правового характера.

Первое состоит в том, что реализация законотворческих инициатив и законопроектной экспертизы со стороны Верховного Суда может быть оптимальной при условии надлежащего организационного сопро-вождения этого направления деятельности.

В цитированном Постановлении Президиума Совета судей Российской Федерации отмечалось: «Подготовка проектов законов требует значительных временных затрат, владения техникой законотворчества, в связи с чем Президиум Совета судей Российской Федерации полагает, что в Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации должна быть развернута работа по законодательному обеспечению судебной деятельности с привлечением в необходимых случаях к выполнению этой работы видных ученых-правоведов на договорной основе». На сегодняшний день в структуре Центрального аппарата Судебного департамента при Верховном Суде функционирует Главное управление организационно-правового обеспечения деятельности судов, в задачи которого наряду с прочим входят разработка законопроектов и проектов иных нормативных правовых актов, участие в подготовке законопроектов и проектов иных нормативных правовых актов, подготавливаемых другими структурными подразделениями Судебного департамента, а также подготовка самостоятельно или совместно с другими подразделениями Судебного департамента заключений на проекты нормативных правовых актов, поступающих на рассмотрение в Судебный департамент, разработка проектов ведомственных нормативных актов по направлению деятельности Главного управления.

Несложно заметить, что содержание законопроектной деятельности соответствующего подразделения Судебного департамента при Верховном Суде закономерно ограничено вопросами, связанными с обеспечением деятельности самой судебной системы, и не выходит за эти пределы в широкую область регулирования иных правовых отношений, в том числе отношений уголовно-правовых.

Эту задачу призваны решать структуры самого Верховного Суда России. Согласно ст. 17 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» в целях организационного, информационного, документационного, финансового и материально-технического обеспечения деятельности Верховного Суда Российской Федерации создается Аппарат Верховного Суда. В структуре Аппарата

функционирует Управление систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда, основные функции которого наряду с прочим включают в себя подготовку отзывов, замечаний и предложений по проектам федеральных законов и иных нормативных правовых актов в соответствии с предметом ведения Верховного Суда, а также участие в подготовке предложений по совершенствованию законодательства и разработке законопроектов, вносимых Верховным Судом в порядке законодательной инициативы⁸. В сфере уголовного права эти функции непосредственно осуществляются в Отделе систематизации законодательства и анализа судебной практики в области уголовного судопроизводства Управления систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда Российской Федерации.

Между тем представляется, что небольшая штатная численность Отдела и обилие возложенных на него функций (прежде всего связанных с обобщением и анализом судебной практики) в совокупности с тем простым обстоятельством, что Отдел лишь «участвует в подготовке предложений» по совершенствованию законодательства, сама инициатива которых принадлежит Верховному Суду Российской Федерации как таковому, не позволяют считать конституционно установленную функцию законодательной инициативы высшей судебной инстанции в должной мере организационно обеспеченной. В связи с чем требуется, на наш взгляд, более детальная проработка вопроса о том, кто же именно и в каком порядке должен инициировать разработку проектов уголовно-правовых законов в высшей судебной инстанции. Не претендуя на оптимальность, смеем в качестве ориентира решения проблемы указать на постановление Правительства Российской Федерации от 2 июня 2004 г. № 264 «Об утверждении Положения о Комиссии Правительства Российской Федерации по законопроектной деятельности», согласно которому именно эта, специально созданная Комиссия (в нее, кстати, по согласованию, входит Заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации) сосредоточивает в своих руках организационно-управленческие функции по подготовке законопроектов Правительством Российской Федерации и обеспечивает участие Правительства в законотворческом процессе. Полагаем, что некое подобие такой комиссии может быть создано и при Верховном Суде Российской Федерации.

Второе из отмеченных выше препятствий – правового характера. Оно состоит в том, что понятие «предмет ведения» Верховного Суда России совершенно не разработано. Вопрос о том, ограничен этот «предмет

⁸ Положение об аппарате Верховного Суда Российской Федерации : утв. Постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 21 октября 2015 г. URL: http://vsrf.ru/about/info/documents_regulations/24122/

ведения» исключительно вопросами судостройства и судебного процесса или же включает широкий круг проблем правового (в том числе уголовно-правового) регулирования общественных отношений, находится на стыке теории судостройства, конституционного права и правовой (уголовно-правовой) политики. Его решение, возможное без вмешательства в текст Конституции России, требует глубокой теоретической проработки.

Специалисты по теории права справедливо пишут: «Существует необходимость толкования понятия “по вопросам их ведения” относительно права законодательной инициативы высших судебных органов Российской Федерации» [Лазарев, В.В. и Шуберт, Т.Э., 2017, с. 13]. При обращении к этому вопросу в науке высказаны различающиеся суждения.

Существует мнение, что Верховный Суд Российской Федерации может осуществлять свое право законодательной инициативы применительно ко всем сферам нормативного регулирования, с которыми связана его правоприменительная деятельность при рассмотрении дел, подведомственных судам общей юрисдикции и арбитражным судам [Котелевская, И., 1996, с. 68–69; Абрамова, А.И., 2000, с. 349]. Близкое суждение высказал Н.А. Тузов: «Объектом (предметом) права судебной законодательной инициативы являются правоотношения, отнесенные к ведению высших и иных судебных органов, которые выражены в их компетенции, включающей в себя подведомственность и подсудность им дел и задачи соответствующих видов судопроизводства. При этом у каждого высшего и иного органа судебной власти имеется свой объект права законодательной инициативы, охватывающий отраслевые вопросы как материального, так и процессуального права, относящиеся к предмету ведения соответствующего суда» [Тузов, Н.А., 2006, с. 11].

В то же время в доктрине представлено мнение о том, что «сторонники широкого понимания полномочий судов как субъектов права законодательной инициативы склонны недооценивать буквальное содержание... конституционной нормы (имеется в виду ст. 104 Конституции Российской Федерации. – М.Б., Ю.П.). ...Специфическое положение судов в системе органов государственной власти обуславливает... сравнительно узкий сегмент, в пределах которого данные органы реализуют свое право законодательной инициативы. Практика его осуществления высшими судебными органами в основном демонстрирует их единство в понимании того, что упомянутые в ст. 104 Конституции Российской Федерации “вопросы ведения” представляют собой вопросы, относящиеся к порядку и условиям осуществления правосудия» [Ганичева, Е.С., 2014, с. 132, 135].

В нашу профессиональную задачу, разумеется, не может входить предметное обсуждение вопроса о том, как следует толковать понятие

«предмет ведения» Верховного Суда Российской Федерации. Однако с позиции решения вопросов оптимизации нормативной основы реализации уголовной политики в стране нельзя не заключить, что инициативная подготовка Верховным Судом законопроектов по проблемам уголовно-правового регулирования является, как минимум, крайне желательной. В этих целях, вероятно, высшая судебная инстанция вправе самостоятельно истолковать понятие «предмет ведения» (например, в Положении об Аппарате Верховного Суда Российской Федерации) и легализовать по сути складывающуюся практику своего непосредственного участия в инициативной разработке проектов уголовно-правовых законов.

Список использованной литературы

Абрамова А.И. Законотворчество в Российской Федерации : науч.-практ. и учеб. пособие / под ред. А.С. Пиголкина. М. : Формула права, 2000. 608 с.

Анишина В.И. Правотворчество в деятельности Верховного Суда Российской Федерации: форма и проблемы реализации // Российский судья. 2011. № 11. С. 4–8.

Ганичева Е.С. Пределы осуществления права законодательной инициативы высшими органами судебной власти // Журнал российского права. 2014. № 11. С. 131–139.

Gavison R. Culture, society, law and adjudication // International Journal of Constitutional Law. October 2013. Vol. 11, issue 4. P. 1114–1119.

Елинский А.В. Проблемы уголовного права в конституционном измерении. М. : Юрлитинформ, 2012. 496 с.

Ершов В.В. Правовое индивидуальное регулирование общественных отношений. М. : РГУП, 2018. 628 с.

Жучкова Е.В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по вопросам уголовного права и уголовного процесса : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 25 с.

Иванчин А.В. Конструирование состава преступления: теория и практика / под ред. Л.А. Кругликова. М. : Проспект, 2014. 352 с.

Киселев П.И. Правотворческая роль актов правосудия в современной России: теоретико-правовой и прикладной аспекты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2010. 27 с.

Котелевская И. Взаимодействие властей в законотворчестве: разногласия и поиски компромисса // Проблемы парламентского права России : сб. / под ред. Л. Иванова. М. : Изд-во МОНФ, 1996. С. 57–73.

Лазарев В.В., Шуберт Т.Э. Право законодательной инициативы высших судов и проблемы его реализации // Журнал российского права. 2017. № 3. С. 5–13.

Лебедев В.М. Становление и развитие судебной власти в Российской Федерации. М. : РАП, 2000. 368 с.

Магомедов А.А. Роль судебной практики в повышении качества законотворческого процесса // Государство и право на современном этапе. Материалы научно-практической конференции, посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации : сб. ст. и тез. Издербаш : ДГУ, 2013. С. 7–16.

Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М. : ТК Велби : Проспект, 2008. 512 с.

Наумов А.В. Уголовный проступок или преступление небольшой тяжести: терминологическое или принципиальное различие? // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XVI междунар. науч.-практ. конф. М. : Проспект, 2019. С. 335–338.

Neha J. Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law // Harvard International Law Journal. 2016, Winter. Vol. 57, no. 1. P. 111–150.

Ображиев К.В. Система формальных (юридических) источников российского уголовного права. М. : Юрлитинформ, 2015. 504 с.

Путин В.В. Выступление на торжественном собрании, посвященном 95-летию Верховного Суда, 22 января 2018 г. URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/56688> (дата обращения: 22.04.2019).

Парог А.И. Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. 2001. № 2. С. 51–57.

Скворцов-Савельев И.А. Суды Российской Федерации как субъекты права законодательной инициативы федерального уровня : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2010. 25 с.

Судебная власть и правосудие в Российской Федерации: курс лекций / под ред. В.В. Ершова. М. : РАП, 2011. 904 с.

Тузов Н.А. Судебная законодательная инициатива: субъекты, основания, объект и проблемы // Российское правосудие. 2006. № 8. С. 4–12.

References

Abramova, A.I., 2000. *Zakonotvorchestvo v Rossijskoj Federacii* = [Lawmaking in the Russian Federation]. Scientific and practical manual. A.S. Pigolkin, ed. Moscow: Formula prava. (In Russ.)

- Anishina, V.I., 2011. Law-making in the activity of the supreme court of the Russian Federation: form and problems of realization. *Rossijskij sud'ya* = [Russian Judge], 11, pp. 4–8. (In Russ.)
- Elinskij, A.V., 2012. *Problemy ugovnogo prava v konstitucionnom izmerenii* = [Problems of criminal law in the constitutional dimension]. Moscow: Yurlitinform, 2012. (In Russ.)
- Ershov, V.V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennyh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of social relations.]. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Ershov, V.V., ed., 2011. *Sudebnaya vlast' i pravosudie v Rossijskoj Federacii* = [Judicial power and justice in the Russian Federation]. Course of lectures. Moscow: RAP. (In Russ.)
- Ganicheva, E.S., 2014. Limits of Exercise of the Right of Legislative Initiative by Supreme Judicial Authority. *Jurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 11. (In Russ.)
- Gavison, R., 2013. Culture, society, law and adjudication. *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), October, pp. 1114–1119. (In Eng.)
- Ivanchin, A.V., 2014. *Konstruirovanie sostava prestupleniya: teoriya i praktika* = [Constructing the corpus delicti: theory and practice]. In: L.L. Kruglikov, ed. Moscow: Prospekt. (In Russ.)
- Kiselev, P.I., 2010. *Pravotvorcheskaya rol' aktov pravosudiya v sovremennoj Rossii: teoretiko-pravovoj i prikladnoj aspekty* = [Law-making role of justice acts in modern Russia: theoretical, legal and applied aspects]. Abstract of Cand. Sci. (Law). Krasnodar. (In Russ.)
- Kotelevskaya, I., 1996. [Interaction of powers in lawmaking: differences and compromise]. In: L. Ivanov, ed. *Problemy parlamentskogo prava Rossii* = [Problems of parliamentary law of Russia]. Collection. Moscow: MONF, pp. 57–73. (In Russ.)
- Lazarev, V.V. and Shubert, T.E., 2017. Power of the Supreme Court to Initiate Legislation and the Problems Connected with Its Implementation. *Jurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 3, pp. 5–13. (In Russ.)
- Lebedev, V.M., 2000. *Stanovlenie i razvitie sudebnoj vlasti v Rossijskoj Federacii* = [Formation and development of the judiciary in the Russian Federation]. Moscow: RAP. (In Russ.)
- Magomedov, A.A., 2013. [The role of judicial practice in improving the quality of the legislative process]. *Gosudarstvo i pravo na sovremenom etape. Materialy nauchno-prakticheskoi konferencii posvyashchennyj 20-letiyu Konstitucii RF* = [State and law at the present stage. Precedens of the scientific and practical conference devoted to the 20th anniversary of the Constitution of the Russian Federation]. Col-

lection of articles and abstracts. Izberbash: DGU, 2013. S. 7–16. (In Russ.)

Marchenko, M.N., 2008. *Sudebnoe pravotvorchestvo i sudejskoe pravo* = [Judicial lawmaking and judicial law]. Moscow: TK Velbi; Prospekt. (In Russ.)

Naumov, A.V., 2019. [A criminal offence or a minor offence: a terminological or fundamental difference?]. *Ugolovnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke* = [Criminal law: a strategy for development in the twenty-first century]: Preceedengs of the XVI international scientific and practical conference. Moscow: Prospekt. (In Russ.)

Neha, J., 2016. Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law. *Harvard International Law Journal*, 57(1), Winter, pp. 111–150. (In Eng.)

Obrazhiev, K.V., 2015. *Sistema formal'nyh (yuridicheskikh) istochnikov rossijskogo ugolovnogo prava* = [System of formal (legal) sources of Russian criminal law]. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)

Putin, V.V., 2018. *Vystuplenie na torzhestvennom sobranii, posvyashchennom 95-letiyu Verhovnogo Suda* = [Speech at the solemn meeting dedicated to the 95th anniversary of the Supreme Court], 22 January. Available at: <<http://www.kremlin.ru/events/president/news/56688>> [Accessed 22.04.2019]. (In Russ.)

Rarog, A.I., 2001. [Legal significance of the explanations of the Plenum of the Supreme Court]. *Gosudarstvo i pravo* = State and Law, № 2, pp. 51–57. (In Russ.)

Skvorcov-Savel'ev, I.A., 2010. *Sudy Rossijskoj Federacii kak sub'ekty prava zakonodatel'noj iniciativy federal'nogo urovnya* = [Courts of the Russian Federation as subjects of law of legislative initiative of the Federal level]. Abstract of Cand. Sci. (Law). St Petersburg. (In Russ.)

Tuzov, N.A., 2006. Judicial legislative initiative: subjects, grounds, object and problems. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 8, pp. 4–12. (In Russ.)

Zhuchkova, E.V., 2009. *Pravovye pozicii Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii po voprosam ugolovnogo prava i ugolovnogo processa* = [Legal positions of the constitutional Court of the Russian Federation on criminal law and criminal procedure]. Abstract of Cand. Sci. (Law). Moscow. (In Russ.)

Информация об авторах / Information about the authors:

Пудовочкин Юрий Евгеньевич, главный научный сотрудник – руководитель направления уголовно-правовых исследований Центра исследований проблем правосудия, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, Москва, ул. Новочерёмуш-

кинская, д. 69), доктор юридических наук, профессор [**Yury E. Pudovochkin**, Chief Researcher – Head of the Department of Criminal Law Research of the Center for the Study of Justice Problems, Russian State University of Justice (69, Novocheryomuskinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor]. E-mail: 11081975@list.ru

Бабаев Михаил Матвеевич, главный научный сотрудник направления уголовно-правовых исследований Центра исследований проблем правосудия, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации [**Mikhail M. Babayev**, Chief Researcher of the Department of Criminal Law Research of the Center for the Study of Justice Problems, Russian State University of Justice (69, Novocheryomuskinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor]. E-mail: babaevmm@yandex.ru

Либеральный и демократический тренды в избирательном праве России

Е.И. Колюшин*

* Центральная избирательная комиссия Российской Федерации
ekolushin@gmail.com

Введение. Развитие избирательного права России происходит в борьбе двух трендов: либерального (буржуазного) и демократического (демократически-функционального). Первый призван обеспечить власть элит, вследствие чего избирательное право вступает в противоречие со смыслом конституционного права граждан избирать и быть избранными. Он проявляется в стремлении свести выборы к акту голосования, уклонении законодателя от содержательного наполнения основных принципов избирательного права, введении по пассивному избирательному праву множества ограничений, которые едва ли согласуются с существом этих принципов, сознательной бюрократизации избирательного процесса.

Теоретические основы. Методы. Либеральный тренд сдерживает раскрытие имеющегося демократического потенциала конституционного права гражданина избирать и быть избранным. Демократический тренд направлен на реализацию народовластия, наполнение реальным содержанием принципа свободных выборов, который должен иметь приоритет по отношению ко всем другим принципам избирательного права. Видимо, принцип свободных выборов должен быть многоаспектен в содержательном плане, предполагая и свободное формирование избирателем своего мнения, и свободное выражение этого мнения, т. е. свободную процедуру голосования, и адекватное волеизъявлению определение результатов выборов. В системе принципов избирательного права названный принцип следовало бы поставить на первое место, обратив внимание на взаимосвязь и взаимодействие с другими принципами, прежде всего – с принципами всеобщего и равного избирательного права. В статье используются общенаучные и научно-научные методы исследования: анализ, синтез, сравнительно-правовой, формально-юридический и др.

Результаты исследования. Вносятся предложения, направленные на укрепление демократического содержания избирательного права. Необходимо либо снять покров закрытости с подготавливаемых до дня голосования списков избирателей (во многих зарубежных странах списки избирателей вывешиваются на избирательных участках для всеобщего обозрения), либо составление таких списков осуществлять при явке избирателей на голосование, как это делается на избирательных участках за границей. Думается, основания отказа в регистрации кандидатов, списков кандидатов следовало бы рассматривать с позиции ценности пассивного избирательного права и свободных выборов. В настоящее время наибольшее количество отказов в регистрации связано с наличием ненадлежаще оформленных документов либо с отсутствием каких-либо сведений. Преобладает приоритет формы над содержанием. Необходимо закрепить обязательное наличие института самовыдвижения на всех видах и уровнях выборов, включая и выборы по пропорциональной избирательной системе. Целесообразно установление взаимозависимости между числом избирателей на соответствующих выборах и числом необходимых для регистрации подписей избирателей как главного логичного критерия в отношении всех кандидатов и списков кандидатов. Работа комиссий и судебная практика по спорам о признании подписей недостоверными свидетельствуют об избыточно высоких уровнях и формализма, и субъективности при оценке подписей избирателей.

Следует пересмотреть сложившееся соотношение предметов федерального и регионального избирательного законодательства. Поскольку федеральный законодатель предоставил субъектам Федерации право дополнять гарантии избирательных прав по сравнению с основными гарантиями), постольку собственное правовое регулирование субъектов Российской Федерации в области избирательного права не должно выходить за пределы введения тех или иных дополнительных гарантий избирательных прав граждан.

Обсуждение и заключение. В результате борьбы разновекторных тенденций избирательное право приобрело нелогичную конфигурацию. Федеральный закон об основных гарантиях формально посвящен не избирательным правам, а гарантиям. Получается некая перевернутая основанием кверху пирамида: ее основанием выступают избирательные действия, осуществление которых обеспечивается закрепленными гарантиями, а на самом вершине пирамиды красуются избирательные права во главе с конституционным правом избирать и быть избранным. Думается, необходимо в законодательстве и правоприменении, судебной практике перевернуть эту пирамиду таким образом, чтобы позитивно зафиксированные избирательные права превратились в ее основание. Гарантии и избирательные действия должны быть приспособлены под обслуживание этих прав, а не наоборот, как в настоящее время, когда гарантии определяют содержание избирательных прав.

Ключевые слова: конституционное право граждан избирать и быть избранными, власть элит, народовластие, избирательное право, либеральный тренд, демократический тренд, борьба, принцип свободных выборов, избирательный кодекс, перечень избирательных прав, гарантии избирательных прав, избирательные действия

Для цитирования: Колюшин Е.И. Либеральный и демократический тренды в избирательном праве России // Правосудие. 2019. Т. 1, № 2. С. 73–100. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.73-100

Liberal and Democratic Trends in Russian Electoral Law

Evgeniy I. Kolyushin*

* *Central Election Commission of Russia, Moscow, Russia*
For correspondence: ekolushin@gmail.com

Introduction. The development of Russian electoral law is taking place in the struggle of two trends: liberal (bourgeois) and democratic (popular). The first is designed to ensure the power of elites, as a result of which the electoral right conflicts with the meaning of the constitutional right of citizens to elect and be elected. It manifests itself in the desire to reduce elections to the act of voting, the legislator's evasion from the substantive filling of the basic principles of electoral law, the introduction of multiple restrictions on passive electoral law, which are hardly consistent with the essence of these principles, the conscious bureaucratization of the electoral process.

Theoretical Basis. Methods. The liberal trend constrains the disclosure of the existing democratic potential of the constitutional right of a citizen to elect and be elected. The democratic trend is aimed at the implementation of democracy, filling the real content to the principle of free elections, which should take precedence over all other principles of electoral law. Apparently, the principle of free elections should be multifaceted in terms of content, assuming the free formation of the voter's opinion, and the free expression of this opinion, i.e., a free voting procedure, and adequate determination of the will while drawing the election results. In the system of principles of electoral law, this principle should be put in the first place, paying attention to the relationship and interaction with other principles, especially with the principles of universal and equal suffrage.

Results. Proposals are made to strengthen the democratic content of the electoral law. It is necessary either to remove the veil of secrecy from voter lists prepared before polling day (in many foreign countries, voter lists are posted at polling stations for public viewing), or to draw up such lists when voters turn out to vote, as is done at polling stations abroad. It seems that

the grounds for refusing to register candidates and lists of candidates should be considered from the standpoint of the value of passive suffrage and free elections. Currently, the largest number of refusals in registration is due to the presence of improperly executed documents or the absence of any information. The priority of form over content prevails. It is necessary to consolidate the mandatory existence of the institution of self-nomination at all types and levels of elections, including elections under the proportional electoral system. It is advisable to establish the interdependence between the number of voters in the relevant elections and the number of signatures required for registration of voters as the main logical criterion for all candidates and lists of candidates. The work of the commissions and judicial practice on disputes on recognition of signatures as unreliable testify to excessively high levels of both formalism and subjectivity in the process of evaluation of voters' signatures.

The existing correlation between Federal and regional electoral legislation should be reviewed. Since the Federal legislator granted the subjects of the Federation the right to supplement the guarantees of electoral rights in comparison with the basic guarantees, to the extent that the own legal regulation of the subjects of the Russian Federation in the field of electoral law should not go beyond the introduction of certain additional guarantees of electoral rights of citizens.

Discussion and Conclusion. As a result of the struggle of different trends, the electoral right has acquired an illogical configuration. The Federal law on basic guarantees is not formally devoted to electoral rights, but to guarantees. It turns out a kind of inverted pyramid: it is based on electoral actions, the implementation of which is provided by fixed guarantees, and at the very top of the pyramid flaunts electoral rights, headed by the constitutional right to elect and be elected. I think it is necessary in legislation and law enforcement, judicial practice to turn this pyramid in such a way that positively recorded electoral rights become its Foundation. Guarantees and electoral actions should be adapted to the maintenance of these rights, and not vice versa, as at present, when guarantees determine the content of electoral rights.

Keywords: the constitutional right of citizens to elect and to be elected, the power of elites, democracy, election law, liberal trend, the democratic trend, the struggle, the principle of free elections, the electoral code, the list of electoral rights, guarantees of electoral rights, the electoral operation, the inverted pyramid

For citation: Kolyushin, E.I., 2019. Liberal and democratic trends in russian electoral law. *Pravosudie = Justice*, 1(2), pp. 73–100. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.73-100

Введение

Бывший председатель Комитета по конституционному законодательству Государственной Думы Федерального Собрания известный юрист В.Н. Плигин метафорично отождествляет изменения избирательного законодательства с колебаниями маятника¹. Оценки действующего избирательного права и практики его применения различаются от избыточно хвалебных² до весьма критических, предполагающих необходимость проведения реформы³.

¹ См.: Плигин В.Н. Частые перемены – это желание обеспечить легитимность // Коммерсант. 2013. 9 дек. Нередко справедливо отмечают, что избирательное законодательство «грешит нагромождением норм» [Колобаева, Н.Е., 2015, с. 19].

² «...Процесс совершенствования избирательного законодательства приблизился к пределу своих возможностей (если у совершенства есть предел)», – пишут известные организаторы выборов [Вавилов, С.В. и Реут, Д.А., 2018, с. 29].

³ См. об этом: Итоговый отчет миссии ОБСЕ по наблюдению за выборами Президента Российской Федерации 18 марта 2018 г. URL: www.osce.org; [Черепанов, В.А., 2019, с. 33].

Теоретические основы. Методы

Избирательное право России в различных его проявлениях (позитивное право как составная часть конституционного права России, естественное право, нормативное закрепление соотношения политических сил, юридическая наука, избирательный процесс) исследуется с позиции содержания и механизма действия конституционного права гражданина России избирать и быть избранным в органы государственной власти и местного самоуправления. Обусловленное как объективными особенностями первичного правового регулирования посредством конституционных положений, так и субъективно-политическими причинами отсутствие однозначного содержания названного конституционного права дает основания для его трактовки и дальнейшего построения механизма действия и с позиций либеральных (буржуазных) теорий основных прав гражданина, и с позиций демократически-функциональных теорий.

Автор обращается и к догматическим методам анализа нормативных источников, прослеживая в том числе тенденции их изменений, и к трудам ученых-юристов, и к практике работы избирательных комиссий, судебной практике по делам о защите избирательных прав граждан.

Результаты исследования

Если сравнить источники избирательного права России, практику выборов в первые постсоветские годы и в настоящее время, то, думается, можно прийти к выводу о том, что развитие институтов выборов и избирательного права происходит в борьбе **двух разновекторных тенденций: либеральной и демократической.**

Либеральный (буржуазный) тренд – закрепление власти элит

Либеральный тренд **основан на необходимости обеспечения власти элит, подозрительно-негативном отношении к провозглашенному в Конституции России народовластию, рассматриваемому в качестве некой иконы, красивого пропагандистского образа, которому непозволительно иметь действенные механизмы реализации.** Он проявляется уже в самом стремлении свести **выборы только к акту голосования.**

В соответствии с Конституцией России выборы – это непосредственное выражение власти народа (ч. 3 ст. 3). Однако действующий Федеральный закон от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»⁴ (далее – Федеральный закон об основных гарантиях

⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 24. Ст. 2253.

избирательных прав) на понятийном уровне (п. 9 ст. 2) не продвигается дальше фиксации выборов как формы прямой демократии, сводя их к прямому волеизъявлению граждан, осуществляемому в целях формирования органа государственной власти, органа местного самоуправления или наделения полномочиями должностного лица, т. е. к акту голосования. При таком понимании выборов большую часть действий на пути к голосованию и после голосования можно вывести из области «выражение власти народа» и перевести в плоскость формально-бюрократических мероприятий без участия этого самого народа. Именно на такое развитие событий направлен либеральный тренд. Происходит **бюрократизация избирательного права и выборов** с печальной перспективой сохранения буквы конституционного права «избирать и быть избранным» при выхолащивании его существа.

Вместе с тем регулирование избирательными законами последовательности избирательных действий, сроков их осуществления дает все основания для рассмотрения выборов как процесса, проходящего ряд стадий и завершаемых не голосованием, а определением и публикацией результатов. Следовательно, **конституционное понимание выборов как непосредственного выражения власти народа должно определять содержание не только голосования, но и всех других стадий выборов**. Именно оно должно определять содержание демократического избирательного права.

Либеральный тренд сдерживает раскрытие имеющегося демократического потенциала конституционного права гражданина избирать и быть избранным. Такой вывод следует, в частности, из текстов Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав граждан Российской Федерации» в первоначальной редакции от 6 декабря 1994 г.⁵ и Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 12 июня 2002 г. в действующей редакции.

Первый из названных – Закон 1994 г. – предусматривал значительно более широкий круг субъектов права выдвижения кандидатов на выборные должности. В настоящее время в этот круг не входят избирательные блоки и почти все общественные объединения, кроме политических партий. Действующий Закон не предусматривает всеобщего ознакомления со списком избирателей. Сами избиратели утратили право выдвижения кандидатов по месту работы, учебы, службы и жительства. Ликвидирован институт независимых кандидатов. Принижено значение особого мнения члена избирательной комиссии, не согласного с решением комиссии, которое ранее должно было быть доведено до сведения вышестоящей комиссии в трехдневный срок. Вышестоящие избирательные комиссии утратили право принять самостоятельное решение по существу жалобы. Досрочное голосование в Законе 1994 г. (ст. 30)

⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 33. Ст. 3406.

предусматривалось только для тех, кто в течение 15 дней, включая день выборов, будет отсутствовать по месту своего жительства. В настоящее время резко расширены правовые возможности для досрочного голосования, что используется нередко в интересах административного ресурса. Ослаблены материальные гарантии тайного голосования, так как из избирательного Закона исключено положение о наличии специально оборудованной кабины или комнаты для голосования, в которых не допускается присутствие иных лиц (ч. 6 ст. 30 Федерального закона от 6 декабря 1994 г.). Этот перечень можно продолжить [Лукьянова, Е.А. и Порошин, Е.Н., 2019].

В литературе имеются предложения о возврате к «демократии налогоплательщиков» с известными в прошлые века имущественным, образовательным цензами, цензом оседлости [Шахрай, С.М., 2013, с. 171]. С.М. Шахрай делает и более глобальный вывод: «...само наличие институцированного всеобщего, равного и прямого избирательного права превратилось в одну из самых значимых экономических, даже цивилизационных проблем стран ЕС и США» [Шахрай, С.М., 2013, с. 169]. Заманчиво решать экономические проблемы через ограничения политического права избирать и быть избранным. По всей вероятности, предложение соответствует либеральным представлениям о демократии как власти не народа, а элиты, для которой народ является только объектом управления. Однако такой подход возвращает к исторически отвергнутой практике приоритета имущественного положения над равенством прав и свобод человека и гражданина. Он противоречит ст. 19 Конституции России, в части второй которой государство обязалось гарантировать **равноправие граждан независимо от их имущественного положения**.

В русле либерального тренда находится **уклонение законодателя от содержательного наполнения основных принципов избирательного права и введение по пассивному избирательному праву множасьихся ограничений, которые едва ли согласуются с существом этих принципов**. Так, позитивное избирательное право не определяет содержания принципа обязательности и периодичности выборов, а суды сводят его к проведению выборов через определенные периоды, но только при условии, что сами выборы не отменены⁶. Вследствие такого понимания принципа обязательности и периодичности выборов законодатель может по своему усмотрению отменять выборность государственных органов и должностных лиц, кроме выборов депутатов Государственной Думы и Президента России, манипулировать

⁶ В Определении от 27 февраля 2008 г. (дело № 46-Г08-2) Верховный Суд Российской Федерации отметил, что «принципы обязательности и периодичности, а также судебный порядок назначения срока выборов действуют в отношении тех выборов, проведение которых предусмотрено по окончании срока полномочий органов или депутатов». Верховный Суд Российской Федерации фактически стоит на весьма прагматической позиции, в соответствии с которой отмена выборов лишает смысла рассуждения о их обязательности и периодичности.

сроками полномочий, досрочно прекращать полномочия выборных органов. В стране сокращается число выборных муниципальных органов и должностных лиц. Идет процесс отказа от выборов глав муниципалитетов и представительных органов муниципальных образований второго уровня.

Выборы должностных лиц в широких масштабах заменяются избранием. Хотя избирательное право в настоящее время по существу не признает подобный способ замещения должности выборами, не регулирует эти процедуры, но терминологически далеко не всегда имеет место соблюдение такого подхода⁷.

Можно придумать большое число аргументов в пользу замены выборов избранием, например, законодательными органами глав ряда субъектов Российской Федерации, в том числе: большая безопасность, повышение уровня компетентности участвующих в принятии решения, компактность сроков принятия решения, дешевизна процедуры и др. Однако **практику замены выборов избранием нужно оценивать как ограничение действия принципа обязательности и периодичности выборов**, который требует безусловного проведения выборов по истечении определенного периода времени после предыдущих аналогичных выборов и **запрет их отмены** без объективной необходимости. Целесообразно выработать и закрепить в законодательстве обстоятельства, свидетельствующие о возникновении такой необходимости. К ним можно было бы отнести такие обстоятельства, которые обуславливают введение в действие специальных режимов функционирования власти и населения вплоть до военного положения, серьезные территориальные изменения и изменения численности населения, а также конституционную реформу.

Демократическая тенденция обусловлена поиском избирательного права, адекватного потребностям обеспечения реального народного владычества и стремлением наполнить содержанием **принцип свободных выборов**. Вследствие чего в предмет избирательного права включаются те отношения на выборах, которые и/или их различные проявления раньше избирательным правом не регулировались (статус кандидата, обязанность государственных органов содействовать избирательным комиссиям, активное голосование, статус членов избирательных комиссий, избирательные фонды, продвижение статуса избирательных комиссий по пути усиления публично-властных начал в сочетании с общественными, регламентация процедур голосования, определения итогов голосования и др.). Расширение сферы судебного контроля за дей-

⁷ Так, ч. 1 ст. 96 Конституции России устанавливает, что Государственная Дума избирается, а ч. 2 этой же статьи повествует о порядке выборов депутатов Государственной Думы. В текстах избирательных законов слово «выборы» нередко заменяется словом «избрание» и производными от него, что не способствует проведению принципиальных различий между выборами и избранием.

ствиями избирательных комиссий формально не относится к предмету избирательного права, но находится в русле демократизации порядка организации и проведения выборов.

Принцип свободных выборов

В части избирательного права только два положения Конституции России имеют универсальный характер и распространяются на все виды выборов. В статье 3 Конституция России объявила референдум и свободные выборы высшим непосредственным выражением власти народа, а в ст. 32 провозгласила **конституционное право гражданина избирать и быть избранным в органы государственной власти и органы местного самоуправления.** Избирательное право лишь упоминает о свободных выборах, но мало сделало для юридического оформления содержания и определения их места в системе принципов. **Видимо, принцип свободных выборов должен быть многоаспектен в содержательном плане, предполагая и свободное формирование избирателем своего мнения, и свободное выражение этого мнения, т. е. свободную процедуру голосования, и адекватное волеизъявлению определение результатов выборов.** В системе принципов избирательного права названный принцип следовало бы поставить на первое место, обратив внимание на взаимосвязь и взаимодействие с другими принципами, прежде всего – с принципами всеобщего и равного избирательного права. Именно принцип свободных выборов должен задавать тренды содержательного демократического развития всех других принципов избирательного права.

Обсуждение и заключение

Известно, что списки избирателей являются одной из важных гарантий принципа всеобщего избирательного права. Существующая весьма громоздкая и дорогостоящая система регистрации избирателей и включения их в списки избирателей теоретически может считаться соответствующей принципу всеобщего избирательного права только без учета влияния на него принципа свободных выборов. Если же исходить из того, что списки определяют круг граждан, воля которых должна формироваться и выражаться свободно, то оценка существующего порядка может быть иной⁸.

Такая система учета и регистрации, составления списков избирателей заведомо повышает уровень абсентеизма избирателей. Она отрица-

⁸ В России процедура учета и регистрации избирателей ежегодно по состоянию на 1 января и 1 июля такова, что никто из граждан, политических партий не имеет никакой информации о регистрации его в качестве избирателя или об от-

ет право избирателя на исключение из списка избирателей. При этом значительно увеличивается возможность манипулирования результатами выборов как путем незаконного голосования за избирателей, о которых достоверно известно, что они не придут голосовать, так и путем «засушивания» избирательных кампаний с целью отталкивания от выборов активных граждан и привлечения к голосованию наиболее подверженных административному влиянию категорий граждан.

Необходимо **либо снять покров закрытости с подготавливаемых до дня голосования списков избирателей** (во многих зарубежных странах списки избирателей вывешиваются на избирательных участках для всеобщего обозрения), **либо составление таких списков избирателей осуществлять при явке избирателей на голосование**, как это делается на избирательных участках за границей.

Широкое использование многочисленных норм и технологий фильтрации кандидатов на стадии выдвижения и регистрации⁹, неравного доступа зарегистрированных кандидатов к СМИ вследствие отсутствия объективных содержательных различий между информированием избирателей о выборах и предвыборной агитацией¹⁰, повышения

сутствии таковой, поэтому нередко наблюдаются большие различия между числом зарегистрированных избирателей и числом последних в списках. Возможности ознакомления на избирательном участке со списком избирателей без права получения копий, производства выписок из него де-юре предоставлены очень небольшому кругу лиц под предлогом защиты персональных данных. При этом полученная информация не имеет никакого юридического значения. Работать со списками, т. е. иметь реальный доступ к ним, могут только председатели и секретари избирательных комиссий, отдельные члены комиссий по поручению председателя комиссии и системные администраторы разного уровня, включая сотрудников Федерального центра информатизации при ЦИК России. При дистанционном электронном голосовании списки избирателей на бумажном носителе вообще могут отсутствовать.

⁹ Согласно п. 24 и 25 Федерального закона об основных гарантиях избирательных прав имеется 19 оснований отказа в регистрации кандидата и 16 оснований отказа в регистрации федерального списка кандидатов. Пунктом 26 названного Закона установлено 10 оснований исключения кандидата из заверенного избирательной комиссией списка кандидатов. Кроме того, столь многочисленные основания сформулированы с разной степенью определенности и допускают различные толкования. Поэтому, как показывает практика, имеются излишне большие возможности для усмотрения со стороны регистрирующего органа и его должностных лиц. Избирательным законам известны 9 оснований отмены регистрации кандидата и 7 оснований отмены регистрации списка кандидатов. Большая их часть касается нарушений, аналогичных нарушениям, являющимся основаниями для отказа в регистрации. В итоге регистрация отнюдь не означает, что к одним и тем же обстоятельствам нельзя возвратиться с целью ее отмены.

¹⁰ Согласно правовой позиции Конституционного Суда России, сформулированной в его Постановлении от 30 октября 2003 г. № 15-П, они различаются только целевой установкой. Внешнее сходство не является доказательством наличия агитации. Выявление подобной специальной цели не может быть объективным.

явки избирателей на выборы¹¹ должно оцениваться с позиции требований принципа свободных выборов. Нельзя не согласиться с выводом о том, что значительная часть таких проектов апеллировала к корыстным чувствам избирателей. На конкретных выборах они могут повысить явку, однако формируют у части избирателей «устойчивое восприятие выборов как способа приобрести те или иные материальные блага, оттесняя на второй план их суть» [Селезнев, П.С., Мокин, А.Б. и Соболев, А.В., 2018, с. 116.].

Думается, **основания отказа в регистрации следовало бы рассматривать с позиции ценности пассивного избирательного права и свободных выборов.** В настоящее время наибольшее количество отказов в регистрации связано не с отсутствием у кандидата пассивного избирательного права или приостановлением такого права на законных основаниях, а с наличием **ненадлежаще оформленных документов либо с отсутствием каких-либо сведений. Преобладает приоритет формы над содержанием**¹².

¹¹ Например, за счет увеличения продолжительности голосования на 2 часа, как это было в Москве на выборах мэра города в 2018 г., переноса дня голосования на выборах Президента России с 4 марта на 18 марта 2018 г., т. е. фактически на день празднования годовщины принятия Крыма и Севастополя в состав Российской Федерации, высокого уровня досрочного голосования и/или голосования вне помещения участковой избирательной комиссии, проведения в день голосования массовых мероприятий, формально не относящихся к избирательным действиям, но фактически направленных на мобилизацию избирателей для участия в выборах (концерты и акции типа «Фото на выборах» с розыгрышем призов для участников выборов, проведение школьных референдумов, голосований в помещениях избирательных комиссий по коммунальным проектам и многое другое).

¹² Так, при выявлении неполноты сведений о кандидатах или несоблюдения требований закона к оформлению документов соответствующая избирательная комиссия согласно п. 11 ст. 38 Федерального закона об основных гарантиях избирательных прав не позднее чем за три дня до дня заседания избирательной комиссии, на котором должен рассматриваться вопрос о регистрации кандидата, списка кандидатов, извещает об этом кандидата, избирательное объединение. Не позднее чем за один день до дня заседания избирательной комиссии, на котором должен рассматриваться вопрос о регистрации, кандидат, избирательное объединение вправе вносить уточнения и дополнения в представленные документы (за исключением подписных листов с подписями избирателей). Это прогрессивное положение избирательного права, укрепившие гарантии избирательных прав, нередко трактуется в интересах не обладателей пассивного избирательного права, а избирательных комиссий, препятствуя представлению дополнительных сведений. Например, если не представлены сведения о зарубежном имуществе супруги (супруга), то комиссия извещает об этом кандидата, но последний, несмотря на наличие и времени до заседания комиссии, и желая, не вправе исправить ошибку, так как указанные сведения рассматриваются как новый документ. Право заменить представленный документ ограничено только случаем оформления его с нарушением требований закона, что влечет либо отказ в такой замене, либо разрешение замены по усмотрению руководите-

Отказ в регистрации кандидата, списка кандидатов на конкретных выборах означает если не лишение, то, во всяком случае, приостановление действия пассивного избирательного права у конкретного гражданина, группы граждан. Гражданин, группа граждан привлекаются к конституционно-правовой ответственности. Цена вопроса – частичное приостановление действия конституционного права избирать и быть избранным во второй его части. Соответственно должна быть определенная соразмерность между деянием (действием, бездействием) и мерой ответственности. Однако избирательное законодательство и практика выборов идут по другому пути, вследствие чего **конституционное право быть избранным** для многих граждан **теряет реальное содержание** уже на начальном этапе попытки его реализации. Видимо, кроме случаев отсутствия пассивного избирательного права, отказ в регистрации кандидата, списка кандидатов должен рассматриваться как мера, обусловленная **неоднократными виновными грубыми нарушениями избирательного законодательства**.

У кандидатов, избирательных объединений должно быть право заменить любой документ, исключая подписные листы, представить недостающие документы и сведения вплоть до заседания, на котором рассматривается вопрос о регистрации. Если после регистрации выяснится недостоверность представленных документов и сведений, то следует обязать избирательную комиссию обращаться в суд с административным иском заявлением об отмене регистрации с взысканием с виновника определенной части расходов на выборы.

Необходимо закрепить обязательное наличие института самовыдвижения на всех видах и уровнях выборов, включая и выборы по пропорциональной избирательной системе. Институт самовыдвижения кандидатов служит определенным противовесом полной монополизации выборов политическими партиями, позво-

ля комиссии. Например, кандидат, его супруга (супруг), их несовершеннолетние дети не имеют ни счетов в иностранных банках, ни недвижимого имущества за границей, не совершали никаких сделок с имуществом в течение последних трех лет. Сведения об этом должны быть представлены в избирательную комиссию по форме, которая установлена не законом, а соответствующим указом Президента Российской Федерации. Поэтому заменять представленные документы нельзя. Форма сведений на практике трактуется таким образом, что кандидат не может представить один документ с указанием себя, супруга (супруги) и двух несовершеннолетних детей. Таких документов должно быть четыре. Исправлять что-либо в представленных документах кандидат не вправе. Более того, прочерки, незаполненные графы чаще всего трактуются как отсутствие сведений с вытекающим из этого обстоятельства отказом в регистрации. В итоге, например, совершенно очевидно, подтверждено представленными в комиссию сведениями, что у кандидата и его родственников нет никакого имущества за рубежом. Однако ему отказывают в регистрации в качестве кандидата на выборную должность только по причине незаполнения формы с заведомо нулевым содержанием.

для активным гражданам участвовать в выборах независимо от формальных или фактических связей с политическими партиями. Вместе с тем законодатель мог бы внести свой вклад в минимизацию использования института самовыдвижения в целях манипулирования избирателями. Видимо, **целесообразно запретить членам политических партий участвовать в выборах в качестве самовыдвиженцев.**

Заявительный порядок регистрации кандидатов на выборах муниципальных депутатов известен в небольшом числе регионов. Думается, что для муниципалитетов первого уровня он должен быть обязательным на выборах и депутатов, и глав муниципальных образований, независимо от нормы представительства, так как в настоящее время весьма острой является проблема обеспечения конкурентности на подобных выборах.

Количество необходимых для регистрации подписей колеблется в широких пределах и часто меняется. Оно установлено относительно числа избирателей или в абсолютных цифрах¹³. Можно утверждать, что каких-либо научно обоснованных параметров необходимого количества подписей на выборах разного уровня до настоящего времени не выработано. **Видимо, необходимо установление взаимозависимости между числом избирателей на соответствующих выборах и числом необходимых для регистрации подписей избирателей как главного логичного критерия в отношении всех кандидатов и списков кандидатов**¹⁴. В итоге **абсолютное число подписей будет значительно уменьшено.**

При выборах по смешанной избирательной системе, разумеется, будут различия в числе подписей, приходящихся на одного кандидата. Однако и существующие в настоящее время диспропорции представ-

¹³ В первом случае оно колеблется в пределах 0,5–3 процента от числа избирателей округа, во втором речь идет, например, о 200 000 подписей на выборах депутатов Государственной Думы по общефедеральному округу, 300 000 подписей для кандидата-самовыдвиженца и 100 000 подписей для выдвинутого политической партией кандидата на выборах Президента Российской Федерации. Если округленно число избирателей России считать равным 110 млн, то указанные тысячи избирателей составят соответственно 0,18 процента, 0,27 процента, 0,09 процента от избирательного корпуса страны. Получается, что доля необходимых подписей в общем числе избирателей на федеральных выборах не увеличивается, а уменьшается, что едва ли логично.

¹⁴ Если требуемые в настоящее время для выдвинутого политической партией кандидата 100 000 подписей на выборах Президента Российской Федерации считать предельной величиной (исторически это оправданно, так как именно такое число подписей требовалось для регистрации кандидата на должность на первых выборах Президента страны в 1991 г.), т. е. до 0,1 процента от числа избирателей, то эту долю можно было бы считать максимально допустимой для выборов федерального уровня. На региональных и муниципальных выборах она может быть и меньше.

ляются резко ограничивающими возможности реализации пассивного избирательного права в одномандатных избирательных округах¹⁵.

Смысл подписей в поддержку кандидата, списка кандидатов в том, чтобы **выявить наличие самых минимальных предпосылок общественной поддержки соответствующих личных или групповых претензий на участие в осуществлении публичной власти**. Однако регулирование порядка сбора и фильтрации подписей в комиссиях построено на других основаниях. Так, круг обстоятельств для признания подписей недействительными включает в себя в настоящее время **полтора десятка оснований**¹⁶. Работа комиссий и судебная практика по спорам о признании подписей недостоверными свидетельствуют об **избыточно высоких уровнях и формализма, и субъективности при оценке подписей избирателей**¹⁷.

¹⁵ Например, в нынешних условиях, собрав 200 тыс. подписей, политическая партия имеет потенциальную возможность зарегистрировать список кандидатов в депутаты Государственной Думы, состоящий из 400 человек, т. е. арифметически на одного зарегистрированного кандидата приходится 500 подписей избирателей, а в поддержку одного кандидата-самовыдвиженца, кандидата, выдвинутого этой же политической партией в одномандатном округе, в зависимости от числа избирателей должно быть собрано от 3000 до 22 000 подписей. Если для регистрации федерального списка кандидатов партии необходимо собрать 100 000 подписей избирателей, то в одномандатных округах их число должно резко сократиться. При средней численности избирателей округа порядка 480 000 человек для регистрации, видимо, достаточно 480 подписей.

¹⁶ Недействительными считаются подписи, собранные вне периода сбора подписей, подписи в неправильно оформленных подписных листах, включая неоговоренные исправления, подписи, внесенные с нарушениями со стороны избирателя (в частности, если избиратель собственноручно не проставил дату), и многие другие. Многие методики экспертизы подписей не признают в принципе возможность установления принадлежности одному и тому же человеку подписи и даты ее выполнения в подписном листе по причине недостаточности исследуемого материала. Тем не менее в практике выборов так называемые экспертные заключения по подписи и дате ее выполнения получили широкое распространение, выводы экспертов не могут быть оспорены в суде и, как правило, воспринимаются избирательными комиссиями в качестве неопровержимых доказательств.

¹⁷ На первом плане находится не выявление действительных намерений избирателя поддержать кандидата, список кандидатов, а выявление малейших неточностей в сведениях и оформлении подписных листов. Если, например, сборщик подписей не указал номер квартиры, в которой он проживает, то все поставленные избирателями подписи в подписном листе признаются недействительными, хотя никто не сомневается в том, что именно он собирал подписи, и никаких сомнений нет в том, что именно эти избиратели высказались в поддержку кандидата. Думается, принимаемое избирательной комиссией решение о признании подписи недействительной должно иметь объективное подтверждение, которое позволяло бы провести судебную проверку на предмет наличия или отсутствия истинных намерений подписантов. Однако законодательство и практика идут по другому, сугубо формальному пути. Более того, при проверке подписных ли-

В рамках отдельных информационных блоков запрещены **предпочтения** какому-либо кандидату, избирательному объединению, **дискриминация (умаление прав)** кандидатов, избирательных объединений. Названо одно из запрещенных проявлений дискриминации – время освещения предвыборной деятельности кандидатов, избирательных объединений. На практике все эти запреты имеют **оценочный характер**, вследствие чего многократные различия времени освещения аналогичных предвыборных мероприятий разных кандидатов не считаются дискриминацией. Если их исключить, то это, разумеется, не будет способствовать уменьшению уровня неравенства кандидатов, политических партий. Если же в последний месяц до дня голосования отказаться от разделения информационного обеспечения выборов на две фактически неразделимые части и **любое, кроме исходящего из избирательных комиссий, информирование о выборах в средствах массовой информации за месяц до дня голосования считать предвыборной агитацией, то это будет способствовать укреплению принципов равных и свободных выборов.**

Избирательное право не должно искажать конституционный принцип равенства [Sebula, A., 2018]. Равное избирательное право должно находиться под судебным контролем [Smekal, H. and Vyhnanek, L., 2016]. При этом не следует забывать о том, что конституционное право избирать и быть избранным входит в группу политических (общественно-политических прав), поэтому существуют пределы избирательного равенства, обусловленные в том числе и необходимостью политической представленности¹⁸ [Chryssogonos, K. and Stratilatis, C., 2012]. Некоторые имеющиеся исключения из принципа равного избирательного права в свете принципа свободных выборов могут утратить обосновывающие их существование аргументации. Так, основные аргументы в пользу 5-процентного заградительного барьера на выборах депутатов Государственной Думы обусловлены **необходимостью поддержания работоспособности парламента, на большинство в котором обязательно опираться правительство.** Его действие влечет нередко игнорирование волеизъявления миллионов граждан, голоса которых в интересах создания работоспособного парламента трансформируются в депутатские мандаты, передаваемые оппонентам. Однако Россия не является

стов экспертиза в том виде, как ее понимает законодательство в области судебно-экспертной деятельности, не проводится, поэтому соответствующие заключения специалистов, в том числе и называемые экспертными, могут быть в разных формах. При проведении экспертизы подписей и подписных листов не применяется Федеральный закон от 31 мая 2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

¹⁸ В России, например, достаточно обоснованно отступление от принципа равного избирательного права при создании одномандатных избирательных округов на выборах депутатов Государственной Думы в субъектах Российской Федерации с небольшим числом избирателей.

парламентской республикой, в которой правительство зависит от парламентского большинства. Правительство России не несет ответственности перед парламентом¹⁹.

Сроки совершения избирательных действий следует рассматривать как одну из гарантий избирательных прав. Они могут как способствовать реализации избирательных прав, так и создавать этому препятствия²⁰.

Федеральный закон об основных гарантиях избирательных прав часто изменяет **так называемые единые дни голосования (март, октябрь, сентябрь), устанавливая то один, то два дня в год, то второе, то третье воскресенье месяца**, что, однако, не препятствует проведению голосования в разных местах страны почти в каждое воскресенье года.

Сокращение срока обжалования в суде протокола участковой избирательной комиссии с одного года до 10 дней с момента его составления означает резкое ослабление судебных гарантий свободных выборов.

Главной **гарантией свободных выборов** должно быть **беспристрастное поведение государства и его органов** «особенно в том, что касается использования средств массовой информации, средств наглядной агитации, права на проведение демонстраций в общественных местах и финансирования партий и кандидатов»²¹. В настоящее время трудно говорить о беспристрастности государства, если важным критерием эффективности деятельности руководителей региональных администраций являются те или иные показатели явки избирателей на

¹⁹ Так, Федеральный конституционный суд ФРГ дважды (в 2011 и 2013 гг.) признавал не соответствующими Основному закону страны сначала 5-процентный, а затем – 3-процентный заградительный барьер на выборах депутатов Европейского Парламента потому, в частности, что Еврокомиссия хотя и создается Европарламентом, но в своей деятельности не зависит от постоянной поддержки Парламента. Отказ ФРГ от заградительного барьера позволил войти в состав Европарламента на выборах 2014 г. семи кандидатам от малых партий, не имеющих своего представительства в Бундестаге ФРГ. См.: [Bastian, M., 2011]. Bundesverfassungsgericht Judgment of 9 November 2011, 2 BvC 4/10, 5 % threshold Judgment of 26 February 2014, 2 BvE 2/13, 2 BvR 2220/13, 3 % threshold. A uniform system for elections to the European Parliament on the basis. May 2016 (Бастиан М. Пороги выборов в Европарламент Германия объявила дважды. Обзор Европейского конституционного права. Т. 12, вып. 1. Май 2016. С.133–147). Обстоятельный анализ см. также: [Taylor, G., 2017].

²⁰ Если, например, для сбора 100 тыс. подписей избирателей установить срок в один день, то ясно, что сделать этого кандидат, политическая партия не смогут, поэтому право выдвижения, обусловленное представлением такого количества подписей избирателей в поддержку кандидата (кандидатов), формально будет существовать, но реализовать его невозможно.

²¹ Международные избирательные стандарты : сб. док. М., 2004. С. 638.

выборы, а в информационной деятельности нередко создаются привилегии для одних участников выборов в ущерб другим²².

От имени государства выборы проводят избирательные комиссии. Поэтому организация и деятельность избирательных комиссий, их взаимодействие с органами и организациями, обязанными содействовать проведению выборов, следует рассматривать в числе гарантий свободных выборов. Избирательные комиссии в пределах своей компетенции **независимы** от органов государственной власти и органов местного самоуправления. На практике имеются **серьезные проблемы в обеспечении независимости избирательных комиссий**. Они обусловлены разными причинами. Так, существенные различия в статусе (государственные органы, муниципальные органы, не входящие в структуру органов местного самоуправления, неопределенный статус участковых избирательных комиссий) наряду с некоторыми плюсами в целом едва ли способствуют независимости комиссий. Нормы избирательных законов, обязывающие органы и организации оказывать содействие избирательным комиссиям в организации и проведении выборов, **имеют низкую эффективность, если им не корреспондируют соответствующие права, обязанности, закрепленные в других законах, регулирующих деятельность этих органов и организаций**. Например, согласно ст. 61 Федерального закона об основных гарантиях избирательных прав глава муниципального образования **обязан предоставить помещение для голосования безвозмездно**. Безвозмездно для участковой избирательной комиссии, но отнюдь не без дополнительных местных расходов. Однако в Федеральном законе «Об общих принципах организации местного самоуправления» такой обязанности не закреплено. Более того, **голосование на выборах не относится к вопросам местного значения**.

Целесообразно закрепить независимость комиссий не только от органов государственной власти и местного самоуправления, но и от работодателей, политических партий и других институтов гражданского общества.

Несмотря на провозглашение **равенства прав** членов комиссии с правом совещательного и правом решающего голоса, следует подчеркнуть, что перечисленные в п. 22 ст. 29 Федерального закона об основных гарантиях избирательных прав **условия** этого равенства и **исключения** едва ли подтверждают таковое.

Защита трудовых прав членов избирательных комиссий претерпела изменения под влиянием правовой позиции Конституционного Суда России²³. В итоге исполнение публично значимых функций, невоз-

²² Например, в праве ФРГ особо оговаривается, что в содержание принципа равно- го избирательного права входит, в частности, установление границы между до- пустимой информационной работой федерального правительства и недопусти- мой государственной избирательной пропагандой [Stern, K., 1984, ss. 310–311].

²³ В Определении от 16 января 2007 г. № 160-О-П Конституционный Суд Российской Федерации не согласился с приданием абсолютного характера

можное без временного прекращения трудовых обязанностей, членами избирательных комиссий, 99 процентов которых работают на общественных началах, поставлено в зависимость от усмотрения работодателя, что подрывает независимость избирательных комиссий. Исходя из **приоритетности названных функций по отношению к трудовым обязанностям** следовало бы законодательно придать запрету увольнения членов избирательных комиссий абсолютный характер как минимум на период соответствующих избирательных кампаний.

Укреплению демократического тренда могло бы способствовать решение проблемы избирательного кодекса России. С 90-х годов прошлого века периодически активизируются предложения о кодификации избирательного права. Проекты такого кодекса дважды вносились в Государственную Думу. Учеными МГУ имени М.В. Ломоносова по заказу Российского фонда свободных выборов разработан проект Кодекса Российской Федерации о выборах и референдумах, который в апреле 2019 г. представлен заказчику, но не реализован в порядке законодательной инициативы. На региональном уровне свыше полутора десятков субъектов Российской Федерации имеют свои избирательные кодексы, которые нередко называются законами (Избирательный кодекс (закон) Тюменской области или Закон города Москвы «Избирательный кодекс города Москвы»).

В условиях федеративного государства разработке и принятию избирательного кодекса страны, думается, должна предшествовать **теоретическая дискуссия и выработка для практики предложений по вопросу о распределении компетенции между Федерацией и ее субъектами в области избирательного права.**

Федеральный законодатель в настоящее время исходит из того, что избирательное право является предметом совместного ведения Федерации и субъектов Федерации, делится на федеральное и региональное, которые невозможно кодифицировать в одном акте. Однако **такая практика едва ли соответствует Конституции России.**

предусмотренному избирательным законодательством запрету на увольнение работника – члена избирательной комиссии по инициативе работодателя. Конституционный Суд констатировал, что «судебная практика исходит из того, что для признания увольнения работника незаконным достаточно лишь подтвердить его членство в избирательной комиссии с правом решающего либо совещательного голоса, не давая оценки совершенного им правонарушения». Конституционный Суд квалифицировал такую практику как освобождение работников от ответственности в виде увольнения с работы. Конституционный Суд считает, что п. 19 ст. 29 Федерального закона об основных гарантиях избирательных прав «не исключает возможность увольнения по инициативе работодателя лица, исполняющего полномочия члена избирательной комиссии с правом решающего голоса, по такому предусмотренному законом основанию расторжения трудового договора, как грубое нарушение трудовых обязанностей, в случае если увольнение не является результатом преследования лица за исполнение возложенных на него публично-значимых функций».

Избирательное право не упоминается в Конституции Российской Федерации ни среди предметов совместного ведения Федерации и ее субъектов, ни среди предметов ведения Российской Федерации. **Господствующее ныне предположение о том, что оно входит в сферу совместной компетенции Федерации и ее субъектов, нуллифицируется исключительным правом Федерации регулировать права и свободы человека.** Пункт «в» ст. 71 Конституции России к ведению Российской Федерации относит регулирование и защиту прав и свобод человека и гражданина, регулирование и защиту прав национальных меньшинств. Согласно п. «б» ч. 1 ст. 72 Конституции России в совместном ведении Федерации и ее субъекта находится защита прав и свобод человека и гражданина, защита прав национальных меньшинств. Поэтому, думается, **регулирование избирательных прав – исключительная компетенция Российской Федерации. Субъекты Федерации и муниципальные образования не вправе это делать.**

Защита этих прав упомянута и в 71-й, и в 72-й статьях Конституции России, т. е. **субъекты Федерации, муниципальные образования могут и должны защищать избирательные права граждан. С конституционных позиций едва ли можно признавать существование регионального и муниципального избирательного права. Допустимы в субъектах Российской Федерации не избирательные законы, а законы о дополнительных гарантиях избирательных прав граждан на соответствующих территориях. Их предметом могут быть только вопросы наименования и количественного состава выборных органов и должностных лиц, сроки их полномочий, применяемые избирательные системы, а также выбранные из перечисленных федеральным законодателем для введения в субъекте Федерации и/или муниципальных образованиях дополнительные меры по обеспечению избирательных прав граждан (дополнительные гарантии).**

Законодательство не определяет, **что понимается под дополнительными гарантиями избирательных прав граждан.** Практика чаще всего идет по пути введения таковых при наличии бланкетной нормы указанного Федерального избирательного закона об основных гарантиях избирательных прав. **Он содержит несколько сотен бланкетных норм, которые отсылают к другим законам, под которыми понимаются и федеральные, и региональные законы.** В субъектах Российской Федерации преобладает мнение о том, что Федеральный закон об основных гарантиях избирательных прав содержит «ряд необоснованных ограничений и запретов, создающих дополнительные трудности и проблемы в реализации избирательных прав граждан на уровне субъектов Федерации и муниципальных образований при подготовке и проведении соответствующих выборов»

[Босова, Е.Н., 2014, с. 75]. Однако в действительности **субъектами Федерации нередко под видом дополнительных гарантий избирательных прав вводятся такие правила, которые трудно считать дополнительными гарантиями избирательных прав**²⁴.

Следует пересмотреть сложившееся **соотношение предметов федерального и регионального избирательного законодательства**. Поскольку федеральный законодатель предоставил субъектам Федерации право **дополнять гарантии избирательных прав** по сравнению с основными гарантиями (п. 3 ст. 1 Федерального закона об основных гарантиях избирательных прав), постольку **собственное правовое регулирование субъектов Российской Федерации в области избирательного права не должно выходить за пределы введения тех или иных дополнительных гарантий избирательных прав граждан**.

Избирательные законы субъектов Российской Федерации более чем на 90 процентов воспроизводят нормы федерального избирательного законодательства²⁵. Как справедливо полагает Конституционный суд Республики Башкортостан, речь в таких случаях идет не о собственном правовом регулировании субъекта Российской Федерации, а о вторичном, не новом регулировании [Босова, Е.Н., 2014, с. 59–61]. Возникает риторический вопрос: зачем такое регулирование?

Перевернутая пирамида

В результате борьбы разновекторных тенденций избирательное право приобрело нелогичную конфигурацию, подобную перевернутой пирамиде.

Конституционное право избирать и быть избранным есть достаточно большая **совокупность имеющихся у гражданина возможностей**.

²⁴ Например, в Республике Саха (Якутия) на выборах в законодательный орган установлено, что на головную часть допущенного к распределению мандатов списка кандидатов избирательного объединения приходится только один мандат даже в случаях получения объединением двух и более мандатов. Второй и третий кандидаты из головной части списка ставятся в очередь за мандатом на случай его вакантности после отказа от мандата или досрочного прекращения полномочий возглавляющего список кандидата. Правомочность создания и функционирования на региональных выборах избирательных участков и участковых избирательных комиссий за пределами территории города Москвы и Московской области обосновывается правом на введение дополнительных гарантий. Однако едва ли такое обоснование правомерно, так как нарушает территориальные пределы действия регионального избирательного закона.

²⁵ Последнее, в свою очередь, имеет очень высокий уровень дублирования норм в разных законах. Сопоставление текстов трех федеральных избирательных законов (об основных гарантиях избирательных прав, о выборах Президента Российской Федерации, о выборах депутатов Государственной Думы) позволило сделать вывод о том, что «общий объем дублирования в законах составляет не менее двух третей их содержания» [Чашин, А.Н., 2016, с. 41].

Перечень этих возможностей Конституция Российской Федерации не устанавливает. Это должно делать избирательное законодательство. Верховный Суд Российской Федерации трактует п. 28 ст. 2 Федерального закона об основных гарантиях избирательных прав как содержащий **перечень избирательных прав гражданина** [Колюшин, Е.И., 2017, с. 37–38]. В этот перечень входят: конституционное право избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также: право участвовать в ряде избирательных действий (выдвижение кандидатов, списков кандидатов, предвыборная агитация, наблюдение за проведением выборов, работой избирательных комиссий), перечень дан весьма обобщенно и не является закрытым. Первое из названных в этом перечне прав является конституционным, другие же такого статуса не имеют, но порождены названным конституционным правом. Поэтому употребляемые в законе после воспроизведения указанного конституционного права слова «а также» практически не раскрывают содержание этого права, а играют деструктивную роль, отрывая конституционное право от других перечисленных прав. При такой редакции конституционное право и избирательные права в лучшем случае дополняют друг друга, но взаимосвязь их не очевидна.

Думается, что в избирательных законах следовало бы дать более развернутый перечень избирательных прав граждан. Речь могла бы идти о праве гражданина на включение в список избирателей, праве выбора избирательного участка для голосования, праве входить в составы органов, которые организуют выборы, праве выдвигать кандидата на выборную должность, праве предлагать свою кандидатуру для участия в выборах, праве приобретать специальный статус на выборах (кандидата, наблюдателя и др.), праве получить избирательный бюллетень, праве голосовать, праве отказаться от участия в выборах, праве отказаться от участия в голосовании, праве на открепительное удостоверение, праве кандидата на уполномоченных и доверенных лиц, праве кандидата на льготы, привилегии и гарантии со стороны государства, праве на участие в финансировании избирательной кампании кандидата, политической партии, которое, в свою очередь, распадается на право на внесение пожертвований в избирательные фонды кандидатов, политических партий, право на открытие специального избирательного счета, право на уполномоченных по финансовым вопросам, право на получение информации об избирательном фонде, обязанности осуществления финансовой отчетности, праве на судебную защиту избирательных прав, праве на обжалование решений избирательных комиссий и др.

Судя по п. 28 ст. 2 названного Федерального закона, избирательные права гражданина сводятся только к **правам на участие в избирательных действиях. Такой подход заведомо ставит гражданина в подчиненное положение по отношению к организаторам выборов, государственным и иным органам, должностным лицам, по-**

литическим партиям. Именно эти органы и лица организуют и осуществляют избирательные действия. Между участием в действиях и осуществлением действий существуют большие различия. Участие в действиях, как правило, не дает права на их организацию и проведение, нередко ориентирует на пассивное поведение.

Практика идет по пути **признания тех или иных действий избирательными только в период избирательных кампаний.** Более того, получается, что вне избирательных кампаний конституционное право избирать и быть избранным не действует, не дает гражданам никаких возможностей и не налагает на государство никаких обязанностей. Едва ли можно согласиться с таким подходом. Из конституционного права избирать и быть избранным следует обязанность государства устанавливать порядок выборов. Такой порядок устанавливается законами. Вправе ли граждане участвовать в создании избирательных законов? Существующее законодательство и практика отрицают такое право. Между тем известен опыт целого ряда зарубежных стран, который свидетельствует о принятии избирательных законов, существенных изменений в них самими гражданами на референдумах. **Избирательными следует считать любые действия в период избирательной кампании, которые прямо или косвенно связаны с осуществлением избирательных прав, а в межвыборный период – действия, направленные на подготовку участия в выборах (например, формирование избирательных комиссий, предварительное голосование, сбор средств для финансирования предстоящей избирательной кампании и др.).**

Федеральный закон об основных гарантиях формально посвящен не избирательным правам. Логика, заложенная в нем, создает **перевернутую пирамиду.** Любые гарантии призваны обеспечивать какое-то явление. В связке «права – гарантии» первичными должны быть права. Задача гарантий – способствовать реализации прав. В связке «права – избирательные действия» опять же первичными должны быть права. Однако названный Закон меньше всего регулирует избирательные права. При этом далеко не всегда можно разделить субъективное избирательное право и гарантии этого права. Более-менее понятно разделение между субъективным избирательным правом и его материальными гарантиями²⁶. Во многих случаях различия между субъективным избира-

²⁶ Например, материальными гарантиями права на тайное голосование выступают бумажный избирательный бюллетень, место для заполнения бюллетеня, ящик для голосования, техническое устройство, формирующее электронный бюллетень для голосования, и т. д. В этом случае возникают вопросы относительно объема регулирования со стороны избирательного права каждой из названных материальных гарантий. Так, применительно к ящику для голосования имеет правовое значение уровень прозрачности (непрозрачности) боковых стенок, размер щели, через которую опускаются бюллетени. Если стенки прозрачные, то надо вводить дополнительные гарантии тайны голосования (например,

тельным правом, обязанностью и юридической гарантией этого права, обязанности (применительно к обязанности гарантией может быть предусмотренная ответственность) законодатель не проводит²⁷.

Получается некая перевернутая основанием кверху пирамида: ее основанием выступают избирательные действия, осуществление которых обеспечивается закрепленными гарантиями, а на самом верху пирамиды красуются избирательные права во главе с конституционным правом избирать и быть избранным. Думается, необходимо в законодательстве и правоприменении, судебной практике перевернуть эту пирамиду таким образом, чтобы избирательные права превратились в ее основание. Гарантии и избирательные действия должны быть приспособлены под обслуживание этих прав, а не наоборот, как в настоящее время, когда гарантии определяют содержание избирательных прав.

Список использованной литературы

Автономов А.С. Избирательная власть. М. : Права человека, 2002. 81 с.

Арановский К.В. Всеобщее избирательное право в его ценностных основаниях и издержках // Российский юридический журнал. 2010. № 4. С. 67–75.

Bastian M. Thresholds for the European Parliament Elections in Germany Declared Unconstitutional Twice // European Constitutional Law Review. May 2016. Vol. 12, issue 1. P. 133–147.

Бондарь Н.С., Джагарян А.А. Самовыдвижение на выборах: конституционная ценность и (или) социально-политическая целесообразность? // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 5. С. 27–40.

обязательное размещение заполненного избирателем бюллетеня в непрозрачном конверте). Размер щели должен быть таким, чтобы не создавать условия для опускания в ящик пачек бюллетеней. Такое регулирование в настоящее время осуществляется ЦИК РФ в виде установления стандартов технологического оборудования для участковых избирательных комиссий. Однако нарушение этих стандартов не влечет ответственности.

²⁷ Так, гражданин на выборах имеет право быть зарегистрированным кандидатом в депутаты. Для получения регистрации он наделяется правом на выдвижение своей кандидатуры, правом представления документов в соответствующую избирательную комиссию, правом открытия специального избирательного счета и другими правами, каждое из которых имеет как самостоятельный характер, так и может считаться юридической гарантией права на регистрацию в качестве кандидата на выборах. Следовательно, одно субъективное право может выступать в качестве юридической гарантии другого субъективного избирательного права.

Босова Е.Н. Система, системность, систематизация избирательно-го законодательства: состояние и перспективы развития : моногр. Уфа : БАГСУ, 2014. 131 с.

Вавилов С.В., Реут Д.А. Правовое содержание избирательного процесса в Российской Федерации // Гражданин. Выборы. Власть. 2018. № 1. С. 27–39.

Вискулова В.В. Гарантии избирательных прав граждан: вопросы теории и практики. М. : Изд-во МГУ, 2015. 296 с.

JNHW. Fateful elections? Investing in the future of Europe // International Journal of Constitutional Law. April 2014. Vol. 12, issue 2. P. 273–278.

Избирательный кодекс Российской Федерации – основа модернизации политической системы России / под ред. А.Е. Любарева. М. : Голос, 2011. 460 с.

Колобаева Н.Е. Проблемы информационного обеспечения выборов в России с участием средств массовой информации // Российское право: образование, практика, наука. 2015. № 2. С. 16–19.

Колюшин Е.И. Выборы и избирательное право в зеркале судебных решений. М. : Норма ; Инфра-М, 2017. 384 с.

Комарова В.В. Правовые позиции в работе избирательных комиссий: вопросы теории и практики // Lex Russica. 2014. № 8. С. 889–898.

Кондрашев А.А. Ограничения конституционных прав в Российской Федерации: теоретические подходы и политико-правовая практика // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 7. С. 40–47.

Chrysogonos K., Stratilatis C. Limits of Electoral Equality and Political Representation // European Constitutional Law Review. February 2012. Vol. 8, issue 1. P. 9–32.

Кузнецова А.Э., Галенпольский Ф.С. К вопросу о перспективах развития института электронного голосования в Российской Федерации // Вестник Иркутского университета. 2014. Вып. 17. С. 451–453.

Лукьянова Е.А., Порошин Е.Н. Классификация поправок в избирательное законодательство как маркер целей и задач власти // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 2. С. 29–37.

LH Gvds, WTE. Thinking about elections and about democratic representation // International Journal of Constitutional Law. February 2011. Vol. 7, issue 1. P. 1–3.

Нудненко Л.А. К вопросу о люстрации в законодательстве и практике его реализации в Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2015. № 9. С. 41–44.

Нудненко Л.А. Пассивное избирательное право в России: проблемы правовой регламентации : моногр. М. : Юрлитинформ, 2016. 384 с.

Павлушкин А.В., Постников А.Е. Правовой механизм дистанционного электронного голосования (анализ возможной модели) // Журнал российского права. 2009. № 11. С. 5–13.

Piccirilli G. Maintaining a 4 % Electoral Threshold for European Elections, in order to clarify access to constitutional justice in electoral matters: Italian Constitutional Court Judgment of 14 May 2015 No. 110 // European Constitutional Law Review. May 2016. Vol. 12, issue 1. P. 164–176.

Попова Е.А. Судебная практика по рассмотрению дел о незаконном увольнении работника – члена избирательной комиссии // Государственная власть и местное самоуправление. 2015. № 5. С. 50–54.

Селезнев П.С., Мокин А.Б., Соболев А.В. Политические технологии увеличения явки электората на выборы как значимая часть избирательной кампании // Гражданин. Выборы. Власть. 2018. № 1. С. 109–125.

Smekal H., Vyhnanek L. Equal voting power under scrutiny: Czech Constitutional Court on the 5 % threshold in the 2014 European Parliament Elections: Czech Constitutional Court 19 May 2015, Pl. ÚS 14/14 // European Constitutional Law Review. May 2016. Vol. 12, issue 1. P. 148–163.

Taylor G. The constitutionality of election thresholds in Germany // International Journal of Constitutional Law. July 2017. Vol. 15, issue 3. P. 734–752.

Faraguna P. Do You Ever Have One of Those Days When Everything Seems Unconstitutional?: The Italian Constitutional Court Strikes Down the Electoral Law Once Again: Italian Constitutional Court Judgment of 9 February 2017 No. 35 // European Constitutional Law Review. December 2017. Vol. 13, issue 4. P. 778–792.

Cebula A. Electoral-law-induced Distortions of the Constitutional Principle of Substantive Equality of Elections. The Case of Polish Local Elections // European Constitutional Law Review. December 2018. Vol. 14, issue 4. P. 721–750.

Чашин А.Н. Предпосылки кодификации избирательного законодательства // Конституционное и муниципальное право. 2016. № 4. С. 40–41.

Черепанов В.А. Аналитическая записка «Некоторые соображения по поводу проблем, возникших в российской избирательной практике» // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 2. С. 33.

Черепанов В.А. О допустимых пределах ограничения избирательных прав граждан // Вопросы правоведения. 2014. № 1 (22). С. 48–66.

Шахрай С.М. Неизвестная Конституция. М. : Красная звезда, 2013. 320 с.

Шевурдяев С.Н. Допустимые отступления от принципа равенства пассивного избирательного права // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 8. С. 20–28.

Stern K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl. Bd. 1. München, 1984.

Eijken H. van, Rossem J.W. van. Prisoner disenfranchisement and the right to vote in elections to the European Parliament: Universal suffrage key to unlocking political citizenship?: Court of Justice of the European Union Case C-650/13, request for a preliminary ruling from the tribunal d'instance de Bordeaux, made by decision of 7 November 2013, in the proceedings in Thierry Delvigne v. Commune de Lesparre-Médoc and Préfet de la Gironde, 6 October 2015, ECLI:EU:C:2015:648 // European Constitutional Law Review. May 2016. Vol. 12, issue 1. P. 114–132.

Электоральные процессы в Европейском Союзе (середина второго десятилетия XXI века). Сер.: Доклады Института Европы. Вып. 335. М.: Институт Европы РАН, 2016.

References

Aranovskiy, K.V., 2010. [Universal suffrage in its value basis and the costs]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal* = Russian Juridical Journal, 4, pp. 67–75. (In Russ.)

Avtonomov, A.S., 2002. *Izbiratel'naya vlast'* = [Electoral power]. Moscow: Prava cheloveka. (In Russ.)

Bastian, M., 2016. Thresholds for the European Parliament Elections in Germany Declared Unconstitutional Twice. *European Constitutional Law Review*, May, 12(1), pp. 133–147. (In Eng.)

Bondar', N.S. and Dzhagaryan, A.A., 2014. Self-nomination in elections: constitutional value and (or) socio-political expediency? *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* = [Constitutional and Municipal Law], 5, pp. 27–40. (In Russ.)

Bosova, E.N., 2014. *Sistema, sistemnost', sistematizatsiya izbiratel'nogo zakonodatel'stva: sostoyanie i perspektivy razvitiya* = [System, systematization, systematization of electoral legislation: state and prospects of development]. Monograph. Ufa: BAGSU. (In Russ.)

- Cebula, A., 2018. Electoral-law-induced Distortions of the Constitutional Principle of Substantive Equality of Elections. The Case of Polish Local Elections. *European Constitutional Law Review*, December, 14(4), pp. 721–750. (In Eng.)
- Chashin, A.N., 2016. Preconditions of codification of electoral legislation. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* = [Constitutional and Municipal Law], 4, pp. 40–41. (In Russ.)
- Cherepanov, V.A., 2014. [About admissible limits of restriction of electoral rights of citizens]. *Voprosy pravovedeniya* = [Questions of Jurisprudence]. 2014, 1(22), pp. 48–66. (In Russ.)
- Cherepanov, V.A., 2019. An executive summary some considerations of issues having originated in the russian electoral practice. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* = [Constitutional and Municipal Law], 2, pp. 33. (In Russ.)
- Chrysogonos, K. and Stratilatis, C., 2012. Limits of Electoral Equality and Political Representation. *European Constitutional Law Review*, February, 8(1), pp. 9–32. (In Eng.)
- Eijken, H. van, Rossem, J.W. van, 2016. Prisoner disenfranchisement and the right to vote in elections to the European Parliament: Universal suffrage key to unlocking political citizenship?: Court of Justice of the European Union Case C-650/13, request for a preliminary ruling from the tribunal d'instance de Bordeaux, made by decision of 7 November 2013, in the proceedings in Thierry Delvigne v. Commune de Lesparre-Médoc and Préfet de la Gironde, 6 October 2015, ECLI:EU:C:2015:648. *European Constitutional Law Review*, May, 12(1), pp. 114–132. (In Eng.)
- Elektoral'nye protsessy v Evropeyskom Soyuze (seredina vtorogo desyatiletija XXI veka)*. Ser. Doklady Instituta Evropy = [Electoral processes in the European Union (mid-second decade of the XXI century). Series The Doclads of Europe Institute]. M.: Institut Evropy RAN, 2016, 335. (In Russ.)
- Faraguna, P., 2017. Do You Ever Have One of Those Days When Everything Seems Unconstitutional?: The Italian Constitutional Court Strikes Down the Electoral Law Once Again: Italian Constitutional Court Judgment of 9 February 2017 No. 35. *European Constitutional Law Review*. December, 13(4), pp. 778–792. (In Eng.)
- JHHW, 2014. Fateful elections? Investing in the future of Europe. *International Journal of Constitutional Law*, April, 12(2), pp. 273–278. (In Eng.)
- Kolobaeva, N.E., 2015. [Problems of information support of elections in Russia with participation of mass media]. *Rossiyskoe pravo: obrazovanie, praktika, nauka* = [Russian Law: Education, Practice, Science], 2, pp. 16–19. (In Russ.)

- Kolyushin, E.I., 2017. *Vybory i izbiratel'noe pravo v zerkale sudebnykh resheniy* = [Elections and suffrage in the mirror of court decisions]. Moscow: Norma; Infra-M. (In Russ.)
- Komarova, V.V., 2014. Legal positions in the work of election commissions: theory and practice. *Lex Russica*, 8, pp. 889–898. (In Russ.)
- Kondrashev, A.A., 2014. Limitations of constitutional rights in the Russian Federation: theoretical approaches and political and legal practice. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* = [Constitutional and Municipal Law], 7, pp. 40–47. (In Russ.)
- Kuznetsova, A.E. and Galenpol'skiy, F.S., 2014. [On the prospects of development of the Institute of electronic voting in the Russian Federation]. *Vestnik Irkutskogo universiteta* = [Bulletin of Irkutsk University], 17, pp. 451–453. (In Russ.)
- LH Gvds, WTE, 2011. Thinking about elections and about democratic representation. *International Journal of Constitutional Law*, February, 7(1), pp. 1–3. (In Eng.)
- Luk'yanova, E.A. and Poroshin, E.N., 2019. Classification of amendments to the electoral legislation as a marker of goals and objectives of the government. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* = [Constitutional and Municipal Law], 2, pp. 29–37. (In Russ.)
- Lyubarev, A.E., ed., 2011. *Izбирatel'nyy kodeks Rossiyskoy Federatsii – osnova modernizatsii politicheskoy sistemy Rossii* = [The electoral code of the Russian Federation as the basis of modernization of political system of Russia]. Moscow: Golos. (In Russ.)
- Nudnenko, L.A., 2015. [On the issue of lustration in the legislation and practice of its implementation in the Russian Federation]. *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie* = [State Power and Local Self-government], 9, pp. 41–44. (In Russ.)
- Nudnenko, L.A., 2016. *Passivnoe izbiratel'noe pravo v Rossii: problemy pravovoy reglamentatsii* = [Passive suffrage in Russia: problems of legal regulation]. Monograph. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)
- Pavlushkin, A.V. and Postnikov, A.E., 2009. [Legal mechanism of remote electronic voting (analysis of a possible model)]. *Zhurnal rossiyskogo prava* = [Journal of Russian Law], 11, pp. 5–13. (In Russ.)
- Piccirilli, G., 2016. Maintaining a 4 % Electoral Threshold for European Elections, in order to clarify access to constitutional justice in electoral matters: Italian Constitutional Court Judgment of 14 May 2015 No. 110. *European Constitutional Law Review*, May, 12(1), pp. 164–176. (In Eng.)
- Popova, E.A., 2015. [Judicial practice on consideration of cases of illegal dismissal of the employee – the member of election commission].

Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie = [State Power and Local Self-government.], 5, pp. 50–54. (In Russ.)

Seleznev, P.S., Mokin, A.B. and Sobolev, A.V., 2018. [Political technologies of increasing the turnout of the electorate in elections as a significant part of the election campaign]. *Grazhdanin. Vybory. Vlast'* = [Citizen. Election. Authority], 1, pp. 109–125. (In Russ.)

Shakhray, S.M., 2013. *Neizvestnaya Konstitutsiya* = [Unknown Constitution]. Moscow : Krasnaya zvezda. (In Russ.)

Sheverdyayev, S.N., 2015. Allowable deviations from the principle of the passive election law equality. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* = [Constitutional and Municipal Law], 8, pp. 20–28. (In Russ.)

Smekal, H. and Vyhnanek, L., 2016. Equal voting power under scrutiny: Czech Constitutional Court on the 5 % threshold in the 2014 European Parliament Elections: Czech Constitutional Court 19 May 2015, Pl. ÚS 14/14. *European Constitutional Law Review*, May, 12(1), pp. 148–163. (In Eng.)

Stern, K., 1984. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Bd 1. München. (In Germ.)

Taylor, G., 2017. The constitutionality of election thresholds in Germany. *International Journal of Constitutional Law*, July, 15(3), pp. 734–752. (In Eng.)

Vavilov, S.V. and Reut, D.A., 2018. [The legal content of the electoral process in the Russian Federation]. *Grazhdanin. Vybory. Vlast'* = [Citizen. Election. Authority], 1, pp. 27–39. (In Russ.)

Viskulova, V.V., 2015. *Garantii izbiratel'nykh prav grazhdan: voprosy teorii i praktiki* = [Guarantees of citizens' electoral rights: issues of theory and practice]. M.: Izd-vo MGU. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Колюшин Евгений Иванович, член Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации [**Evgeniy I. Kolyushin**, Central Election Commission of Russia, Dr. Sci. (Law) (Habilitation Degree), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation]. E-mail: ekolushin@gmail.com

Научная парадигма в теории права

Т.А. Желдыбина*

** Саратовская государственная юридическая академия,
г. Саратов, Россия
tatyana130802@yandex.ru*

Введение. Статья посвящена анализу правовой парадигмы и ее познавательным возможностям в современной теории права. Проблематика научных парадигм, ставшая актуальной благодаря концепции Томаса Куна, не перестает волновать научное сообщество. Определенный интерес для изучения представляет правовая парадигма, актуальность исследования которой в настоящее время видится в том, что данная юридическая конструкция позволяет решить вопросы прикладного значения. Происходящие в нашей стране государственно-правовые преобразования повлекли за собой изменения методологии научного познания, господствующих юридических идеалов и ценностей, появление в правовой парадигме новых теорий понимания права, которые, в свою очередь, определяют вектор развития юридической науки.

Материалы и методы. Важную роль в процессе изучения правовой парадигмы сыграли системный, сравнительный, формально-юридический методы, междисциплинарный подход, проблемно-теоретический прием исследования.

Результаты исследования. Рассмотрены смысл и значение правовой парадигмы в контексте понимания и применения права, а также перспективы ее развития. Особое внимание уделено познавательным возможностям парадигмы в конституционном, трудовом, уголовном праве. На основе комплексного анализа научной литературы уточняются понятия «парадигма», «правовая парадигма», «парадигма правового мышления».

Обсуждение и заключение. Настоящее исследование показало, что правовая парадигма влияет на юридическую практику и определяет направления развития законодательства. В свою очередь, возможности практики применения права для правовой парадигмы заключаются в использовании ресурсов и опыта правоприменения. Эволюция парадигмы в контексте современных правовых изменений имеет несомненную теоретическую и практическую значимость.

Ключевые слова: правовая парадигма, теория права, правопонимание, правоприменение, парадигмы в отраслях права

Для цитирования: Желдыбина Т.А. Научная парадигма в теории права // Правосудие. 2019. Т. 1, № 2. С. 101–117. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.101-117

Scientific Paradigm in the Theory of Law

Tatiana A. Zheldybina*

* *Saratov State Law Academy, Saratov, Russia*
For correspondence: *tatyana130802@yandex.ru*

Introduction. The article is devoted to the analysis of the legal paradigm and its cognitive possibilities in the modern theory of law. The problems of scientific paradigms, which became relevant thanks to the concept of Thomas Kuhn, never ceases to excite the scientific community. Of particular interest for the study is the legal paradigm, the relevance of the study which is currently seen in the fact that this legal structure allows you to solve problems of applied importance. The scientific novelty of the study consists in developing a holistic view of the paradigm as a category of the theory of law. The historical aspect of the formation of theoretical ideas about the paradigm in general, and the legal paradigm, in particular, is revealed. The relationship between the legal paradigm and the types of understanding of law that have emerged in legal science has been determined. The conclusions contained in the article can be used to further develop the theory of the legal paradigm.

Materials and Methods. An important role in the process of studying the legal paradigm had a systemic, comparative, formal-legal methods, an interdisciplinary approach, and a problem-theoretical method of research.

Results. The meaning and significance of the legal paradigm in the context of understanding and applying the law, as well as the prospects for its development are considered. Special importance is given to the cognitive possibilities of the paradigm in constitutional, labor, and criminal law. On the basis of a comprehensive analysis of the scientific literature, the concepts of "paradigm", "legal paradigm", and "paradigm of legal thinking" are clarified.

Discussion and Conclusion. The present study showed that the legal paradigm influences legal practice and determines the directions of development of legislation. In turn, the reverse possibilities of the practice of applying the law to the legal paradigm lie in the use of resources and experience in law enforcement.

Keywords: legal paradigm, theory of law, legal thinking, enforcement of law, paradigms in branches of law

For citation: Zheldybina, T.A., 2019. Scientific paradigm in the theory of law. *Pravosudie = Justice*, 1(2), pp. 101–117. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.101-117

Введение

В последнее время возрастает исследовательский интерес к различным аспектам научной парадигмы – правовой парадигме [Шаханов, В.В., 2005; Эккельман, Н.А., 2005; Варламов, Н.В., 2009; Туманова, Г.П., 2014; Войниканис, Е.А., 2017; Головина, А.А., 2017], парадигме образования [Тюплина, И.А., 1999; Шарданов, А.Н., 2004; Речкин, Н.С., 2006; Эмих, Н.А., 2006; Щербакова, Л.М., Казачкова, З.М. и Навасардова, Э.С., 2011; Гладиллина, И.П., 2013; Губаева, Т.В. и Гумерова, З.З., 2015; Гавриков, В.П., 2016], парадигме модерна [Гордеев, И.В., 2009; Зуляр, Ю.А., 2015; Воронцова, Т.Н., 2018] и т. д.

В данном контексте возникает объективная необходимость разобраться с этимологией термина «парадигма». Под парадигмой принято понимать пример, образец, модель (от греч. *paradeigma*), систему представлений, характерную для определенного этапа развития как науки,

так и культуры, цивилизации. «Парадигма» – многозначный термин, применим в различных контекстах – философии, юриспруденции, социологии, языкознании, лингвистике, религиоведении, медицине, художественном процессе.

В словарях парадигма определяется как пример из истории, взятый для доказательства, сравнения; как теория (или модель, тип постановки проблемы), принятая в качестве образца решения исследовательских задач¹, «система форм изменяющегося слова, конструкции как образец склонения или спряжения»².

Термин «парадигма» используется чаще всего в философии науки, и его введение в научный оборот связано с именем Т. Куна, который определял парадигмы как «признанные всеми научные достижения, которые в течение определенного времени дают научному сообществу модель постановки проблем и их решений» [Кун, Т., 2009, с. 7]. Работа Т. Куна «Структура научных революций» способствовала «оживлению» прежде всего западноевропейской социологической мысли, а дефиниция «парадигма» впоследствии стала устойчивой в науке.

Продолжая куновские исследования, В.П. Кохановский подчеркивал, что парадигма – то, что объединяет членов научного сообщества, и, наоборот, научное сообщество состоит из людей, признающих определенную парадигму [Кохановский, В.П., 1999, с. 515].

Парадигма Т. Куна связана с понятием «нормальной науки» как исследования, которое прочно опирается на прошлые научные достижения.

Подход Куна предполагает, что теория создается в границах парадигмы и является более низким уровнем знания. Понятие «парадигма» является более широким по объему, чем теория.

Идея теории как составляющей парадигмы получила развитие в трудах ряда ученых. Так, польский профессор Ежи Лещинский подчеркивал, что в принятой парадигме коренится теория, предрешающая важность для данной науки. В этом смысле каждая общественная наука является парадигматической [Leszczyński, J., p. 118].

Как заметил другой исследователь – американский социолог Дж. Ритцер, парадигма основывается на широчайшем консенсусе внутри науки, соподчиняет, определяет и взаимосвязывает экземпляры (типичные и классические работы), теории, методы и инструментарию, существующие внутри парадигмы [Губин, О.И., 2011, с. 39–40].

Необходимо отметить, что конструкция «правовая парадигма» не получила закрепления в действующем российском законодательстве, однако ценность ее как ориентира для правового развития общества

¹ Большой иллюстрированный словарь иностранных слов: 17 000 сл. М. : Русские словари : Астрель : АСТ, 2003. 957 с.

² Большой толковый словарь русского языка / сост. и гл. ред. С.А. Кузнецов. СПб. : Норинт, 1998. 1536 с.

очевидна. Определение места и роли правовой парадигмы в системе других научных парадигм связано с уяснением принадлежности рассматриваемого понятия к видам правовых понятий.

Материалы и методы

Объектом исследования в данной статье выступает правовая парадигма как категория теории права. В работе использован комплекс научных методов.

На основе системного метода раскрываются место и роль парадигмы в современном научном юридическом знании.

Сравнительный метод исследования позволил выявить юридическую природу парадигмы, сопоставить правовую парадигму со смежными правовыми категориями.

Формально-юридический метод и междисциплинарный подход позволили осмыслить правовую парадигму в контексте современного юридического научного знания, уточнить существующие понятия и юридические конструкции в рассматриваемой области.

Исторический метод дал возможность проследить эволюцию категории «правовая парадигма», выявить ее взаимосвязь с другими юридическими категориями.

Проблемно-теоретический прием исследования позволил обозначить проблемные вопросы, которые требуют обстоятельного изучения в современной правовой науке.

Результаты исследования

Правовая (юридическая) парадигма относится к доктринальным понятиям правоведения. Именно парадигма определяет целостность научного исследования на всех его уровнях, а также закономерности его развития.

В.В. Шаханов отстаивает необходимость широкого определения правовой парадигмы и предлагает понимать данный феномен как совокупность идеальных фрагментов правовой действительности (принципов познавательной деятельности, теоретических конструкций, ценностных установок, концептуальных воззрений и т. п.), используемых членами научного сообщества без сомнений и разногласий, составляющих основу его деятельности по приращению научных знаний и создающих определенное видение правовой реальности, в итоге детерминирующих эволюционную фазу формирования юридической системы, являющихся отражением «духа времени» [Шаханов, В.В., 2005, с. 6, 9].

Н.Н. Тарасов определяет парадигму в правоведении как обусловленную соответствующей философской картиной мира, господствующими гносеологическими установками исходную концептуальную схему постановки проблем и организации средств их решения [Тарасов, Н.Н., 2001, с. 228].

Познавательные возможности парадигмы в юридическом научном знании дают весомый потенциал для развития парадигмы как категории теории права.

Финский юрист Аулис Аарнио в работе «Парадигмы в правовой догматике. К теории изменений и прогресса в юридической науке» верно отмечал, что парадигмы обеспечивают «эпистемологическую среду» для конкретной работы по решению юридических проблем, используя правые догматические теории [Aarnio, A., p. 30].

Один из исследователей научной парадигмы – А.И. Овчинников, продолжая такую линию рассмотрения, подчеркивает, что данный термин наиболее оптимален для описания эталонных эпистемологических, теоретико-методологических и ценностных оснований научного поиска, а также для характеристики социокультурного контекста научного знания [Овчинников, А.И., 2006, с. 154].

Если в советское время парадигмальный подход интересовал ученых в контексте развития социологической науки, то сегодня, как верно заметила Н.В. Варламова, термин «парадигма» в научном словаре утвердился с некоторым смещением акцентов значения – с социологического на эпистемологический, где указывается на научное направление в рамках определенной области знаний, отличающееся предметно-методологическим единством [Варламова, Н.В., 2009, с. 68].

Согласно теории Куна развитие науки происходит через смену научных парадигм, посредством стадий: допарадигмальный период, этап формирования парадигмы, период нормальной науки, затем аномальное, кризисное состояние. Завершающим этапом является научная революция. Т. Кун уточнил понятие «парадигма» посредством дисциплинарной матрицы, учитывающей принадлежность ученого к определенному стилю мышления; матрицей она является по причине того, что состоит из упорядоченных элементов. Важнейшим элементом ее структуры ученый считал общепринятые примеры конкретного решения определенных проблем. Этот процесс и обеспечивает функционирование «нормальной науки».

Вместе с тем стоит признать, что в последнее время понятие парадигмы по своему содержанию стало меняться по сравнению с ее трактовкой Т. Куном. К парадигмальным начали относить теории, концепции, направления, течения, движения научной мысли, которые не носят революционного характера, а составляют прибавку знания, значительную, но не оказывающую радикального воздействия на развитие науки [Зборовский, Г.Е., 2004, с. 448–449].

В настоящее время настойчиво звучит мнение о том, что формирование и существование парадигмы свидетельствует о зрелости научного знания [Шаханов, В.В., 2005, с. 12]. Применительно к юридической науке такая «теоретическая зрелость» предполагает поступательное прогрессивное движение науки, не только рассмотрение парадигмы как категории теории, философии права, но и ее анализ в плоскости происходящих изменений в специально-юридических науках.

Тенденцией последнего времени стало обращение к множественному характеру парадигмы, что, вероятно, объясняется стремительным развитием научного знания, в том числе и междисциплинарного, в связи с происходящими социально-экономическими и политико-правовыми переменами.

Все большее распространение получает точка зрения о мультипарадигме, мета- или мегапарадигме, интегральной парадигме, соединяющей все предшествующие парадигмы. Так, протоиерей А. Северюхин говорит о появлении парадигмы парадигм – универсальной парадигме, призванной вместить все многообразие отдельных научных взглядов и позиций. «Наука, – отмечает он, – имеет своей целью не только решение частных узкодисциплинарных задач, требующих разработки локальных парадигм, соответствующих специальным областям научного знания, но и осуществляет свое предназначение через формулирование универсальных оснований знания – создание особой метапарадигмы, призванной стать фундаментом развития науки в целом» [Северюхин, А., 2013, с. 6].

Аналогичной позиции придерживаются и другие авторы, указывая на то, что парадигма относится не к одной теории или концепции, а к их совокупности [Войниканис, Е.А., 2017а, с. 37]. Юриспруденция имеет свое «семейство» парадигм, представляющих совокупность теоретических и методологических установок, которые разделяются юридическим сообществом и образуют каркас научного знания, выступая как его несущие конструкции [Утяшев, М.М., 2016, с. 473].

Обратим внимание на разновидности современных правовых научных парадигм, появление которых свидетельствует о потенциале данной категории, переходе к ее новому пониманию в условиях глобализирующегося мира.

Инструментом для исследования и оценки правового мышления является введенная в научный оборот А.И. Овчинниковым конструкция «парадигма правового мышления». Данный термин автор исследует с двух сторон. Во-первых, в рамках метатеории или философии юридической науки им отмечено, что под парадигмами правового мышления понимаются школы правопонимания – естественно-правовая, историко-консервативная, социологическая, диалектико-материалистическая, феноменологическая, герменевтическая, экзистенциалистская парадигмы правового мышления. Их отличает собственный подход к праву, его понятие, совокупность теоретико-методологических схем, оценок, моделей решения специально-научных задач.

Во-вторых, если рассматривать парадигму правового мышления в общеправовых категориях, то под «парадигмой правового мышления» понимается система эпистемологических установок, которые необходимы для исследования правового мышления, в зависимости от того, какова природа познавательной деятельности. Здесь парадигмальный подход выступает методологией исследования правового мышления [Овчинников, А.И., 2003, с. 23–24].

В первом случае А.И. Овчинниковым обосновывается применение термина «парадигма права» или «юридическая парадигма», а не «парадигма правового мышления» в связи с тем, что контекст связан с пониманием права, смысловыми образами права [Овчинников, А.И., 2003, с. 30–31].

Импульсом движения в праве, расширяющим горизонты правовой науки, являются «специально-юридические» правовые парадигмы. Наблюдается оживление дискуссий в данном направлении в отраслевой юриспруденции.

К одному из них относится конституционная парадигма. Под парадигмой в этом ракурсе понимают модель конституции. Конституционная парадигма является, по сути, парадигмой реформирования российской Конституции. Построение такой парадигмы актуально в контексте ведущихся сейчас дискуссий о новой конституционной модели с идеей поправок, пересмотра и даже принятия нового Основного Закона. Такая необходимость объясняется разрывом с прежним строем, увеличением роли наднационального права и необходимостью появления правовой теории в целом, базирующейся на сочетании идей индивидуальной свободы и социальной солидарности.

В.Т. Кабышев теорию парадигм Т. Куна применяет к теории конституции. В качестве основы Конституции России была предложена иная конституционная парадигма, а социалистическая модель Конституции была отвергнута в силу социально-экономических, политических, идеологических, психологических факторов [Кабышев, В.Т., 2013, с. 203–205].

Об изменениях и обновлении Конституции говорит Т.Я. Хабриева в контексте парадигмы конституционной реформы [Хабриева, Т.Я., 2015].

Показательно, что в связи с трансформацией отрасли трудового права интерес приобретает конструкция «парадигма трудового права». В частности, К.Л. Томашевский определяет ее как «концептуальное направление развития трудового права во всех его смыслах на определенном историческом отрезке времени, которое выражается не только в основополагающих понятиях, но и его принципах, задачах, функциях, особенностях предмета и метода трудового права» [Томашевский, К.Л., 2012, с. 28].

Н.В. Демидов, уделяя внимание трудовправовой парадигме, говорит о ней как о совокупности фундаментальных установок, представлений, ценностей, а также реализуемых на их основе методов постановки и решения задач в области трудовправовой регламентации, реализующих государственную политику управления трудом [Демидов, Н.В., 2017, с. 102–103].

В отрасли уголовного права развитие получила парадигма уголовного права. Парадигмальный подход приобрел уголовно-правовую интерпретацию в работах таких исследователей, как А.Э. Жилинский, И.Я. Гонтарь, К.А. Цай и др.

В частности, И.Я. Гонтарь отмечает, что содержащиеся в теории уголовного права утверждения приобрели качество парадигм. Наказание

за преступление – та парадигма, которая в течение длительного времени задает тон всем уголовно-правовым исследованиям. Указанный автор приходит к выводу о том, что на сегодняшний день содержание уголовного права нуждается в переосмыслении через парадигму, которая отражает его действительную социальную реальность [Гонтарь, И.Я., 2002, с. 140, 149]. Для А.А. Арутюнова парадигма уголовного права представляется как суждения о природе и задачах уголовного права и предложения об уголовно-правовых мерах борьбы с преступностью через разработку уголовного законодательства и формирование практики правоприменения [Арутюнов, А.А., 2014, с. 33].

Из приведенных высказываний хорошо видно, что правовая парадигма содержит в себе результат усилий познающих субъектов, предполагающий накопление научных знаний с целью их применения на практике. В итоге складывается углубленное представление о специфике специально-юридических парадигм, формируются понятия в данной области в отраслевых юридических науках.

В контексте анализа парадигм в отраслях права мы приходим к выводу о том, что их познавательные возможности связаны с правоприменительной практикой, которая может дать «обратную связь» парадигме права как категории теории права. Практика применения права аккумулирует информацию, направляя и совершенствуя правовую парадигму.

В.В. Шаханов среди правовых парадигм выделяет:

- по степени их влияния на юридическую практику – господствующую и вспомогательные парадигмы (критерием здесь является полнота их отражения в законодательстве);
- в зависимости от подхода к правопониманию – позитивистскую (легистскую), естественно-правовую (юснатуралистическую) и либертарно-юридическую парадигмы;
- по степени и характеру восприятия реальностей, граничащих с правовой, – синергетическую парадигму, помогающую в восприятии философско-правовой реальности, и глобализационную парадигму, изучающую влияние глобализации на правовую сферу и облегчающую восприятие экономико- и политико-правовой реальностей [Шаханов, В.В., 2005, с. 6].

Трактовка второго критерия, предложенного выше, получила распространение в юридической науке. За научными спорами о правовой парадигме часто стоят направления в понимании права.

Резонна позиция Н.В. Варламовой, полагающей, что в юриспруденции аналогом куновской парадигмы выступает тип правопонимания как наиболее общее и концентрированное представление о сущности и назначении права, которое определяет предмет и метод соответствующей концепции права [Варламова, Н.В., 2009, с. 68–69].

Приверженцем подобной позиции является и В.С. Нерсисянц. Юридическая парадигма, с его точки зрения, содержательно (сущностно, типологически, понятийно) определяется лежащей в основе общей тео-

рии права и государства, а также юриспруденции в целом типологией правопонимания. Каков тип правопонимания, такова и соответствующая концепция (и парадигма) юриспруденции [Нерсесянц, В.С., 2009, с. 258–259].

Советский социолог Г.В. Осипов уточнял, что после научных революций обычно складывается ситуация парадигматического дуализма: завоевала признание новая, но продолжает пользоваться поддержкой старая парадигма [Осипов, Г.В., 1990, с. 38]. Данное высказывание подтверждает сложившаяся в юридической науке ситуация, когда продолжает господствовать юридический позитивизм как устоявшийся тип понимания права, а право раскрывается через форму.

В этой связи актуальной и, безусловно, верной представляется позиция С.С. Алексеева в защиту юридического позитивизма. «Именно наука позитивного права обеспечивает должную аналитическую проработку правового материала, охватываемого догмой права. ...Выработанные в результате аналитических проработок научные обобщения, определения, сравнительные характеристики, классификации нередко воспринимаются законодателем, переносятся в законы, особенно в кодексы, иные кодифицированные акты, воспринимаются судебной практикой, становятся нормативными обобщениями» [Алексеев, С.С., 2010, с. 23].

Под влиянием перемен, происходящих в стране в постсоветский период, легизм не столько сдал доминирующие позиции в российской юридической науке и практике, сколько модифицировался, приняв более благообразный вид [Лапаева, В.В., 2012, с. 344]. Юридическое мышление все еще носит догматический характер, а юридический позитивизм не утратил своего значения.

Вместе с тем в настоящее время выделяются классические и неклассические направления в понимании права, что объясняет необходимость появления теорий в парадигмах, способствующих устранению противоречий между ними. Трансформируются устоявшиеся положения юридической науки, происходят переосмысление и смена методологических оснований юридической науки.

Для характеристики классического стиля теоретико-правового мышления наиболее репрезентативны юснатурализм и юридический позитивизм. Каждый из этих типов правопонимания отражает парадигмальные черты современного ему научного знания, и, несмотря на содержательную противоположность, их объединяют общие онтологические, гносеологические и аксиологические установки, сформировавшие типичные представления о правовой реальности, являющиеся выражением классического стиля теоретико-правового мышления [Тимошина, Е.В., 2011, с. 36].

«Тип правопонимания, – обращает внимание В.Н. Корнев, – обусловлен не столько сугубо теоретико-познавательными потребностями и задачами, которые больше всего интересуют исследователя, сколько практическими запросами правоприменения» [Корнев, В.Н., 2018, с. 108].

Действительно, успешное правоприменение (а в особенности – судебное правоприменение) может оказывать достаточно эффективное влияние на правовую парадигму, задавая ей определенное направление развития и привнося новые возможности для определения «образа» права, создания теоретико-методологического инструментария исследования права. В этом смысле видится значимость правовой парадигмы для механизма реализации права, перевода юридических предписаний в жизнь общества.

Границы представлений о праве достаточно подвижны. Происходит сближение национального и наднационального права и законодательства, усиливается роль судебной власти и укрепляется статус судебных решений в качестве источника права. Поскольку позиции классического юридического позитивизма хотя и являются устоявшимися, но не остаются неизменными и на сегодняшний день не могут охватить все многообразие правовой действительности, вопрос о поисках путей современного правопонимания связан с неослабевающим интересом к судебной практике и судебному правотворчеству.

С феноменом судебного правотворчества коррелирует интегративное правопонимание, которое дает возможность рассматривать право во многих проявлениях. Заслуживает внимания замечание Т.Ю. Павельевой о том, что поиски интегративной теории следует рассматривать в качестве поиска господствующей парадигмы в теории права [Павельева, Т.Ю., 2015, с. 208].

Немецкий ученый Ю. Хабермас отмечал, что парадигма определяется главным образом важными судебными решениями и является отражением имиджа судьи в обществе [Habermas, J., 1996, p. 392].

Е.А. Войниканис обращает внимание на важную роль в развитии парадигмы права судебного правотворчества, которое, опираясь на фундаментальные принципы права, способно как восполнять законодательные пробелы, так и частично корректировать недостатки действующего законодательства [Войниканис, Е.А., 2017b, с. 80].

Обсуждение и заключение

В результате проведенного исследования можно сделать вывод о взаимном влиянии научной парадигмы и практики применения права. Теоретические представления о сущности и значении правовой парадигмы в контексте понимания права дают руководящие начала правоприменителю. В то время как отраслевые правовые парадигмы могут быть полезными с практической точки зрения для правовой парадигмы в теории права.

В связи с законодательно-правовыми изменениями, расширением научного знания возникает необходимость пересмотра содержания категорий теории права, в том числе и категории «правовая парадигма». В условиях ускоряющейся глобализации правовая парадигма задает вектор развития юридической науки, являясь мощным импульсом для развития не только теории права, но и отраслевых юридических наук.

Список использованной литературы

- Aarnio A. Paradigms in Legal Dogmatics. Toward a Theory of Change and Progress in Legal Science (1) // Theory of Legal Science: Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science Lund, Sweden, December 11–14, 1983. Dordrecht : Springer, 1983. P. 25–38.
- Алексеев С.С. Собрание сочинений : в 10 т. [Справоч. том]. Т. 6: Восхождение к праву. М. : Статут, 2010. 558 с.
- Арутюнов А.А. К вопросу о парадигмах уголовного права // Актуальные проблемы уголовного и уголовно-процессуального права: современное состояние и перспективы развития : науч. тр. Т. 1 (2). М., 2014. С. 32–43.
- Варламова Н.В. Российская теория права в поисках парадигмы // Журнал российского права. 2009. № 12. С. 68–84.
- Васильева Ю.В., Шуралева С.В. К вопросу о становлении и современном состоянии парадигм российского трудового права и права социального обеспечения // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2018. № 41. С. 454–477.
- Войниканис Е.А. Парадигмальный подход к исследованию интеллектуальных прав : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2017а. 53 с.
- Войниканис Е.А. Парадигмальный подход к исследованию интеллектуальных прав : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2017b. 392 с.
- Воронцова Т.Н. Парадигма модерна: попытка комплексного портрета // Вестник Донского государственного аграрного университета. 2018. № 1–2 (27). С. 21–30.
- Гавриков В.П. Фундаментальные знания в юридическом образовании: смена парадигмы // Научное обозрение. Педагогические науки. 2016. № 2. С. 42–55.
- Гладилина И.П. Социокультурная парадигма обучения и воспитания одаренных детей и молодежи // Право и образование. 2013. № 11. С. 49–56.
- Головина А.А. Парадигмы в юридической науке и их влияние на правовой суверенитет государства // Права и свободы человека и гражданина: теоретические аспекты и юридическая практика : материалы ежегод. Междунар. науч. конф. памяти проф. Феликса Михайловича Рудинского / под общ. ред. Д.А. Пашенцева. Рязань : Концепция, 2017. С. 29–34.
- Гонтарь И.Я. Парадигмы в уголовном праве и реальность // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2002. № 6 (245). С. 140–149.
- Гордеев И.В. Глобализация в парадигме постмодерна: теоретико-политологический анализ : автореф. дис. ... канд. полит. наук. М., 2009. 26 с.

Губаева Т.В., Гумерова З.З. Правовое воспитание: парадигмальный подход // Вестник экономики, права и социологии. 2015. № 4. С. 179–182.

Губин О.И. Собирательно-имиджевая модель социологической парадигмы: критический анализ многопарадигматичной социологии Джорджа Ритцера // Вестник Московского университета. Сер. 18. Социология и политология. 2011. № 3. С. 37–54.

Демидов Н.В. Административизм как парадигма советского трудового права // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 4 (77). С. 102–109.

Зборовский Г.Е. История социологии: учебник. М.: Гардарики, 2004. 608 с.

Зуляр Ю.А. Кризис основных парадигм модерна // Известия Иркутского университета. Сер.: Политология. Религиоведение. 2015. Т. 11. С. 15–29.

Кабышев В.Т. С Конституцией по жизни : избр. науч. тр. М. : Формула права, 2013. 320 с., илл.

Корнев В.Н. Теория, проверенная практикой // Российское правосудие. 2018. № 1 (141). С. 107–111.

Кохановский В.П. Философия и методология науки : учебник для высш. учеб. заведений. Ростов н/Д : Феникс, 1999. 576 с.

Кун Т. Структура научных революций. М. : АСТ, 2009. 310 с.

Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика : моногр. М. : РАП, 2012. 580 с.

Leszczyński J. O niezmiennosci sposobu uprawiania dogmatyki prawa // Studia prawno-ekonomiczne. Т. LXXXI. 2010. С. 115–130.

Нерсесянц В.С. Право и правовой закон : становление и развитие / под ред. В.В. Лапаевой. М. : Норма, 2009. 384 с.

Овчинников А.И. Парадигмальный анализ научного правового мышления: смена методологических ориентиров // Методология юридической науки: состояние, проблемы, перспективы : сб. Вып. I / под ред. М.Н. Марченко. М. : Изд. группа «Юрист», 2006. С. 153–172.

Овчинников А.И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ. Ростов н/Д : Изд-во Рост. ун-та, 2003. 344 с.

Осипов Г.В. Социология и социализм. М. : Наука, 1990. 342 с.

Павельева Т.Ю. Понятие парадигмы в современной философии права // Пробелы в российском законодательстве. 2015. № 5. С. 206–209.

Речкин Н.С. Стереотипы в образовании и реформы: к вопросу о новой парадигме образования // Гуманитарные и социально-экономические науки. 2006. № 3. С. 212–215.

- Северюхин А. Вступ. слово // *Метапарадигма: богословие, философия, естествознание: альманах*. СПб.: НП-Принт, 2013. Вып. 1. 128 с.
- Тарасов Н.Н. *Методологические проблемы юридической науки*. Екатеринбург : Изд-во Гуманит. ун-та, 2001. 264 с.
- Тимошина Е.В. Стандарты научности в теории права: классическая и неклассическая парадигмы в социогуманитарном знании // *Стандарты научности и homo juridicus в свете философии права : материалы пятых и шестых филос.-правовых чтений памяти В.С. Нерсеянца / отв. ред. В.Г. Графский*. М. : Норма, 2011. С. 28–51.
- Томашевский К.А. *Актуальные проблемы трудового права (учебно-методический комплекс) : пособие*. Минск, 2012. 145 с.
- Туманова Г.П. Смена юридических парадигм в контексте структурной информации социума // *Регионология*. 2014. № 3. С. 226–232.
- Тюплина И.А. Статус парадигмы в концепции образования: гносеологический аспект : дис. ... канд. филос. наук. Магнитогорск, 1999. 140 с.
- Утяшев М.М. О необходимости смены правовых парадигм! // *Доклады Башкирского университета*. 2016. Т. 1, № 2. С. 472–477.
- Habermas J. *Between Norms and Facts: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy / Translated by William Rehg*. 2nd ed. Cambridge ; Massachusetts : The MIT Press, 1996. 631 p.
- Хабриева Т.Я. *Парадигмы конституционной реформы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2015. № 5. С. 820–830.
- Шарданов А.Н. Становление новой парадигмы образования как аспект современных цивилизационных процессов : дис. ... канд. филос. наук. Нальчик, 2004. 165 с.
- Шаханов В.В. *Правовые парадигмы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук*. Владимир, 2005. 26 с.
- Щербакова Л.М., Казачкова З.М., Навасардова Э.С. Перспективы развития юридического образования в свете новой парадигмы образования в России // *Вестник Ставропольского государственного университета. Юридические науки*. 2011. № 1. С. 219–227.
- Эккельман Н.А. *Синергетическая парадигма в праве // Право и государство: проблемы, тенденции, перспективы : сб. науч. тр. Владимир : Изд-во ВЮИ ФСИН России*, 2005. С. 92–96.
- Эмих Н.А. *Культурная парадигма современного российского образования : дис. ... канд. филос. наук*. Чита, 2006. 124 с.

References

- Aarnio, A., 1983. Paradigms in Legal Dogmatics. Toward a Theory of Change and Progress in Legal Science (1). *Theory of Legal Science*. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science Lund. Sweden, 11–14 December 1983. Dordrecht: Springer, pp. 25–38. (In Eng.)
- Alekseev S.S., 2010 *Sobranie sochinenij* = [Collected works]. In 10 vols. [Reference volume]. Volume 6: *Voskhozhdenie k pravu* = [Ascent to the right]. Moscow: Statut. (In Russ.)
- Arutyunov, A.A., 2014. [On the issue of paradigms of criminal law]. *Aktual'nye problemy ugolovnogo i ugolovno-processual'nogo prava: sovremennoe sostoyanie i perspektivy razvitiya* = [Actual problems of criminal and criminal procedure law: current state and prospects of development]. Scientific works. Volume 1(2). Moscow, pp. 32–43. (In Russ.)
- Demidov, N.V., 2017. [Administrativism as a paradigm of Soviet labor law]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava* = [Actual Problems of Russian Law], 4(77), pp. 102–109. (In Russ.)
- Eckel'man, N.A., 2005. [Synergetic paradigm in law]. *Pravo i gosudarstvo: problemy, tendencii, perspektivy* = [Law and state: problems, trends, prospects]. Collection of scientific works. Vladimir: Izd-vo VYUil FSIN Rossii, pp. 92–96. (In Russ.)
- Emih, N.A., 2006. *Kul'turnaya paradigma sovremennogo rossijskogo obrazovaniya* = [Cultural paradigm of modern Russian education]. Cand. Sci. (Philosophy) Thesis. Chita. (In Russ.)
- Gavrikov, V.P., 2016. [Fundamental knowledge in legal education: paradigm shift]. *Nauchnoe obozrenie. Pedagogicheskie nauki* = Scientific Review. Pedagogical Science, 2, pp. 42–55. (In Russ.)
- Gladilina, I.P., 2013. [Socio-Cultural paradigm of teaching and education of gifted children and youth]. *Pravo i obrazovanie* = [Law and Education], 11, pp. 49–56. (In Russ.)
- Golovina, A.A., 2017. [Paradigms in legal science and their impact on the legal sovereignty of the state]. In: D.A. Pashenceva, ed. *Prava i svobody cheloveka i grazhdanina: teoreticheskie aspekty i yuridicheskaya praktika* = [Rights and freedoms of man and citizen: theoretical aspects and legal practice]. Proceedings of the annual International scientific conference in memory of Professor Felix Mikhailovich Rudinsky. Ryazan': Concept, pp. 29–34. (In Russ.)
- Gontar', I.Ya, 2002. [Paradigms in criminal law and reality]. *Izvestiya vysshih uchebnyh zavedenij. Pravovedenie* = Proceedings of Higher Educational Institutions. Jurisprudence, 6(245), pp. 140–149. (In Russ.)

- Gordeev, I.V., 2009. *Globalizaciya v paradigme postmoderna: teoretiko-politologicheskij analiz* = [Globalization in the postmodern paradigm: theoretical and political analysis]. Abstract of Cand Sci. (Law) dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Gubaeva, T.V. and Gumerova, Z.Z., 2015. [Legal education: paradigm approach]. *Vestnik ekonomiki, prava i sociologii* = [Bulletin of Economics, Law and Sociology], 4, pp. 179–182. (In Russ.)
- Gubin, O.I., 2011. [Collective image model of sociological paradigm: critical analysis of George Rizer's multiparadigmatic sociology]. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Ser. 18. Sociologiya i politologiya*. = Bulletin of Moscow University. Series 18. Sociology and Political Science, 3, pp. 37–54. (In Russ.)
- Habermas, J., 1996. *Between Norms and Facts: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by William Rehg. 2nd ed. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press. (In Eng.)
- Kabyshev, V.T., 2013. *S Konstituciej po zhizni* = [With the Constitution on life]. Selected scientific works. Moscow: Formula Prava. (In Russ.)
- Khabrieva, T.Ya., 2015. [Paradigms of constitutional reform]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya* = [Journal of Foreign Legislation and Comparative Law], 5, pp. 820–830. (In Russ.)
- Kokhanovsky, V.P., 1999. *Filosofiya i metodologiya nauki* = [Philosophy and methodology of science]. Textbook for higher education institutions. Rostov-on-Don: Phoenix, 1999. (In Russ.)
- Kornev, V.N., 2018. Theory, proven practice. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 1 (141), pp. 107–111. (In Russ.)
- Kun, T., 2009. *Struktura nauchnyh revolyucij* = [Structure of scientific revolutions]. Moscow: AST. (In Russ.)
- Lapaeva, V.V., 2012. *Tipy pravoponimaniya: pravovaya teoriya i praktika* = [Types of legal understanding: legal theory and practice]. Monograph. Moscow: RAP. (In Russ.)
- Leszczyński, J., 2010. On the immutability of the way of practicing legal dogmatics. *Studia prawno-ekonomiczne* = [Legal and Economic Studies], LXXXI, ss. 115–130. (In Pol.)
- Nersesyants, V.S., 2009. *Pravo i pravovoj zakon: stanovlenie i razvitie* = [Law and legal law: formation and development]. V.V. Lapaeva, ed. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Osipov, G.V., 1990. *Sociologiya i socializm* = [Sociology and socialism]. Moscow: Nauka. (In Russ.)
- Ovchinnikov, A.I., 2006. [Paradigmatic analysis of scientific legal thinking: change of methodological guidelines]. In: M.N. Marchenko, ed. *Metodologiya yuridicheskoy nauki: sostoyanie, problemy, perspektivy* =

- [Methodology of Legal Science: State, Problems, Prospects]. Issue. I. Moscow: Izdatel'skaya gruppa "Yurist", pp. 153–172. (In Russ.)
- Ovchinnikov, A.I., 2003. *Pravovoemyshlenie: teoretiko-metodologicheskij analiz* = [Legal thinking: theoretical and methodological analysis]. Rostov-on-Don: Izd-vo Rost. un-ta. (In Russ.)
- Pavel'eva, T.Yu., 2015. [The Concept of paradigm in contemporary philosophy of law]. *Probely v rossijskom zakonodatel'stve* = [Gaps in Russian Legislation], 5, pp. 206–209. (In Russ.)
- Rechkin, N.S., 2006. [Stereotypes in education and reforms: on a new paradigm of education]. *Gumanitarnye i social'no-ekonomicheskie nauki* = [Humanities and Socio-Economic Sciences], 3, pp. 212–215. (In Russ.)
- Severyukhin, A., 2013. Opening speech. *Metaparadigma: bogoslovie, filozofiya, estestvoznaniye* = [Metaparadigm: theology, philosophy, science]. Almanac. Issue 1. St. Petersburg, NP-Print. (In Russ.)
- Shahanov, V.V., 2005. *Pravovye paradigmy* = [Legal paradigm]. Abstract of Cand. Sci (Law) dissertation. Vladimir. (In Russ.)
- Shardanov, A.N., 2004. *Stanovlenie novoj paradigmy obrazovaniya kak aspekt sovremennykh civilizatsionnykh processov* = [Formation of a new paradigm of education as an aspect of modern civilizational processes]. Cand. Sci. (Law) Thesis. Nal'chik. (In Russ.)
- Shcherbakov, L.M., Kazachkova, Z.M. and Novosadova, E.S., 2011. [Prospects for the development of legal education in light of the new paradigm of education in Russia]. *Vestnik Stavropol'skogo gosudarstvennogo universiteta. Yuridicheskie nauki* = [Bulletin of the Stavropol State Universit. Legal Science], 1, pp. 219–227. (In Russ.)
- Tarasov, N.N., 2001. *Metodologicheskie problemy yuridicheskoy nauki* = [Methodological problems of legal science]. Ekaterinburg: Izd-vo Gumanitarnogo un-ta. (In Russ.)
- Timoshina, E.V., 2011. [Standards of science in the theory of law: classical and non-classical paradigms in social and humanitarian knowledge]. In: V.G. Grafsky, ed. *Standarty nauchnosti i homo juridicus v svete filozofii prava* = [Standards of science and homo juridicus in the light of the philosophy of law]. Proceedings of the fifth and sixth philosophical and legal readings in memory of V. S. Nersesyants. Moscow: Norma, pp. 28–51. (In Russ.)
- Tomashevskij, K.L., 2012. *Aktual'nye problemy trudovogo prava (uchebno-metodicheskij kompleks)* = [Actual problems of labor law (educational-methodical complex)]. Manual. Minsk. (In Russ.)
- Tumanova, G.P., 2014. [A Change of legal paradigms in the context of the structural information of the society]. *Regionologiya* = [Regionology], 3, pp. 26–232. (In Russ.)

- Tuplina, I.A., 1999. *Status paradigmy v koncepcii obrazovaniya: Gnoseologicheskij aspekt* = [The Status of a paradigm in the concept of education: epistemological aspect]. Cand. Sci. (Law) Thesis. Magnitogorsk. (In Russ.)
- Utyashev, M.M., 2016. [About the need to change legal paradigms!]. *Doklady Bashkirskogo universiteta* = Reports of the Bashkir University, 1(2), pp. 472–477. (In Russ.)
- Varlamova, N.V., 2009. [Russian theory of law in search of a paradigm]. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 12, pp. 68–84. (In Russ.)
- Vasilyeva, Yu.V. and Zhuravleva, S.V., 2018. [On the formation and current state of paradigms of Russian labor law and social security law]. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki* = Bulletin of Perm University. Legal Science, 41, pp. 454–477. (In Russ.)
- Voinikanis, E.A., 2017a. *Paradigmал'nyj podhod k issledovaniyu intellektual'nyh prav* = [Paradigmatic approach to the study of intellectual property rights]. Abstract of Cand. Sci. (Law) dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Voinikanis, E.A., 2017b. *Paradigmал'nyj podhod k issledovaniyu intellektual'nyh prav* = [Paradigmatic approach to the study of intellectual property rights]. Cand. Sci. (Law) Thesis. Moscow. (In Russ.)
- Vorontsova, T.N., 2018. The paradigm of modernity: an attempt at a comprehensive portrait. *Vestnik Donskogo gosudarstvennogo agrarnogo universiteta* = [Bulletin of the Don State Agrarian University], 1–2(27), pp. 21–30. (In Russ.)
- Zborovskij, G.E., 2004. *Istoriya sotsiologii* = [The History of Sociology]. Textbook. Moscow: Gardariki. (In Russ.)
- Zulyar, Yu.A., 2015. [The Crisis of the main paradigms of modernity]. *Izvestiya Irkutskogo universiteta. Ser.: Politologiya. Religiovedenie* = [News of Irkutsk University. Series Political Science. Religious Studies], 11, pp. 15–29. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Желдыбина Татьяна Анатольевна, доцент кафедры истории государства и права Саратовской государственной юридической академии (410056, Россия, г. Саратов, ул. Вольская, д. 1), кандидат юридических наук, доцент [**Tatiana A. Zheldybina**, Associate Professor of History of State and Law Department of Saratov State Law Academy (1 Volskaya St., Saratov, 410056, Russia), Cand. Sci. (Law), Associate Professor]. E-mail: tatyana130802@yandex.ru

УДК 340.114

DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.118-132

Методология выявления имплицитных принципов права

А.Е. Кирпичев*

** ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия
raj@aekirpichev.ru*

Введение. Статья продолжает современную дискуссию о соотношении принципов и норм права. Несмотря на то что подход к существу принципов права зависит от понимания сущности самого права, в науке остается неисследованным механизм, при помощи которого правоприменители и ученые могут выявить имплицитные (неявные) принципы права.

Теоретические основы. Методы. Статья основывается на интегративном правопонимании, а также достижениях юридической эпистемологии. Выбор методов обусловлен как природой исследуемого процесса, так и тем фактом, что интегративное правопонимание предполагает применимость выводов и в рамках иных типов понимания права. Также используется подход к праву как к социальной операционно-закрытой системе.

Результаты исследования. Выявление ранее не описанных принципов права – это вид эпистемологической деятельности, который может быть охарактеризован феноменологически. Продуктивным представляется применение подхода А. Шюца к феноменологии социальных наук как к построению конструктов, описывающих социальную действительность.

В случае юриспруденции такой социальной действительностью выступает прежде всего государственное воздействие на общество через принципы и нормы права. Интегративный подход к праву учитывает ценностное измерение последнего, поэтому процесс выявления принципов права не может быть сведен к механической индукции. Эпистемологически его уместнее охарактеризовать как абдукцию или как метод обоснованной теории. При этом ценностное измерение права защищает от парадоксальных и некорректных выводов.

Обсуждение и заключение. Процесс выявления принципов права должен исходить из того, что они представляют собой внутреннюю рефлекссию правовой системы на новую информацию, поэтому принцип права должен формулироваться (эпистемологически это означает построение юридического конструкта) в рамках юридической терминологии. В противном случае результатом будет не принцип права (характеризующий право изнутри), а его внешняя оценка.

Ключевые слова: эпистемология, принципы права, операционная закрытость системы, абдукция, обоснованная теория, индукция

Для цитирования: Кирпичев А.Е. Методология выявления имплицитных принципов права // Правосудие. 2019. Т. 1, № 2. С. 118–132. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.118-132

Methodology for Identifying Implicit Principles of Law

Alexander E. Kirpichev*

* *Russian State University of Justice, Moscow, Russia*

For correspondence: raj@aekirpichev.ru

Introduction. The paper continues the modern discussion on the relationship between principles and rules of law. Despite the fact that the approach to the essence of the principles of law depends on an understanding of the essence of the law itself, the mechanism by which law enforcers and scholars can reveal the implicit principles of law remains unexplored.

Theoretical Basis. Methods. The article is based on integrative approach to law and the achievements of legal epistemology. The choice of methods is determined both by the nature of the studied process and by the fact that integrative jurisprudence implies the applicability of the conclusions within other types of understanding of law. The paper also uses an approach to law as a social operating-closed system.

Results. Identification of previously not described principles of law is a type of epistemological activity that can be characterized phenomenologically. The application of A. Schutz's approach to the phenomenology of the social sciences as the formations of constructs describing social reality seems to be productive, because principles of law can be regarded as such constructs. In the case of jurisprudence social reality is primarily the state influence on society through the principles and norms of law.

The integrative approach to law takes into account the axiological (value) measurement of the law; therefore, the process of identifying the principles of law cannot be reduced to mechanical induction. Epistemologically, it is more appropriate to characterize it as an abduction or as a method of a grounded theory. At the same time, the axiological approach protects against paradoxical and incorrect conclusions.

Discussion and Conclusion. The process of identifying the principles of law should proceed from the fact that they constitute an internal reflection of the legal system on new information; therefore, the principle of law must be formulated (epistemologically, this means building a legal construct) within legal terminology, otherwise the result will not be the principle of law inside, but just its external evaluation.

Keywords: legal principles, epistemology, abduction, deduction, methodology of law

For citation: Kirpichev, A.E., 2019. Methodology for identifying implicit principles of law. *Pravosudie = Justice*, 1(2), pp. 118–132. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.118-132

Введение

Проблематика принципов права относится к фундаментальным вопросам теории права, без обращения к которому невозможна квалификация правопонимания. Словенский ученый М. Новак [Novak, M., 2016, pp. 80–83], кладя в основу учение К. Юнга о физических функциях, классифицирует типы правопонимания на четыре вида (эксклюзивный позитивизм, эксклюзивный непозитивизм (школа естественного права), инклюзивный позитивизм и инклюзивный непозитивизм). По его мнению, последствия оценки права с точки зрения того или иного типа правопонимания являются не только теоретическими, но и практическими и проявляются в так называемой ситуации «сложного дела», т. е. в случае необходимости установить, имеется ли пробел в праве, опре-

делить соотношение принципов и норм права для того, чтобы решить это дело. Получается, что в отсутствие ответа на вопрос о соотношении принципов и норм права, который равнозначен вопросу о природе принципов права, нельзя говорить о сформированном правопонимании. В свою очередь, принадлежность к тому или иному типу правопонимания является чертой профессионального правосознания и необходимой предпосылкой юридического научного исследования. В рамках интегративного правопонимания в науке было сформулировано современное определение принципа права как обязанности, «установленной правом и адресованной субъекту правотворчества или правоприменения, предписывающей совершение определенных действий, которые имеют деонтическое или аксиологическое содержание» [Корнев, В.Н., 2018, с. 69]. Подобное определение указывает на сущностные характеристики принципов права: особый адресат (правотворец или правоприменитель), наличие деонтических свойств (способность регулировать поведение субъектов права), выражение ценностного (аксиологического) измерения права. Остальные характеристики зависят от типа правопонимания и могут включать в себя объективный характер (для непозитивизма) и способность выводиться из норм права (для позитивизма). Даже ученые, не предполагающие прямое применение принципов права, указывают на их многочисленные функции: критическое осмысление норм права, помощь судье при пробелах и коллизиях права и смягчение последствий правовых норм для их нарушителей (если не нарушен принцип права) [Benditt, Th., 1978, p. 115].

В обоих случаях речь идет о том, что выявление или формулирование принципов права является особым видом познавательной деятельности. Необходимость такой деятельности появляется тогда, когда: а) существование принципа права предполагается и б) содержание принципа права не сформулировано подходящим образом ранее. Существование не в полной мере познанного принципа означает его имплицитность (неявность).

Между тем на сегодняшний день вопрос о том, какими способами и средствами познаются имплицитные принципы права, остается нераскрытым в литературе, т. е. получается, что содержание деятельности по выявлению имплицитных принципов пока не получило должного научного обоснования. Иными словами, данная деятельность должна быть выведена на уровень теории, разворачивание которой сможет стать своего рода инструкцией по ее осуществлению.

Теоретические основы. Методы

Поскольку, как было указано выше, ответ на вопрос о природе принципов права напрямую зависит от типа правопонимания, то и любое познание принципов права основывается на том или ином типе правопонимания. В то же время выбор одного из типов правопонимания со-

кращает достоверность выводов с точки зрения других типов. В этом отношении наиболее перспективным представляется обращение к интегративному правопониманию.

Принципиально важно, что использование в качестве методологической основы интегративного правопонимания не влечет отказ от достижений юридического позитивизма, напротив, оно позволяет поддерживать утверждение ученых-позитивистов о том, что основная задача юридической науки состоит в том, чтобы упростить систему правовых предписаний, не меняя ее содержательно: за счет выявления имманентных общих положений и принципов, например, когда наука предлагает заменить 10 норм особенной части одной нормой общей части или еще большее количество норм выражается в некоем едином принципе [Булыгин, Е.В. и Альчуррон, К.Э., 2013, с. 107–111]. Однако юридический позитивизм не дает ответа, каким должно быть правовое регулирование. Таким образом, в результате в качестве принципов права могут быть выявлены присущие нормам права, но аксиологически чуждые праву характеристики. Например, если 10 норм потенциально коррупциогенны, то из них можно вывести принцип содействия коррупции, однако ценностное измерение права отвергнет такой вывод. Различные интегративные теории позволяют тем или иным образом сочетать при изучении права как его описание, так и представления о том, какими должны быть нормы права [Berman, H.J., 1988], в том числе учитывая собственно правовую теорию, а также историческое развитие права. Познание имплицитных принципов права является этапом познания права в целом. В соответствии с афоризмом 2.01231 Л. Витгенштейна, «чтобы знать объект, я должен знать не внешние, а все его внутренние качества» [Витгенштейн, Л., 1958, с. 32], из чего можно сделать вывод, что познание внутренних качеств объекта необходимо для познания самого объекта.

Таким образом, продуктивным и перспективным теоретико-методологическим основанием настоящей статьи представляется интегративный подход к правопониманию. В свою очередь, для исследования познавательной деятельности методологической основой должны стать современные достижения эпистемологии, т. е. науки, которая изучает познание, а конкретнее – юридической эпистемологии, т. е. науки о познании правовых явлений.

Результаты исследования

Проблема соотношения принципов и норм (правил, rules) исследуется учеными всего мира. В основном дискуссия состоит в том, когда и как применять принципы и какова их природа (являются ли они, например, производными от морали, как в «мягком позитивизме» Г. Харта). Получается, что общим местом является применимость принципов. В свою очередь, вопрос о применимости распадается еще на два: како-

во содержание принципа и может ли суд это содержание применить к регулированию конкретного отношения?

В отношении содержания принципа нам видится весьма убедительной схема, по которой принципы права рассматривает В.Т. Томин [2007, с. 37]: он разделяет наименование принципа и его формулу, описывающую его содержание с использованием глаголов, определяющих его содержание. Использование глаголов означает, что формула принципа характеризует поведение (действие или воздержание от действия), которое совершает субъект права, являющийся адресатом принципа права.

Отсюда и переход к следующему вопросу: чтобы быть действительно применимым, принцип должен быть способен регулировать общественные отношения. В этом аспекте принцип должен быть прескриптивным высказыванием, которое «предписывает, какие действия надлежит, разрешено или не разрешено выполнить, какая ситуация является обязательной или допустимой, а какая – запрещенной» [Гусев, С.С., и др., 2010, с. 378]. Для этого принцип должен быть способным к субсумпции, т. е. подведению под него конкретных обстоятельств [Черданцев, А.Ф., 1979, с. 61]. Однако обоснованной также является точка зрения, согласно которой для применения принципа права в отличие от нормы не характерна субсумпция [Корнев, В.Н., 2018, с. 67–68], но в любом случае принцип по указанному выше определению должен иметь деонтические свойства – прескрептивность и деонтические операторы: вправе, не может, разрешено, обязан, должен, запрещено [Байтин, М.И. и Бабаев, В.К., 1987, с. 125], оператор «безразлично» не подходит для формулировки принципа.

Современная западная эпистемология юридического знания, учитывая кризис парадигм в юриспруденции и объективные тенденции социально-экономического развития, предлагает четыре актуальных подхода к правовым исследованиям, рекомендуя сочетать их: междисциплинарный подход (прежде всего за счет использования достижений социальных наук), макроисследования (приоритет исследованию правовой системы или ее подсистемам над изучением деталей), сравнительно-правовой подход (прежде всего за счет глобальных вопросов, выходящих за рамки национальных правовых систем), межкультурный синтез (изучение и преодоление национальных культурных и исторических ограничений для решения вопросов, имеющих всемирное значение) [Vah Hoeske, M. and Ost, F., 1993]. В свою очередь, сравнительно-правовой подход включает как минимум четыре основных метода: функциональный (позволяющий в трех аспектах – структурном, историческом, эквивалентном – определить причины появления правового института в национальной правовой системе и решаемые им проблемы) [Michaels, R., 2006], структурный метод (позволяющий выделить структурные совпадения в различных правовых системах и требующий обращения к теоретическим основам системного подхода), ана-

литический метод (отделяющий системно-независимые, универсальные концепты, присущие всем правовым системам, по аналогии с универсальной грамматикой), метод исследования права в контексте (рассматривающий социальные цели появления того или иного института), исторический метод [Van Hoeske, M., 2015]. Примечательно, что проводящий обзор данных методов М. Ван Хук в той же работе, призывая учитывать культурные и доктринальные рамки, приводит в качестве примера российское гражданское право, оказавшееся, по его мнению, к концу XX в. весьма бессвязной доктриной, соединяющей копирование западных кодексов и наследие коммунистической идеологии.

Исторически первым методом юридической науки была индукция, сменившаяся затем дедукцией (идея которой положена в основу европейских кодификаций и в наибольшей степени выраженная в кодификациях, построенных по образцу пандектной системы). Дж. Самуэль на примере соотношения договора и соглашения показывает историческое соотношение данных методов: утверждение Ульпиана о том, что договор невозможен без соглашения (если точнее: Ульпиан соглашается с мнением Педия, что *nullum esse contractum, nulla mobli gationem, quae non habeat in sec onventionem*, т. е. не существует договора, не существует обязательства, не содержащего в себе соглашения¹), приводит в эпоху глоссаторов только к выводу о том, что существуют обязательства, которые можно сгруппировать как обязательства из контрактов, в то время как позднейшая дедуктивная логика сделает вывод о возникновении договора из соглашения. Центральную роль в методологии правовой науки Дж. Самуэль отводит классификации, которая должна выражаться в развивающейся юридической таксономии [Samuel, G., 2016, pp. 96–97]. При этом юридическая классификация отличается от принятой в естественных науках, поскольку не служит для перехода от эмпирического объекта к концептуальной схеме, подобной дихотомии не существует в юридической науке. Сама получившаяся схема участвует в создании как большой, так и малой посылок в юридической логике [Samuel, G., 2016, p. 254]. Подобное обусловлено обратной связью между юридической наукой и социальной реальностью: юридическая наука непосредственно влияет на законодателя и правоприменителя и поэтому выработанные ею классификации объектов приводят к появлению новых концептов (например, понятий, используемых юридической наукой и практикой).

Принципиально важной методологической установкой деятельности по выявлению принципов является применение выведенного У. Эшби общенаучного закона необходимого разнообразия, который гласит, что степень разнообразия управляющей подсистемы должна быть не меньше разнообразия управляемой подсистемы [Эшби, У.Р., 1959, с. 293–302]. В.В. Ершов предлагает применять данный закон к исследованиям

¹ D. 2.14.1.3 // Дигесты Юстиниана / отв. ред. Л.А. Кофанов. М., 2002. С. 258.

правового и индивидуального регулирования, определяя, что принципы и нормы права должны предусматривать все богатства индивидуальных и конкретных фактических отношений, однако это должествование недостижимо даже теоретически и поэтому оно компенсируется судебным и договорным регулированием [Ершов, В.В., 2018, с. 416].

Кроме того, необходимо учитывать, что с точки зрения общенаучных позиций любое понятие должно исследоваться на трех системных уровнях: общее, особенное и единичное [Гегель, Г.В.Ф., 1974, с. 345–349]. Применительно к праву единичным выступает конкретное отношение, а особенным – его регулирование в правовой системе (поскольку на него оказывает влияние конкретный исторический период, традиции национального права), в свою очередь, доктринальное понятие (всеобщее, не зависящее от особенностей) является всеобщим. Так, договор аренды конкретного помещения – это единичное, регулирование аренды в Российской Федерации в 2019 г. – это особенное (например, аренда в данной правовой системе имеет некоторые черты вещного права, права арендатора могут защищаться негаторным иском), а конструкция арендного обязательства, т. е. имущественного отношения по возмездной передаче индивидуально-определенных непотребляемых вещей во временное пользование, – это всеобщее, которое может быть исследовано само по себе, а может находиться с особенностями в национальных правовых порядках.

Основы эпистемологии лежат в области философии. Выявление имплицитных принципов по сути означает обращение к ранее неисследованному явлению, изучение которого может быть названо феноменологией. Отечественный философ А.Ф. Лосев, попытавшийся соединить диалектику Гегеля с феноменологией Гуссерля, характеризовал феноменологию тем, что «предмет осмысливается независимо от своих частичных проявлений, где смысл предмета самотождествен во всех своих проявлениях. Это и есть единственный метод феноменологии: отбросивши частичные проявления одного и того же, осознать и зафиксировать то именно, что во всех проявлениях одно и то же» [Лосев, А.Ф., 1999, с. 173]. Применительно к юриспруденции это стремление к целостности, отделяющей частность от общего и частичность от целого, означает, что в исследовании юридических явлений (феноменов) необходимо последовательно квалифицировать частное и общее, а затем отделять одно от другого. При этом то, что на одном уровне будет являться общим, на другом уровне уже станет частным (например, наличие встречного предоставления является общим для договоров купли-продажи, ренты, аренды, подряда, различных договоров об оказании услуг и договора о совместной деятельности, но на уровне всей системы договоров оно является уже частной чертой возмездных договоров).

Таким образом, юридическое научное исследование – это всегда процесс поиска всеобщего. Осуществляемый при этом переход от единичного и особенного к всеобщему является гносеологически допустимой операцией, на которую указывал и Гегель [1974, с. 352].

Изложенное сочетается с тем объективным фактом, что научное познание социальной действительности с неизбежностью требует теоретических построений («конструктов» – понятия современной методологии науки, подчеркивающего активность, конструктивность работы научного сознания при введении в состав концептуальных структур научного знания специфически научных понятий и соответствующих терминов в язык науки²), отражающих ее. В случае юриспруденции такой социальной действительностью выступает прежде всего государственное воздействие на общество через принципы и нормы права, т. е. правовое регулирование, которое мы также могли бы определить как осуществляемое государством регулирование социально значимого поведения в соответствии с моделями, предлагаемыми в данном обществе.

Предлагаемый этатизм (производность права от деятельности государства) сам по себе не означает отрицания объективных закономерностей в праве (в рамках, например, экономического анализа права или теории естественного права). Наоборот, подобные непозитивистские основания права соотносятся с правовым регулированием (как государственным воздействием) так же, как законы психологии с поведением человека, представляя собой объективное свойство общества, заставляющего его помимо прочего создавать государство, предназначенное для воспроизводства объективных закономерностей в позитивном праве.

Возвращаясь к познанию, отметим, что правила выдвижения подобных конструктов (в том числе выявления принципов права) описаны в методологической литературе.

А. Шюц в своей феноменологии указывает, что идеальные объекты социальных наук, описывающие социальную реальность, должны быть совместимы с объектами обыденного мышления людей в повседневной жизни, для чего они должны соответствовать трем постулатам: постулату логической последовательности (научная система типизированных конструктов должна быть установлена с высшей степенью ясности и отчетливости ее концептуальных рамок и должна быть целиком совместима с правилами логики), постулату субъективной интерпретации (качество и типичное содержание модели, чтобы она могла объяснить наблюдаемые факты как продукт деятельности индивидуального сознания в доступных пониманию отношениях) и постулату адекватности (каждый термин в научной модели должен быть таким, чтобы индивидуальное поведение в жизненном мире, соответствующее этому конструкту, было бы понятно как самому действующему, так и его партнерам) [Шюц, А., 2004, с. 43–44].

Из третьего постулата Шюца следует, что формирование юридических конструктов науки осуществляется в рамках юридической терми-

² Новая философская энциклопедия. 2-е изд., испр. и доп. М. : Мысль, 2010. URL: <https://iphlib.ru/greenstone3/library/collection/newphilenc/document/HASHe584c75fb94f0ad4c8eae5?p.s=TextQuery>

нологии. Это обусловлено тем, что результат выявления имплицитного принципа права (эпистемологически это и есть формулирование конструкта на базе совокупности норм) должен быть понятен правотворцам, правоприменителям, ученым-юристам и субъектам права.

Такое требование к юридическим конструктам следует и из понимания права как системы. Опираясь на аутопойетическую теорию Г. Тойбнера (основанную, в свою очередь, на представлениях Н. Лумана о праве как социальной системе), М. Ван Хук пишет, что правовые системы являются оперативно закрытыми: внешние факты выбираются и адаптируются согласно внутренней логике правовой системы, но при этом право является когнитивно открытой системой, поскольку информацию (социальные факты, ценности, нормы) право берет извне, но рассматривает ее с точки зрения специфической правовой терминологии [Ван Хук, М., 2012, с. 69]. При этом право в большей степени автономно по отношению к другим социальным системам [Ван Хук, М., 2012, с. 70], чем по отношению к другим правовым системам [Ван Хук, М., 2012, с. 67]. Отсюда следует, например, что национальной правовой системе естественнее и легче заимствовать концепт из другой правовой системы (например, новый для этой правовой системы вид договора, новую организационно-правовую форму юридического лица, новое требование к осуществлению отдельного вида экономической деятельности), чем из экономики или морали (подобное не является невозможным, но потенциально затрудняет адаптацию концепта в правовой системе, например, появление в экономике России торговых сетей потребовало их регулирования, которое, в свою очередь, было осуществлено через рассмотрение их как совокупности торговых объектов, определяемых через терминологию положений гражданского законодательства об объектах гражданских прав, однако включенные в Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) положения о так называемых коммерческих и товарных кредитах, которые должны были распространяться на все договоры с предварительной или последующей оплатой, оказались нереализованными, потому что при их формулировании выбран неправильный термин, юридически относящийся лишь к одному виду договоров, а не ко всем возмездным договорам, как следует из содержания соответствующих положений). Изложенное подтверждает необходимость при формулировании юридических конструктов, в том числе формул принципов права, во-первых, искать для их описания уже существующие в юриспруденции категории (в таком случае будет также реализован закон необходимого разнообразия), во-вторых, обращаться к сравнительно-правовому подходу, методы которого позволяют найти подходящие конструкты в зарубежных правовых порядках для их дальнейшей рецепции с учетом исторических и культурных особенностей, и только в-третьих – опираться на терминологическую базу иных социальных систем и описывающих их наук: экономики, морали, политики.

В то же время сказанное не означает, что познавательную деятельность по выявлению принципов права следует ограничить использованием научных юридических категорий. Здесь уместно обратиться к вопросу о взаимодействии юридической науки и правового регулирования. Так, С.А. Степанов критикует гражданское законодательство за то, что «центробежно развивающаяся цивилистическая доктрина, выстроенная “сама из себя”, остро нуждалась и продолжает нуждаться в законодательном воплощении. Отсутствие этого приводит к парадоксальной (вероятно, ни в одной науке невозможной) ситуации: гражданско-правовая наука начинает формировать, изменять собственный, уже существующий эмпирический материал, а также стимулировать появление нового, “правильного”, соответствующего отточенным в бескомпромиссных дискуссиях идеальным моделям законодательства. Такое теоретическое учение беспощадно и к судебным актам, удостаивая одни из них чести быть названными воплощением научной мысли и приговаривая другие как концептуально ошибочные» [Степанов, С.А., 2011, с. 80–81]. К конструкциям, которые были открытием цивилистики, но теперь заставляют подстраивать под представления о себе позитивное право, указанный автор, в частности, относит правоотношение [Степанов, С.А., 2011, с. 80–81]. Хотя сам по себе подобный пример может быть дискуссионным, однако характерно, что в данном случае утверждается, что устоявшаяся научная категория препятствует развитию изучаемых явлений.

В то же время укажем, что негативно характеризуемое воздействие конкретной науки (цивилистики) на свой предмет (позитивное гражданское право) не является исключительным и свойственно другим наукам, в том числе и неюридическим. Ж. Бодрийяр приводит пример, согласно которому этнология убивает саму себя после того, как, найдя нетронутое цивилизацией племя, искусственно сохраняет ему условия, которые считает естественными [Бодрийяр, Ж., 2015, с. 13–15]. Аналогичным образом лингвистика, описывая естественное состояние языка, затем начинает влиять на него. Оптимальный и естественный выход из такой проблемы видится в большей адаптивности науки, т. е. в том, чтобы юридическая наука позволяла определять ситуации, при которых необходимо пересматривать существующую теорию таким образом, чтобы она не ограничивала обусловленное развитием государства и общества развитие позитивного права.

Возвращаясь к процессу выявления принципов и свойствам права как социальной системы, необходимо охарактеризовать и процесс появления принципа. Если право представляет собой операционно-закрытую систему, то принцип права можно представить как ее реакцию на появление новой информации. Например, право сталкивается с новым явлением, которое получает нормативное регулирование либо требует изменения толкования существующего.

Так, различные виды ценных бумаг появились не одновременно. Сначала торговое право юридически обеспечило такой «инструмент» расчетов, как вексель, затем появились чеки, а много позже акции. Для регулирования режима векселя и оборота векселей не требовалось вводить понятие ценной бумаги. Аналогичным образом оно не было безусловно необходимым и для установления режима акций (последующий переход которых в бездокументарную форму поставил под сомнение целесообразность самого общего понятия «ценная бумага», в результате чего, в частности, российский законодатель вообще отказался от единой дефиниции ценных бумаг). Однако в системе права отразилось появление нового объекта, ибо его регулирование выстроилось по образцу, подобному регулированию уже существующих, при этом режим уже существующих объектов тоже стал пониматься самим правом иначе.

Приведем другой пример.

В ГК РФ ст. 450.1 о праве на односторонний отказ от договора, заключенного в отсутствие лицензии, появилась через два года после исключения отсутствия лицензии как специального основания недействительности сделок. В период между этими событиями отсутствие необходимой лицензии воспринималось правоприменителями как проявление общего основания недействительности сделок – их противоречия требованиям закона (ст. 168 ГК РФ). Появление новой нормы сузило толкование старой: в п. 89 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 25 указывается, что, если законом прямо не установлено иное, совершение сделки лицом, не имеющим лицензии на занятие соответствующей деятельностью, не влечет ее недействительности³. Но новая норма не содержит такого предписания, речь идет о том, что с появлением новой нормы правовая система определила границу применения старой. Уже не новый объект, а новая норма была отражена правовой системой в виде появления имплицитного деонтического предписания.

Хотя в данном примере речь идет о недостаточно абстрактном предписании для того, чтобы его можно было назвать принципом права, сам по себе механизм его выявления соответствует изложенным выше подходам: деонтическое высказывание конструируется в юридических терминах, исходя из содержания норм права, и соответствует ценностному измерению права (в частности, категоричное утверждение о том, что такая сделка всегда действительна, могло бы легитимировать, например, производство и продажу поддельных лекарственных средств, однако это противоречило бы социальному назначению права и потому недопустимо в силу ст. 169 ГК РФ).

³ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2015. 30 июня.

Обсуждение и заключение

Итак, в отличие от юридического позитивизма интегративный подход к праву учитывает ценностное измерение последнего. Поэтому процесс выявления принципов права не может быть сведен к механической индукции. Эпистемологически его уместнее охарактеризовать как абдукцию [Гребенников, В.В., Понкин, И.В. и Редькина, А.И., 2017, с. 8–12] или как метод обоснованной теории (*grounded theory*), когда исследователь обобщает данные, выстраивая на их основе теорию, которую затем проверяет на других данных [Glaser, B.G. and Strauss, A.L., 2017, pp. 21–45, 114]. При этом ценностное измерение права защищает от парадоксальных и некорректных выводов. Процесс выявления принципов права должен исходить из того, что они представляют собой внутреннюю рефлексию правовой системы на новую информацию, поэтому принцип права должен формулироваться (эпистемологически это означает построение юридического конструкта) в рамках юридической терминологии, в противном случае результатом будет не принцип права (характеризующий право изнутри), а его внешняя оценка. Таковым является, например, принцип «экономической эффективности», вводимый законодателем для многих институтов гражданского и финансового права, но не являющийся, по критерию Л. Витгенштейна, способом познания права, так как речь идет о внешней характеристике, а не внутренней черте.

Список использованной литературы

- Байтин М.И., Бабаев В.К. Нормы советского права: проблемы теории. Саратов, 1987. 248 с.
- Benditt Th. *Law as Rule and Principle*. Stanford, 1978. 195 p.
- Berman H.J. *Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History* // *California Law Review*. 1988. Vol. 76. P. 779–801.
- Бодрийяр Ж. *Симулякры и симуляции*. М. : Postum, 2015. 204 с.
- Булыгин Е.В., Альчуррон К.Э. *Нормативные системы* // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / К.Э. Альчуррон, Е.В. Булыгин и др. ; под ред. Е.Н. Лисанюк. СПб. : Изд-во С.-Петербур. гос. ун-та, 2013. 380 с.
- Van Hoescke M., Ost F. *Epistemological perspectives in Legal Theory* // *Ratio Juris*. 1993. Vol. 6, no. 1. P. 30–47.
- Van Hoescke M. *Methodology of Comparative Legal Research* // *Law and Method*. 2015. No. 12. P. 5–39.
- Витгенштейн Л. *Логико-философский трактат*. М. : Изд-во иностр. лит., 1958. 133 с.

- Гегель Г.В.Ф. Энциклопедия философских наук. Т. 1: Наука логики. М. : Мысль, 1974. 451 с.
- Glaser B.G., Strauss A.L. Discovery of grounded theory: Strategies for qualitative research. Routledge, 2017. 282 p.
- Гребенников В.В., Понкин И.В., Редькина А.И. Метод абдукции как метод научного исследования // Образование и право. 2017. № 5. С. 8–12.
- Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М. : РГУП, 2018. 628 с.
- Корнев В.Н. Эволюция доктрины принципов права в отечественной юридической науке // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 1 (41). С. 64–70.
- Логика : учебник / С.С. Гусев, Э.Ф. Караваев, Г.В. Карпов и др. ; под ред. А.И. Мигунова, И.Б. Микиртумова, Б.И. Федорова. М. : Проспект, 2010. 675 с.
- Лосев А.Ф. Философия имени // Самое само : сочинения. М. : ЭКСМО-Пресс, 1999. 1024 с.
- Michaels R. The functional method of comparative law // The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford, 2006. P. 339–382.
- Novak M. The type theory of law: an essay in psychoanalytic jurisprudence. Dordrecht : Springer, 2016. 113 p.
- Samuel G. Epistemology and method in law. Routledge, 2016.
- Степанов С.А. Цивилистика классическая и постклассическая // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике / отв. ред. С.С. Алексеев. М. : Статут, 2011. С. 79–81.
- Томин В.Т. Принципы отечественного уголовного процесса. Н. Новгород : Волго-Вятская акад. гос. службы, 2007. 79 с.
- Черданцев А.Ф. Вопросы толкования советского права. М. : Юрид. лит., 1979. 166 с.
- Шюц А. Избранное: Мир, светящийся смыслом. М. : Российская политическая энциклопедия, 2004. 1056 с
- Эшби У.Р. Введение в кибернетику. М. : Изд-во иностр. лит., 1959. 432 с.

References

- Ashby, W.R., 1959. *Vvedenie v kibernetiku* = [An Introduction to Cybernetics]. Moscow : Izd-vo inostr. lit. (In Russ.)
- Baudrillard, J., 2015. *Simulyakry i simulyatsii* = [Simulacra and Simulation]. Moscow: Postum. (In Russ.)

- Baytin, M.I. and Babaev, V.K., 1987. *Normy sovetskogo prava: problemy teorii* = [Norms of Soviet law: problems of theory]. Saratov. (In Russ.)
- Benditt, Th., 1978. *Law as Rule and Principle*. Stanford. (In Eng.)
- Berman, H.J., 1988. Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History. *California Law Review*, 76, pp. 779–801. (In Eng.)
- Bulygin, E.V. and Alchurron, C.E., 2013. [Normative systems]. «*Normativnyye sistemy*» i drugie raboty po filosofii prava i logike norm = [Normative systems and other works on logic of norms]. St. Petersburg: Izd-vo S.-Peterb. gos. un-ta. (In Russ.)
- Cherdantsev, A.F., 1979. *Voprosy tolkovaniya sovetskogo prava* = [Issues of interpretation of Soviet law]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)
- Glaser, B.G. and Strauss, A.L., 2017. *Discovery of grounded theory: Strategies for qualitative research*. Routledge. (In Eng.)
- Grebennikov, V.V., Ponkin, I.V. and Red'kina, A.I., 2018. [Method of abduction as method of scientific research]. *Obrazovaniye i pravo* = Education and Law, 5, pp. 8–12.
- Hegel, 1974. *Entsiklopediya filosofskikh nauk. T. 1. Nauka logiki* = [Encyclopedia of philosophical sciences. Volume 1. Science of logic]. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Kornev, V.N., 2018. [Evolution of doctrine of principles of law in domestic legal science]. *Yuridicheskaya nauka i praktika: Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii* = Legal Science and Practice: Herald of Nizhny Novgorod Academy of Ministry of internal affairs of Russia, 1(41), pp. 64–70. (In Russ.)
- Losev, A.F., 1999. *Filosofiya imeni. Samoe samo* = [Self it self]. Works. Moscow: EKSMO-Press. (In Russ.)
- Michaels, R., 2006. The Functional Method of Comparative Law. In: *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford. (In Eng.)
- Migunov, A.I., Mikirtumov, I.B. and Fedorov, B.I., eds., 2010. *Logika* = [Logic]. Textbook. Moscow: Prospekt. (In Russ.)
- Novak, M., 2016. *The Type Theory of Law: an Essay in Psychoanalytic Jurisprudence*. Dordrecht: Springer. (In Eng.)
- Samuel, G., 2016. *Epistemology and method in law*. Routledge. (In Eng.)
- Schutz, A., 2004. *Izbrannoe: Mir, svetyashchiysya smyslom* = [Selected works: Common-senseworld]. Moscow: Rossiyskaya politicheskaya entsiklopediya. (In Russ.)
- Stepanov, S.A., 2011. Civilistics classic and postclassic. In: Alekseev, S.S., ed. *Razvitie osnovnykh idey Grazhdanskogo kodeksa Rossii v sovremennom zakonodatel'stve i sudebnoy praktike* =

[Development of major ideas of the Civil Code of Russia in Modern legislation and jurisprudence]. Moscow: Statut, pp. 79–81. (In Russ.)

Tomin, V.T., 2007. *Printsipy otechestvennogo ugolovnogo protsessa* = [Principles of domestic criminal proceedings]. Nizhniy Novgorod: Volgo-Vyaskaya akad. gos. sluzhby. (In Russ.)

Van Hoecke, M. and Ost, F., 1993. Epistemological perspectives in Legal Theory. *Ratio Juris*, 6(1), pp. 30–47. (In Eng.)

Van Hoecke, M., 2015. Methodology of Comparative Legal Research. *Law and Method*, 12, pp. 5–39. (In Eng.)

Wittgenstein, L., 1958. *Logiko-filosofskiy traktat* = [Logical Philosophical Treatise]. Moscow: Izd-vo inostr. lit., 1958. (In Russ.)

Yershov, V.V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennykh otnosheniy* = [Legal and individual regulation of social relations]. Moscow: RGUP. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Кирпичев Александр Евгеньевич, доцент кафедры гражданского права ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, Новочерёмушкинская ул., д. 69), кандидат юридических наук, доцент [**Alexander E. Kirpichev**, Associate Professor of the Civil Law Department, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Cand. Sci. (Law), Associate Professor]. E-mail: raj@aekirpichev.ru

Цифровизация и ее уголовно-правовые риски

А.И. Чучаев*, Ю.В. Грачева, С.В. Маликов****

* Крымский филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Симферополь, Россия

** ФГБОУВО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина» (МГЮА), г. Москва, Россия
moksha1@rambler.ru, uvgracheva@mail.ru, s.v.malikov@yandex.ru

Введение. Значимость изменений и их беспрецедентная динамика изменяют характер угроз собственности, жизни и здоровью человека, организациям, социуму и государству. Противодействие киберугрозам ставит новые задачи перед специалистами по информационной безопасности, требует выработки механизмов правовой защиты, которые позволят опережающими темпами реагировать на криминогенные угрозы в цифровой среде. К сожалению, отечественный законодатель опаздывает в принятии решений; уголовно-правовые нормы, целью которых является противодействие преступлениям в информационной сфере, страдают пробельностью, неспособны охватить все возможные общественно опасные деяния и их последствия.

Теоретические основы. Методы. Общетеодологическую основу работы составляет всеобщий диалектический метод, базирующийся на законах и категориях диалектического и исторического материализма. Также использованы частные и специальные методы научного познания: системно-структурный, формально-логический, сравнительно-правовой и статистический анализ, контент-анализ, непосредственное наблюдение.

Результаты исследования. В статье проводится анализ сфер жизнедеятельности, на которые инновационные технологии воздействуют или будут оказывать наибольшее влияние. Тем самым преследуется в первую очередь пропедевтическая цель – создание необходимого теоретического фундамента для последующего рассмотрения специальных уголовно-правовых вопросов. К таким сферам отнесены: цифровая медицина, цифровая логистика, электронная коммерция и умные дома.

Обсуждение и заключение. Защита от киберугроз требует как постоянно интегрируемого и автоматизируемого подхода к кибербезопасности, так и адаптации законодательства к таким угрозам. Подготовка нормативных правовых актов, регулирующих вопросы цифровизации в определенной сфере (медицина, персональные данные, экономика, логистика, жилищно-коммунальные услуги и др.), должна сопровождаться оценкой возможных рисков с целью безотлагательной разработки (корректировки) уголовно-правовых норм, охраняющих соответствующие общественные отношения. В частности, можно говорить о следующих «пробелах» в уголовном законодательстве: ненаказуема пропаганда либо реклама наркотических средств, совершенных с использованием информационно-телекоммуникационных сетей (сети Интернет); не проводится усиления ответственности за распространение оружия и торговлю людьми, совершаемые посредством сети Интернет; сложностью при противодействии преступлениям, связанным с электронной коммерцией, является использование криптовалюты; односторонней представляется позиция законодателя по вопросу охраны персональных или идентифицирующих физических и юридических лиц данных; отсутствуют уголовно-правовые средства реагирования в случаях цифровизации медицинской деятельности и управления беспилотными транспортными средствами.

Ускоренная цифровизация всех сфер жизнедеятельности человека требует усиленной правовой защиты, одним из аспектов которой может выступить формирование новой главы Уголовного кодекса Российской Федерации, посвященной информационной безопасности. Содержание такой главы может объединить так называемые компьютерные преступления и иные деяния, связанные с незаконным использованием информации, сопровождающиеся причинением материального ущерба, вреда здоровью и жизни.

Ключевые слова: цифровая медицина, цифровая логистика, умный город, электронная коммерция, риски цифровизации, противодействие преступности

Для цитирования: Чучаев А.И., Грачева Ю.В., Маликов С.В. Цифровизация и ее уголовно-правовые риски // Правосудие. 2019. Т. 1, № 2. С. 133–155. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.133-155

Digitalisation and its Criminal-Legal Risks

Alexandr I. Chuchayev*, **Yulia V. Gracheva****,
Sergey V. Malikov**

* *Crimea Branch, Russian State University of Justice, Simferopol', Russia*

** *Kutafin Moscow State Law University, Moscow, Russia*

For correspondence: moksha1@rambler.ru, uvgracheva@mail.ru, s.v.malikov@yandex.ru

Introduction. The significance of changes and their unprecedented dynamics changes the nature of threats to property, life and health, organizations, society and the state. Countering cyber threats poses new challenges for information security specialists, and requires the development of legal protection mechanisms that will allow them to respond at a faster pace to criminal threats in the digital environment. Unfortunately, the domestic legislator is late in making decisions; criminal law norms, the purpose of which is to counteract crimes in the information sphere, suffer from a gap, unable to cover all possible socially dangerous acts and their consequences.

Theoretical Basis. Methods. The General methodological basis of the work is the universal dialectical method based on the laws and categories of dialectical and historical materialism. Private and special methods of scientific cognition are also used: system-structural, formal-logical, comparative-legal and statistical analysis, content analysis, direct observation.

Results. The article analyzes the spheres of life on which innovative technologies affect or will have the greatest impact. Thus the propaedeutic goal is pursued in the first place—the creation of the necessary theoretical Foundation for the subsequent consideration of special criminal law issues. These areas include digital medicine, digital logistics, e-Commerce and smart homes.

Discussion and Conclusion. Protection against cyber threats requires both a constantly integrated and automated approach to cybersecurity and the adaptation of legislation to such threats. The preparation of normative legal acts regulating the issues of digitalization in a certain area (medicine, personal data, economy, logistics, housing and communal services, etc.) should be accompanied by an assessment of possible risks in order to urgently develop (adjust) criminal law norms that protect the relevant public relations. In particular it is possible to speak about the following “gaps” in the criminal law: propaganda or advertising of narcotic drugs committed using information and telecommunication networks (Internet) is not punishable; there is no strengthening of responsibility for the proliferation of weapons and human trafficking committed through the Internet; the difficulty in countering crimes related to e-Commerce is the use of cryptocurrency; the position of the legislator on the protection of personal or identifying data of individuals and legal entities is one-sided; there are no criminal legal means of implementation in cases of digitalization of medical activities and management of unmanned vehicles.

The accelerated digitalization of all spheres of human activity requires enhanced legal protection, one of the aspects of which is the formation of a new Chapter of the criminal code devoted to information security. The content of such a Chapter can unite the so-called computer crimes

and other acts associated with the illegal use of information, accompanied by causing material damage, harm to health and life.

Keywords: digital medicine, digital logistics, smart city, e-Commerce, risks of digitalization, combating crime

For citation: Chuchaev, A.I., Gracheva, Yu.V. and Malikov, S.V., 2019. Digitalisation and its criminal-legal risks. *Pravosudie = Justice*, 1(2), pp. 133–155. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.133-155

Введение

Усиление деловой, социальной активности в киберпространстве, цифровая трансформация предпринимательской деятельности и деятельности государственных и муниципальных служб обуславливают актуальность проблем трансформации права в условиях развития цифровых технологий. В Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации указано на широкое распространение и доступность мобильных устройств, беспроводных технологий, сетей связи, создание системы предоставления государственных и муниципальных услуг в электронной форме, к которой подключились более 34 млн россиян¹. Последние данные свидетельствуют, что в России почти 110 млн пользователей интернета, из них 70 млн активно пользуются социальными сетями и практически 60 млн используют мобильные приложения².

Тема цифровизации в настоящее время весьма актуальна среди исследователей, в том числе в области уголовного права. Внимание отечественных ученых узконаправлено и акцентировано на так называемых компьютерных преступлениях и защите информации, что обусловлено существующей структурой уголовного законодательства, обособившего преступления в сфере компьютерной информации и включающего квалифицирующие признаки в отдельные составы преступлений [Букалерова, Л.А., 2009; Гузеева, О.С., 2015; Козаев, Н.Ш., 2015; Степанов-Егиянц, В.Г., 2016; Тропина, Т.Л., 2009]. Иной взгляд характерен для криминологических исследований, однако работ в этой области немного [Косынкин, А.А., 2013; Овчинский, В.С., 2018; Соловьев, В.С., 2017]. Предметом изучения в данной статье выступили риски в отдельных сферах жизнедеятельности человека, сопровождающиеся или имеющие значительный потенциал для внедрения цифровых технологий и недостаточно исследуемые в отечественной науке. Наряду с прогнозированием отдельных рисков и угроз кратко характеризуется сама сфера и ее преимущества.

¹ См.: Указ Президента Российской Федерации от 9 мая 2017 г. № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

² См.: The new Global Digital Statshot report. URL: <https://wearesocial.com/blog/2019/07/global-social-media-users-pass-3-5-billion>

Теоретические основы. Методы

Общеметодологическую основу исследования составляет всеобщий диалектический метод, базирующийся на законах и категориях диалектического и исторического материализма. Помимо этого используются частные и специальные методы научного познания: системно-структурный, формально-логический, сравнительно-правовой и статистический анализ, контент-анализ, непосредственное наблюдение и др.

Теоретическая основа исследования, выводы и предложения базируются на научном осмыслении трудов и результатов исследований отечественных и зарубежных ученых в области уголовного права и криминологии, научных работ в специализированных изданиях, материалов по результатам проведения научно-практических мероприятий (конгрессов, конференций, круглых столов).

Результаты исследования

Электронная коммерция. Электронная коммерция – это покупка и продажа товаров или услуг через интернет, а также передача денежных средств и информации, необходимых для выполнения этих транзакций. Электронный бизнес относится ко всем аспектам ведения бизнеса в интернете, тогда как электронная коммерция обозначает транзакции именно товаров и услуг. Проблемы правового регулирования электронной коммерции начали разрабатываться сравнительно недавно: сначала в западных странах [Paton, D., 2002; Voss, G., et al., 2012; Beurskens, F., 2003; Asplin, T., 2002], а затем и в России [Расолов, И.М., 2003; Шамраев, А.В., 2003; Тедеев, А.А., 2002]. Основными проблемами правового регулирования данной сферы являются: соотношение государственного регулирования и саморегулирования; правомерность распространения государственного суверенитета на виртуальное пространство; выработка единообразного понятийного аппарата в сфере электронной коммерции; идентификация участников электронной коммерции, электронного документооборота и электронной сделки; юрисдикция и применимое право в сфере электронной коммерции; обеспечение безопасности информационного обмена [Нугаев, Ш.Р., 2010].

Электронная коммерция имеет множество преимуществ по сравнению с обычными методами ведения торговли. Потребители могут легко осуществлять поиск товаров по базе данных товаров и услуг, а также видеть фактические цены, формировать заказ на определенную дату и даже создавать «списки пожеланий», надеясь, что кто-то заплатит за выбранный товар. Клиенты интернет-магазинов могут сравнивать цены одним щелчком мыши и покупать необходимый продукт после сравнения его цены со всеми ценами, представленными в интернете.

Интернет-продавцы в свою очередь тоже получают определенные преимущества. Интернет и его поисковые системы предоставляют клиентам возможность найти товар даже в тех магазинах, которые не мо-

гут позволить себе дорогостоящую рекламную кампанию. Благодаря распространению интернета небольшие интернет-магазины также выходят на мировые рынки. Кроме того, веб-технологии позволяют отслеживать предпочтения клиентов и осуществлять персонализированные маркетинговые инициативы.

Кроме явных преимуществ перед другими формами торговли электронная коммерция сопряжена с определенными проблемами: уязвимость и риски, присущие всем информационным системам; влияние на покупательскую активность; возможности, которые анонимная электронная коммерция дает правонарушителям, и др.

Во-первых, электронная коммерция оказывает воздействие на потребительское поведение:

- использование информации поведенческих паттернов позволяет влиять на покупателя и фактически скрыто вынуждать делать покупки;
- информация о геолокации потенциального покупателя дает возможность использовать его склонности к импульсивным покупкам.

Правовой статус подобного влияния не определен, но интеллектуальное навязывание приводит к росту объемов продаж на сотни миллионов рублей. Отсутствие правовой защиты не позволяет покупателям жаловаться, они винят себя, хотя становятся жертвами манипуляций.

Во-вторых, такая торговля способствует незаконным продажам товаров:

- возможность создавать интернет-магазины в анонимной зоне, где ни продавец, ни покупатель не предоставляют сведения друг о друге, приводит к росту объемов электронных продаж запрещенных товаров (наркотиков, оружия), оказания интимных услуг и т. д.;
- оборот виртуальных валют направлен на сокрытие факта и назначения оплаты запрещенного товара.

В-третьих, электронная коммерция используется при отмывании полученных преступным путем денег. Виртуальные товары и криптовалюты имеют ценность в виртуальной среде, что дает возможность использовать их как объект спекуляции и после ряда операций скрывать происхождение преступно полученных денежных средств.

В-четвертых, электронная коммерция сопряжена с рисками нарушения безопасности:

- при оплате товара в электронных магазинах профиль покупателя, содержащий реквизиты и пин-код банковской карты, может быть взломан в целях последующего хищения денежных средств;
- взлом вирусом системы «клиент – банк» позволяет скопировать сертификат электронной подписи, при помощи которого формируются распоряжения о переводе денежных средств при оплате товара;
- злоумышленник, путем взлома получивший доступ к личному кабинету интернет-магазина, может заказать товар на фальшивый адрес;
- имея сведения о покупке некоторых товаров, злоумышленник может пойти на шантаж; в первую очередь это касается данных об определенных видах лекарств.

Цифровая медицина. Медицина – один из самых сложных и ответственных видов деятельности. Развитие цифровых технологий сильно повлияло на качество и доступность медицинских услуг, позволило лучше лечить, предотвращать развитие многих заболеваний, повышать качество жизни хронических больных и даже изменять восприятие здорового образа жизни у огромного числа людей [Кантемирова, М.А. и Аликова, З.Р., 2019; Афонасков, О.В., и др., 2018; Романова, И., 2013; Brown, V., 2011; Alshahrani, W., 2018; Tavazzi, L., 2019; Kohl, S.E., 2019].

Одной из приоритетных задач, поставленных ООН перед своими членами, является создание системы всеобщего здравоохранения³. В соответствии с определением, данным Всемирной Организацией Здравоохранения, эта система подразумевает прежде всего равный доступ к медицинским услугам, включая лечебную, реабилитационную, профилактическую, паллиативную медицинскую помощь, при этом их качество должно способствовать улучшению здоровья и не зависеть от финансовых возможностей обратившихся за ними.

Самое значительное влияние цифровизация оказала на:

- диагностику, улучшив ее качество за счет использования систем больших данных и машинного обучения;
- оценку влияния на организм новых препаратов благодаря предсказательной аналитике и системам искусственного интеллекта;
- трансплантологию – появились новые виды умных имплантов и даже кибернетические органы (обучаемые руки, ноги) вследствие достижений в области роботизации и искусственного интеллекта;
- качество и оперативность применения мер при мониторинге состояния (давления, уровня сахара и др.) пациентов с хроническими заболеваниями;
- развитие систем ранней диагностики благодаря возможности собирать и анализировать данные, получаемые с IoT-устройств – трекеров активности, пульсометров, умных весов;
- взаимодействие между пациентом и врачами-специалистами – за счет появления телемедицины;
- платформы и маркетплейсы медицинских услуг, обеспечивающие возможность выбрать специалиста по результатам его исследований.

Россия довольно активно движется в направлении цифровизации медицины, разрабатывается соответствующая законодательная база⁴.

³ См.: United Nations. Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. 70/1. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development // UN. URL: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E; United Nations. Sustainable Development Goals. 17 Goals to transform our world // UN. URL: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/health>.

⁴ См.: Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 242-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам примене-

В частности, утверждено Положение о единой государственной информационной системе, которая будет включать 13 подсистем, в том числе: федеральный регистр медицинских работников, федеральный реестр медицинских организаций, федеральную электронную регистратуру, федеральную интегрированную электронную медицинскую карту, федеральный реестр электронных медицинских документов, подсистему ведения специализированных регистров пациентов по отдельным нозологиям и категориям граждан, мониторинга организации оказания высокотехнологичной медицинской помощи и санаторно-курортного лечения, подсистему мониторинга и контроля в сфере госзакупок лекарственных препаратов⁵.

Изменения технологий и способов взаимодействия открывают и новые возможности для совершения медицинскими работниками преступлений, таких как мошенничество, подделка данных цифровой диагностики для обоснования трат и запроса компенсаций у страховых компаний. В условиях цифровизации по-другому нужно оценивать врачебные ошибки: при наличии доказанного эффективного метода и его доступности пренебрежение им следует рассматривать как преступление. Встает вопрос о допустимом количестве врачебных ошибок каждого врача. Технологии позволяют проводить мониторинг и оценку эффективности работы индивидуально и в целом медицинского учреждения как структурной единицы. Другим аспектом этой проблемы является то, что в традиционной схеме разделения ответственности ошибка – это результат деятельности конкретного врача, а в условиях применения цифровых методов ставится вопрос об ответственности архитекторов диагностических систем и лиц, вносящих в такие системы информацию о пациенте, симптомах заболевания и др. Искажение вносимой информации может породить череду ошибочных диагнозов.

Использование информационных систем для сбора всеобъемлющей информации о пациентах и врачах создает определенные риски, которые могут исходить от медицинского персонала, IT-персонала, внешних злоумышленников, самих пациентов.

Мошенничество со страховыми выплатами. Это умышленное искажение данных руководством медицинского учреждения, предпринимаемое для того, чтобы повысить страховые выплаты. В настоящее время в зарубежных странах имеет место судебная практика, согласно которой для искажения работы диагностического алгоритма врачи ме-

ния информационных технологий в сфере охраны здоровья». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 5 мая 2018 г. № 555 «О единой государственной информационной системе в сфере здравоохранения» (вместе с Положением о единой государственной информационной системе в сфере здравоохранения). Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

няли пиксели в снимке МРТ. В результате система искусственного интеллекта определяла признаки болезни, которой на самом деле не было. Такого рода преступления снижают скорость распространения автоматизированных систем проверки заявок на страховые выплаты, поскольку есть риск, что недобросовестные должностные лица будут пытаться обмануть эти системы ради получения одобрения. В конечном счете от подобного мошенничества страдает здоровье пациентов, поскольку автоматизированная система повысила бы скорость ответа и, как следствие, качество медицинского вмешательства.

Неквалифицированная медицинская помощь. Новые формы взаимодействия с пациентом через сайт продаж медицинских услуг и услуг телемедицины создают риски появления ситуаций, в которых подтверждение личности врача не обеспечено, в результате чего лица с неподтвержденной квалификацией ведут удаленное консультирование, чтобы получить денежное вознаграждение. Это провоцирует риски нанести вред здоровью пациентов, получающих неквалифицированную медицинскую помощь.

Риски врачебных ошибок. Некоторые методы машинного обучения подразумевают использование прошлого опыта (ретроспективных данных о лечении и его результатах) для оптимизации алгоритмов и для самонастройки. Эти данные актуализируются после принятия системы в эксплуатацию, для обучения в системе задействованы данные, которые заносят соответствующие врачи, работающие в конкретной организации. Если подавляющее большинство специалистов из-за своей низкой квалификации будут вводить в систему некорректные заключения или данные о результатах лечения будут внесены в искаженном виде, то система с некоторой вероятностью пройдет самообучение и начнет генерировать ошибочные заключения в соответствии с загружаемой информацией.

Таким образом, корректность ввода сведений об одном пациенте влияет на точность диагностики другого, следующего за первым. Трудность контроля ручного занесения информации создает риски появления врачебных ошибок не только у одного врача в отношении одного пациента, но и у всех пользующихся системой диагностики для всех последующих обследуемых пациентов.

Нарушение конфиденциальности сведений о здоровье может произойти в результате кибератаки, преступных действий медицинских работников, халатности службы информационной безопасности и способно вызвать такие последствия, как:

- вымогательство денежных средств, совершаемое с угрозой уничтожить медицинские данные;

- шантаж пациентов, для которых утечка сведений о здоровье может привести к отказу в принятии на работу (если соискатель зарегистрирован в наркологии, имеет хронические болезни, беременность), увольнению (известны прецеденты с больными гепатитом, СПИДом), семей-

ным конфликтам с финансовыми последствиями (венерические заболевания, беременность);

– мощничество в отношении психологически нездоровых, одиноких пациентов, психологическое давление и принуждение к передаче активов;

– доведение до самоубийства на основе данных о психическом состоянии;

– противоправные действия в отношении имущества пациентов на основе данных об их перемещениях и местонахождении (больница, санаторий).

Нарушение целостности и достоверности данных о здоровье может иметь определенные последствия:

– подмена диагностической информации в целях спровоцировать неадекватное лечение и нанести вред здоровью;

– подмена информации для признания невменяемости и принудительного назначения опекуна;

– подмена информации в целях получать льготы, которые полагаются инвалидам и другим категориям населения.

Нарушение режима доступа к медицинским данным может привести к нанесению вреда здоровью (и даже к угрозе жизни) пациенту в результате:

– прерывания сеанса удаленной хирургической операции;

– недостаточно оперативного предоставления сведений электронной карты больного или потери этой информации;

– сбоя в работе электронно-управляемого оборудования;

– нарушения передачи информации с датчиков давления, уровня сахара, пульса и т. п.

Цифровая логистика. Логистика – это комплексное планирование, организация, координация, управление, контроль и физическая реализация всех операций движения материальных, финансовых, информационных потоков и потоков трудовых ресурсов. Благодаря цифровым технологиям изменение логистических функций может выйти за рамки простого улучшения существующих процессов и перевести их на новый уровень, позволяя динамически, в режиме реального времени отслеживать не только транспортные средства или крупные сборные грузы, но и каждый конкретный груз или каждого пассажира. Цифровые технологии позволяют не только осуществлять мониторинг, но и управлять движением на каждом участке логистической цепочки, брать под контроль все инфраструктурные составляющие логистических процессов. Телематические сервисы помогают посредством датчиков и разных видов беспроводных соединений постоянно передавать информацию о местонахождении, весе, эксплуатационной пригодности, загруженности, маршруте транспортных средств [Бубнова, Г.В. и Левин, Б.А., 2017; Абдюшева, Д.Р., Меренков, А.О. и Степанов, А.А., 2017; Дмитриев, А.В., 2018; Aktas, E. and Meng, Y., 2017; Francisco, K. and Swanson, D., 2018; Lianguang, C., et al., 2012].

Уже в настоящее время транспортная логистика сильно изменилась под влиянием цифровых технологий, при этом совершенствование цифровых решений продолжается. Среди основных ее трендов можно выделить следующие. Получение «информации в режиме реального времени обо всем и везде» напрямую связано с концепцией интернета вещей. Технология дает возможность отслеживать перемещение людей, объектов (грузов), транспорта, планировать маршруты, контролировать качество поездки или доставки. Объектом цифровизации становится также сама транспортная инфраструктура. Оснащенные датчиками дороги, железные дороги, верфи позволяют владельцам транспортных автомагистралей ежедневно получать информацию об их состоянии. Специальные мобильные датчики-сканеры выступают как системы раннего предупреждения сбоев и критичного износа. Владельцы при обнаружении внезапного дефекта оперативно принимают меры для предотвращения аварий и нештатных ситуаций. Ориентированные на пользователя мобильные сервисы дают людям полный контроль над своими перемещениями. Посредством текущей волны цифровых инноваций при помощи мобильных устройств намечаются все виды поездок. С помощью смартфонов уже планируются пешие маршруты и маршруты автомобильного транспорта, а также приобретаются билеты на самолет или поезд.

Цифровая логистика – не просто один из способов перемещения пассажира из пункта А в пункт Б. Это система, соединяющая режимы, услуги, технологии и конструкции в соответствии с наилучшим вариантом для пассажира. Интегрированные и интеллектуальные транспортные сети будут определять спрос, измерять производительность и контролировать состояние транспортных средств и других активов. Умная инфраструктура и связанные транспортные сети становятся обычным явлением. Повсеместно распространяется аналитика для управления трафиком и реагирования на инциденты в реальном времени. Данные, получаемые от мобильных устройств, лежат в основе аналитического управления транспортом. Анализ больших объемов данных помогает операторам перевозок оптимизировать производительность транспортных сетей, услуг и знаний, управление взаимоотношениями с клиентами.

В настоящее время несчастные случаи на транспорте или складских объектах происходят в основном из-за человеческого фактора. Ошибки водителей, операторов или пилотов – главная причина несчастных случаев на транспорте. Теоретически автономные транспортные средства должны снизить их количество, а с появлением усовершенствованных датчиков транспортные средства станут поддерживать оптимальные расстояние, скорость и курс, отслеживать внешние условия в режиме реального времени. Однако риски несчастных случаев и нанесения материального ущерба не исчезают, а модифицируются в зависимости от технологии, которая лежит в основе того или иного логистического процесса.

В отличие от аварий с участием человека аварии с участием беспилотных транспортных средств (БТС) могут происходить по целому ряду причин, последствия от аварий могут быть самыми разнообразными – от порчи имущества и срыва сроков доставки до травм и человеческих жертв. Причинами аварий БТС являются:

- ошибки управляющих систем;
- несанкционированный доступ, т. е. доступ несанкционированного оператора к системе управления. В случае физического доступа, если оператор не знаком с оборудованием, связанным с роботизированной средой, он может оказаться в опасной и потенциально смертельной зоне. В случае удаленного доступа неквалифицированные действия могут нанести материальный ущерб;
- механические неисправности;
- сбой в системе питания (повреждение, преднамеренное отключение источников питания; возможны столкновения и травмы, падение, например беспилотных летательных аппаратов);
- неправильная установка при настройке складского робота.

Кроме рисков, вызванных непосредственно технологическими сбоями, БТС создают новые возможности для совершения традиционных преступлений:

- использование БТС наркокурьерами (даже в случае пресечения такой деятельности отправитель с высокой вероятностью останется анонимным, а доставка наркотиков в зоне видимости при помощи дрона позволяет конечным распространителям снизить риски; все это затрудняет контроль со стороны правоохранительных органов за распространением наркотиков);
- использование самоуправляемых машин для террористических атак (доставка взрывчатых веществ перестанет представлять прямую угрозу для жизни террористов, что повысит угрозу террористических актов);
- политическая борьба с представителями органов власти, которая станет анонимной и децентрализованной (противники политического режима, оснащенные автономными средствами доставки, могут использовать идеологию точечного устранения противника).

Цифровизация управления зданиями и оказания жилищно-коммунальных услуг. Технологии интернета вещей, блокчейн, искусственного интеллекта позволяют перевести управление зданиями на новый уровень. Посредством «цифровых копий» объектов коммунально-инженерной инфраструктуры отслеживается «жизненный цикл» объектов и инженерных систем; фиксируются и прогнозируются поломки инфраструктурных элементов (лифтов, трубопроводов и т. п.), необходимость капитального ремонта зданий и многоквартирных домов. В зданиях со сложными механическими системами отопления, вентиляции и кондиционирования воздуха модернизируются системы управления, которые повышают комфорт и производительность труда находящихся в

них людей. Новые технологии дают возможность исключить человеческий фактор при определении объемов финансирования ЖКХ, мониторинге качества выполнения работ, идентификации проблемных зон, выявлении и предотвращении правонарушений.

Повсеместно распространяются технологии умных зданий, что выходит за рамки просто технологических концепций. Умные здания обладают способностью «соединять» людей с технологиями. Технология умных зданий помогает в управлении объектами, предоставляет ценную информацию об использовании помещений. Например, датчики движения и уровня углекислого газа характеризуют загруженность помещений, что важно для перепланировок. Благодаря подключенным к интернету приборам учета можно по запросу полностью автоматизировать учет и оплату всех услуг ЖКХ, что выявляет неэффективность использования ресурса [Вольнсков, В.Э., 2018; Сапир, Ж., 2018; Голенкова, А.А., Шагбазян, С.И. и Степанова, Н.Р., 2017; Meijer, A., 2018; Pagan, J., 2018].

В Российской Федерации в настоящее время развивается аппаратно-программный комплекс «Безопасный город», целью которого является повышение общего уровня общественной безопасности, правопорядка и безопасности среды обитания за счет существенного улучшения координации деятельности сил и служб, ответственных за решение этих задач, путем внедрения на базе муниципальных образований комплексной информационной системы, обеспечивающей прогнозирование, мониторинг, предупреждение и ликвидацию возможных угроз, а также контроль устранения последствий чрезвычайных ситуаций и правонарушений⁶. Внедрение этого комплекса направлено на обеспечение безопасности всего города, а не отдельных зданий и производственных комплексов.

С появлением возможности удаленного цифрового управления механизмами зданий стандартные риски физической безопасности дополнились рисками информационной безопасности:

- совершаются кибератаки на управляющие элементы приборов очистки воздуха и кондиционирования, что вызывает вынужденную перегрузку и выход из строя элементов системы автоматизации зданий;
- кроме механических повреждений нарушения в работе наносят урон здоровью людей, например, нарушения в работе системы кондиционирования зачастую провоцируют астматические приступы, сбои в системе освещения – эпилептические приступы, в системе обогрева (в периоды естественно высокого температурного фона) – тепловой удар;

⁶ См.: Распоряжение Правительства Российской Федерации от 3 декабря 2014 г. № 2446-р «Об утверждении Концепции построения и развития аппаратно-программного комплекса «Безопасный город». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

– выход из строя кондиционера во многих случаях влечет за собой выход из строя оборудования, чувствительного к температурному режиму, например оборудования локального центра обработки данных. Стоимость ущерба от повреждения оборудования иногда составляет несколько миллионов рублей, цена простоя в некоторых случаях достигает сотен тысяч рублей в час, а ценность информации, потерянной в результате сбоя, – нескольких десятков миллионов рублей;

– некорректные данные (ошибочные или искаженные), снимаемые с датчиков, приводят к повышенной нагрузке на оборудование и его преждевременному выходу из строя;

– из-за атак на датчики вынужденно срабатывают системы оповещения о пожаре, критичном превышении нормы вредных веществ в воздухе, что вызывает запуск сигналов к эвакуации, панику, которая может сопровождаться нанесением урона здоровью;

– переход на цифровые датчики потребления создает риски сетевых атак, предпринимаемых для подмены информации, передаваемой счетчиком, когда вместо оригинального счетчика на цифровом хабе – точке сбора информации – авторизуется виртуальный двойник реального, передающий заниженные показатели, а реальный счетчик оказывается в зоне радиоизоляции;

– отказ от физического сервисного контроля также несет в себе определенные риски – датчики IoT передают только то, что они в состоянии измерить, то, для чего они предназначены, и то, что контролировалось визуально. Например, деградация крепления вентилятора к потолку не может контролироваться электроникой вентилятора, что вызывает риски при эксплуатации;

– при создании единой IT-инфраструктуры ЖКХ возникают риски атаки в целях изменения записей о потреблении. С точки зрения одного жильца такая атака слишком сложна и затратна, но для нарушителя – оптового потребителя, например домоуправляющей компании, подобная атака на поставщика может иметь финансовое обоснование;

– в случае использования технологии блокчейн при домовом голосовании возможности тех, кто не имеет доступа к цифровым средствам, будут ограничены, что обоснованно лишает их права голосовать. И встанет вопрос о проведении всех видов голосования, при которых условий для подмены результатов голосования, например на этапе их ручного занесения в блокчейн, станет только больше.

Риски и уголовное право: в порядке обсуждения проблемы

Цифровая трансформация – главный тренд в государственной и корпоративной деятельности – меняет способ ведения бизнеса и государственного управления. Сейчас существует больше потенциальных киберугроз, чем когда-либо прежде, а атаки становятся все более инновационными. Защита от этих угроз требует как постоянно интегриру-

емого и автоматизируемого подхода к кибербезопасности, так и адаптации законодательства к таким угрозам. Подготовка нормативных правовых актов, регулирующих вопросы цифровизации в определенной сфере (медицина, персональные данные, экономика, логистика, жилищно-коммунальные услуги и др.), должна сопровождаться оценкой возможных рисков с целью безотлагательной разработки (корректировки) уголовно-правовых норм, охраняющих соответствующие общественные отношения.

Отечественное уголовное законодательство разделяет преступления в сфере компьютерной информации (глава 28 УК РФ) и иные деяния, в которых под угрозу ставится информационная безопасность (в таких составах преступлений деяние характеризуется как разглашение, распространение, незаконное изготовление, незаконный оборот и т. д.), либо указывается на используемое средство – сеть Интернет. Такой подход обусловлен тем, что информация становится не только целью преступных посягательств, но и средством их совершения. Выбранный законодателем путь конструирования составов преступлений, направленных на противодействие преступлениям в информационной сфере, всегда будет запаздывать, страдать пробельностью и неспособностью охватить все возможные общественно опасные деяния и их последствия. Ускоренное создание «цифровых двойников» человека, предприятий, жилых домов, зданий, а также целых городов требует усиленной правовой защиты, одним из аспектов которой может выступить формирование новой главы Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ), посвященной информационной безопасности. Содержание такой главы может объединить так называемые компьютерные преступления и иные деяния, связанные с незаконным использованием информации, сопровождающиеся причинением материального ущерба, вреда здоровью и жизни. Тем самым будет осуществлена консолидация правовых инструментов для противодействия преступлениям, совершаемым с помощью информационных технологий, с целью конкретизации существующей угрозы и выработки соответствующих способов их предупреждения, а судебная практика приобретет единство и системность.

Так, из всего спектра нелегального оборота запрещенных предметов в сети Интернет законодатель выделил лишь незаконный сбыт наркотиков, который квалифицируется по п. «б» ч. 2 ст. 228¹ УК РФ, в то же время оставив за пределами этой нормы такие деяния, как пропаганда либо реклама наркотических средств, совершенные с использованием информационно-телекоммуникационных сетей (сети Интернет)⁷.

⁷ См.: Проект федерального закона № 108866-6 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части усиления ответственности за незаконные пропаганду и рекламу наркотических средств и психотропных веществ». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

Непоследовательность очевидна и в ситуации, когда не проводится усиления ответственности за распространение оружия и торговлю людьми, совершаемые посредством сети Интернет. Соответствующих квалифицированных составов преступлений в УК РФ не закреплено, хотя общественная опасность неконтролируемого рынка оружия, а тем более площадок для купли-продажи человека не подлежит сомнению. Вероятно, следует воспринять иной подход, согласно которому может быть криминализована сама деятельность криптомаркетов, являющихся анонимными платформами для торговли незаконными товарами и услугами, с привлечением к ответственности разработчиков и администраторов таких ресурсов.

Другой сложностью при противодействии преступлениям, связанным с электронной коммерцией, является использование криптовалюты. Основная проблема заключается в господствующем в юридическом сообществе мнении относительно того, что криптовалюта с точки зрения национального права России вообще не является объектом гражданских прав [Ализаде, В.А. и Волеводз, А.Г., 2017, с. 282]. Такой же взгляд на криптовалюту характерен для судебной практики, зачастую не рассматривающей виртуальную валюту в качестве предмета преступления. Исключением пока является позиция Пленума Верховного Суда Российской Федерации, изложенная в Постановлении от 26 февраля 2019 г. № 1, признавшем предметом преступлений, предусмотренных ст. 174 и 174¹ УК РФ, денежные средства, преобразованные из виртуальных активов (криптовалюты), приобретенных в результате совершения преступления⁸. Однако такое разъяснение применимо лишь к указанной категории дел и не может быть истолковано расширительно.

Односторонней представляется позиция законодателя по вопросу охраны персональных или идентифицирующих физических и юридических лиц данных, весьма широко используемых для противоправных действий: доступ к банковским счетам и картам, фотографиям и контактам, переписке, коммерческой тайне и др. В настоящее время криминализовано лишь хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем ввода, удаления, блокирования, модификации компьютерной информации либо иного вмешательства в функционирование средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации или информационно-телекоммуникационных сетей (ст. 159⁶ УК РФ). Количество преступлений, квалифицируе-

⁸ См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 февраля 2019 г. № 1 «О внесении изменений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 7 июля 2015 года № 32 “О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем”» (п. 2). Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

мых по данной статье, весьма значительно и обусловлено распространённостью таких деяний, связанной с низкой грамотностью населения при использовании цифровых банковских сервисов. В случаях, когда хищение осуществлено не путем обмана, а посредством получения доступа к персональным данным, например через приложение «мобильный банк», содеянное квалифицируется как простая кража [Бархатова, Е.Н., 2016], поскольку специальный состав или квалифицирующий признак законодателем не закреплён.

Установив ответственность за мошенничество в сфере компьютерной информации, законодатель также не закрепил аналогичной нормы (например, ст. 165¹ УК РФ), предусматривающей причинение имущественного ущерба собственнику или иному владельцу имущества путем обмана или злоупотребления доверием при отсутствии признаков хищения с использованием информационных технологий, которое может получить распространение в сфере жилищно-коммунального хозяйства, когда собственники жилья или управляющие компании искажают информацию, поступающую с датчиков или приборов, об использовании соответствующих ресурсов.

Отсутствуют уголовно-правовые средства реагирования и в случаях цифровизации медицинской деятельности и управления беспилотными транспортными средствами. Существующий законодательный подход определяет, что ответственность за причинение вреда несет лицо, принимающее решение: врач за преступления против жизни и здоровья, водитель за транспортное преступление. Справедливость такого подхода вызывает сомнение, когда вред причиняется в условиях автоматизации диагностирования и проведения операции, а также движения транспортного средства. Кто должен нести ответственность за причинение вреда здоровью и жизни: разработчик программного обеспечения; лицо, осуществившее незаконный доступ к соответствующей информационной системе; эксплуатант оборудования и (или) транспортного средства? Ответа на подобные вопросы нет ни в главе о преступлениях против безопасности движения и эксплуатации транспорта, ни в главе о преступлениях против жизни и здоровья.

Таким образом, цифровизация многих сфер жизнедеятельности как сопровождается положительным эффектом, так и несет новые угрозы и риски, не получающие отражения в уголовном законодательстве. В подобной ситуации требуются пересмотр уголовно-правовой политики и выработка унифицированного подхода.

Благодарности:

Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научных проектов № 18-29-16158 и № 18-29-16162.

Список использованной литературы

- Абдюшева Д.Р., Меренков А.О., Степанов А.А. Условия построения маркетинговой системы «цифрового» транспорта и логистики в управлении конкурентоспособностью // Управление. 2018. Т. 3, № 21. С. 60–65.
- Aktas E., Meng Y. An Exploration of Big Data Practices in Retail Sector // Logistics. 2017. № 1.
- Ализаде В.А., Волеводз А.Г. Судебная практика по делам о преступлениях преступных сообществ (преступных организаций) в сфере незаконного оборота наркотиков, совершенных с использованием информационно-телекоммуникационной сети Интернет и криптовалюты // Библиотека криминалиста. 2017. № 6 (35). С. 281–299.
- Alshahrani W. The Role of Digital Medicine on the Improvement of the Healthcare beyond the Hospitals // Health Science Journal. 2018. Vol. 12, № 2.
- Asplin T. Going digital: Legal issues for e-commerce, software and the internet // International Journal of Law and Information Technology. 2002. Vol. 10, issue 1. P. 135–138.
- Афонасков О.В., Левин В.И., Толстихина А.А., Нугаева Н.Р. Цифровая медицина. Организация автоматизированного рабочего места врача функциональной диагностики в стационаре // Медицинский алфавит. 2018. Т. 2, № 23. С. 29–32
- Бархатова Е.Н. Особенности квалификации мошенничества в сфере компьютерной информации и его разграничение с иными составами преступлений // Современное право. 2016. № 9. С. 110–115.
- Beurskens F. The Economics of Dot.coms and E-commerce in the Agrifood Sector // Applied Economic Perspectives and Policy. 2003. Vol. 25, issue 1. P. 22–25.
- Brown B., Hannan A. The future is already here // BMJ: British Medical Journal. 2011. Vol. 342, № 7805. P. 993.
- Бубнова Г.В., Левин Б.А. Цифровая логистика – инновационный механизм развития и эффективного функционирования транспортно-логистических систем и комплексов // International Journal of Open Information Technologies. 2017. Т. 5, № 3. С. 72–78.
- Букалерова Л.А. Информационные преступления в сфере государственного и муниципального управления. М. : РПА Минюста России, 2009.
- Волынский В.Э. «Большие данные» – путь к «умным» городам // Градостроительство. 2018. № 5 (57). С. 63–66.

Voss G., Woodcock W., Dumont K., Wells D., Exor I.J., Траça J.L., Embry B., Khan F. Privacy, E-Commerce, and Data Security // *The International Lawyer*. 2012. Vol. 46, no 1. P. 97–112.

Голенкова А.А., Шагбазян С.И., Степанова Н.Р. Будущее за умными городами // *Современные тенденции развития науки и технологий*. 2017. № 1, ч. 8. С. 6–8.

Гузеева О.С. Преступления, совершаемые в российском сегменте сети Интернет : моногр. М. : Акад. Ген. прокуратуры Рос. Федерации, 2015.

Дмитриев А.В. Цифровые технологии в транспортной логистике // *РИСК: Ресурсы, Информация, Снабжение, Конкуренция*. 2017. № 4. С. 14–18.

Кантемирова М.А., Аликова З.Р. Цифровая экономика: развитие процессов цифровизации медицины в регионе // *Вестник Северо-Осетинского государственного университета имени К.Л. Хетагурова*. 2019. № 1. С. 92–95.

Козаев Н.Ш. Современные технологии и проблемы уголовного права (анализ зарубежного и российского законодательства) : моногр. / под ред. А.В. Наумова. М. : Юрлитинформ, 2015. 224 с.

Kohl S.E., Van Tilburg C., Flaherty G.T. Changing landscape of digital communication in travel medicine // *Journal of Travel Medicine*. 2019. Vol. 26, issue 1. P. 145.

Косынкин А.А. Преодоление противодействия расследованию преступлений в сфере компьютерной информации : моногр. / под ред. Н.А. Подольного. М. : Юрлитинформ, 2013. 213 с.

Liang C., Shong-Iee I.Su, Hertz S. Logistics Innovation in China // *Transportation Journal*. 2012. Vol. 51, no 1. P. 98–117.

Meijer A. Datapolis: A Public Governance Perspective on “Smart Cities” // *Perspectives on Public Management and Governance*. 2018. Vol. 1, issue 3. P. 195–206.

Нугаев Ш.Р. Проблемы правового регулирования электронной коммерции: доктринальные аспекты // *Российский юридический журнал*. 2010. № 2. С. 182–186.

Овчинский В.С. Криминология цифрового мира : учебник для магистратуры. М. : Норма : Инфра-М, 2018. 352 с.

Pagan J. Smart Cities: The Next Frontier // *US Black Engineer and Information Technology*. 2018. Vol. 42, № 1. P. 78–80.

Paton D.S., Siegel D., Williams L.V. A Policy Response to the E-Commerce Revolution: The Case of Betting Taxation in the UK // *The Economic Journal*. 2002. Vol. 112, issue 480. P. F296–F314.

- Рассолов И.М. Право и Интернет: теоретические проблемы. М. : Норма, 2003. 336 с
- Романова И. Медицина будущего – цифровая медицина : по материалам конференции «Здравоохранение и технологии 2012» // Электроника. Наука, Технология, Бизнес. 2013. № 1 (123). С. 106–110.
- Сапир Ж. От регионоведения к «умным городам»: интеллектуальное наследие и возможные проблемы // Экономические и социальные перемены: факты, тенденции, прогноз. 2018. Т. 11, № 3. С. 25–40.
- Соловьев В.С. Криминогенный потенциал социального сегмента сети Интернет : моногр. М. : Юрлитинформ, 2017. 176 с.
- Степанов-Егиянц В.Г. Ответственность за преступления против компьютерной информации по уголовному законодательству Российской Федерации. М. : Статут, 2016. 190 с.
- Tavazzi L. Big data: is clinical practice changing? // European Heart Journal Supplements. 2019. Vol. 21, issue Supplement_B. P. B98–B102.
- Тедеев А.А. Налогово-правовое регулирование электронной экономической деятельности: проблемы терминологии // Законодательство и экономика. 2002. № 2. С. 21–25.
- Тропина Т.Л. Киберпреступность: понятие, состояние, уголовно-правовые меры борьбы : моногр. Владивосток : Изд-во Дальневост. ун-та, 2009. 240 с.
- Francisco K., Swanson D. The Supply Chain Has No Clothes: Technology Adoption of Blockchain for Supply Chain Transparency // Logistics. 2018. № 2.
- Шамраев А.В. Правовое регулирование информационных технологий (анализ проблем и основные документы). Версия 1.0. М. : Статут, 2003.

References

- Abdyusheva, D.R., Merenkov, A.O. and Stepanov, A.A., 2018. Conditions for building a marketing system of “digital” transport and logistics in the management of competitiveness. *Upravlenie* = [Management], 6(3), pp. 60–65. (In Russ.)
- Aktas, E. and Meng, Y., 2017. An Exploration of Big Data Practices in Retail Sector. *Logistics*, 1. (In Eng.)
- Alizade, V.A. and Volevodz, A.G., 2017. The court practice on Affairs about crimes of criminal associations (criminal organizations) in the

- field of illicit drug trafficking committed with the use of information and telecommunication Internet network and cryptocurrency. *Biblioteka kriminalista* = [Forensic Library], 6(35), p. 282. (In Russ.)
- Alshahrani, W., 2018. The Role of Digital Medicine on the Improvement of the Healthcare beyond the Hospitals. *Health Science Journal*, 12(2). (In Eng.)
- Asplin, T., 2002. Going digital: Legal issues for e-commerce, software and the internet. *International Journal of Law and Information Technology*, 10(1), pp. 135–138. (In Eng.)
- Afonaskov, O.V., Levin, V.I., Tolstikhina, A.A. and Nugaeva, N.R., 2018. Digital medicine. Organization of a hospital functional diagnostician's automated workplace. *Medicinskij alfavit* = [Medical Alphabet], 2(23), pp. 29–32. (In Russ.)
- Barkhatova, E.N., 2016. Features of Qualification of Fraud in the Field of Computer Information and Distinction with Other Criminal Offences. *Sovremennoe pravo* = [Modern Law], 9, p. 110–115. (In Russ.)
- Beurskens, F., 2003. The Economics of Dot.coms and E-commerce in the Agrifood Sector. *Applied Economic Perspectives and Policy*, 25(1), pp. 22–25. (In Eng.)
- Brown, B. and Hannan, A., 2011. The future is already here, *BMJ: British Medical Journal*, 342(7805), p. 993. (In Eng.)
- Bubnova, G.V. and Levin, B.A., 2017. Digital logistics is an innovative mechanism for the development and effective functioning of transport and logistics systems and complexes, *International Journal of Open Information Technologies*, 5(3), pp. 72–78. (In Russ.)
- Bukalerova, L.A., 2009. *Informatsionnye prestupleniya v sfere gosudarstvennogo i munitsipal'nogo pravleniya* = [Information crimes in the sphere of state and municipal administration]. Moscow: RPA Minjusta Rossii. (In Russ.)
- Dmitriev, A.V., 2017. Digital technologies in transport logistics. *RISK: Resursy, Informaciya, Snabzhenie, Konkurenciya* = [RISC: Resources, Information, Supply, Competition], 4, pp. 14–18. (In Russ.)
- Francisco, K. and Swanson, D., 2018. The Supply Chain Has No Clothes: Technology Adoption of Blockchain for Supply Chain Transparency. *Logistics*, 2. (In Eng.)
- Golenkova, A.A., Shagbazyan, S.I. and Stepanova, N.R., 2017. Smart cities are the future. *Sovremennye tendencii razvitiya nauki i tekhnologii* = [Current Trends in Science and Technology], 1(8), pp. 6–8. (In Russ.)
- Guzeeva, O.S., 2015. *Prestupleniya, sovershaemye v rossijskom segmente seti Internet* = [Crimes committed in the Russian segment of the

- Internet]. Monograph. Moscow: Akad. Gen. prokuratury Ros. Federatsii. (In Russ.)
- Kantemirova, M.A. and Alikova, Z.R., 2019. Digital economy: development of digitalization of medicine in the region. *Vestnik Severo-Osetinskogo gosudarstvennogo universiteta imeni K.L. Hetagurova* = [Bulletin of K.L. Hetagurov North Ossetian State University], 1, pp. 92–95. (In Russ.)
- Kohl, S.E., van Tilburg, C. and Flaherty, G.T., 2019. Changing landscape of digital communication in travel medicine. *Journal of Travel Medicine* *Journal of Travel Medicine*, 26(1), p. 145. (In Eng.)
- Kosynkin, A.A., 2013, *Preodolenie protivodejstviya rassledovaniyu prestuplenij v sfere komp'yuternoj informacii* = [Overcoming of counteraction to investigation of crimes in the sphere of computer information]. Monograph. N.A. Podol'nyy, ed. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)
- Kozaev, N.S., 2015. *Sovremennye tekhnologii i problemy ugovornogo prava (analiz zarubezhnogo i rossijskogo zakonodatel'stva)* = [Modern technologies and problems of criminal law (analysis of foreign and Russian legislation)]. Monograph. A.V. Naumov, ed. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)
- Liangang, C., Shong-Iee, I.S, Hertz, S. 2012. Logistics Innovation in China. *Transportation Journal*, 51(1), pp. 98–117. (In Eng.)
- Meijer, A., 2018, Datapolis: A Public Governance Perspective on “Smart Cities”. *Perspectives on Public Management and Governance* *Perspectives on Public Management and Governance*, 1(3), pp. 195–206. (In Eng.)
- Nugaev, Sh.R., 2010. Problems of legal regulation of e-Commerce: doctrinal aspects. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal* = [Russian Law Journal], 2, pp. 182–186. (In Russ.)
- Ovchinskiy, V.S., 2018. *Kriminologiya cifrovogo mira* = [Criminology of the digital world]. Textbook for magistracy. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Pagan, J., 2018. Smart Cities: The Next Frontier. *US Black Engineer and Information Technology*, 42(1), pp. 78–80. (In Eng.)
- Paton, D., Siegel, D.S. and Williams, L.V., 2002. A Policy Response to the E-Commerce Revolution: The Case of Betting Taxation in the UK. *The Economic Journal*, 112(480), pp. F296–F314. (In Eng.)
- Rassolov, I.M., 2003. *Pravo i Internet. Teoreticheskie problemy* = [Law and Internet. Theoretical problem]. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Romanova, I., 2013. The medicine of the future is digital medicine. Based on the conference “Health and technology 2012”. *Elektronika. Nauka, Tekhnologiya, Biznes* = [Electronics. Science, Technology, Business], 1(123), pp. 106–110. (In Russ.)

Sapir, Zh., 2018. From regional studies to “smart cities”: intellectual heritage and possible problems. *Ekonomicheskie i social'nye peremeny: fakty, tendencii, prognoz* = [Economic and Social Change: Facts, Trends, Forecast], 11(3), pp. 25–40. (In Russ.)

Shamraev, A.V., 2003. *Pravovoe regulirovanie informatsionnykh tekhnologiy (analiz problem i osnovnye dokumenty). Versiya 1.0* = [Legal regulation of information technologies (problem analysis and basic documents). Version 1.0]. Moscow: Statut. (In Russ.)

Solov'ev, V.S., 2017. *Kriminogennyi potentsial sotsial'nogo segmenta seti Internet* [Criminogenic potential of the social segment of the Internet]. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)

Stepanov-Egiyants, V.G., 2016. *Otvetstvennost' za prestupleniya protiv komp'yuternoy informatsii po ugovnomu zakonodatel'stvu Rossiyskoy Federatsii* = [Responsibility for crimes against computer information under the criminal legislation of the Russian Federation]. Moscow: Statut. (In Russ.)

Tavazzi, L., 2019. Big data: is clinical practice changing? *European Heart Journal Supplements*, 21(Supplement_B), pp. B98–B102. (In Eng.)

Tedeev, A.A., 2002. Tax and legal regulation of electronic economic activity: problems of terminology. *Zakonodatel'stvo i ekonomika* = [Legislation and Economics], 2, pp. 21–25. (In Russ.)

Tropina, T.L., 2009. *Kiberprestupnost': ponyatie, sostoyanie, ugovno-pravovye mery bor'by* = [Cybercrime: concept, state, criminal-legal measures of struggle]. Monograph. Vladivostok : Izd-vo Dal'nevost. un-ta. (In Russ.)

Volynskov, V.E., 2018. Big data-the way to smart cities. *Gradostroitel'stvo* = [City Building], 5(57), pp. 63–66. (In Russ.)

Voss, G., Woodcock, W., Dumont, K., Wells, D., Exor, I.J., Traça, J.L., Embry, B. and Khan F., 2012. Privacy, E-Commerce, and Data Security. *The International Lawyer*, 46(1), pp. 97–112. (In Eng.)

Информация об авторах / Information about the authors:

Чучаев Александр Иванович, профессор кафедры уголовного права Крымского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (295006, Россия, г. Симферополь, ул. Павленко, д. 5) доктор юридических наук, профессор [**Alexandr I. Chuchaev**, Professor of Criminal Law Department, Crimean Branch, Russian State University of Justice (5 Pavlenko St., Simferopol, 295006, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor]. E-mail: mokshal1@rambler.ru

Грачева Юлия Викторовна, профессор кафедры уголовного права ФГБОУ ВО «Московский государственный юридический университет

имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» (125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9), доктор юридических наук, профессор [**Yulia V. Gracheva**, Professor of Criminal Law Department, Kutafin Moscow State Law University (9 Sadovaya-Kudrunskaya St., Moscow, 125993, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor]. E-mail: uvgracheva@mail.ru

Маликов Сергей Владимирович, старший преподаватель кафедры уголовного права ФГБОУ ВО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» (125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9), кандидат юридических наук [**Sergey V. Malikov**, Senior Lecturer of Criminal Law Department, O.E. Kutafin Moscow State Law University (9 Sadovaya-Kudrunskaya St., Moscow, 125993, Russia), Cand. Sci. (Law)]. E-mail: s.v.malikov@yandex.ru.

Заявленный вклад авторов:

Чучаев Александр Иванович – обзор литературы по исследуемой проблеме; научное руководство.

Грачева Юлия Викторовна – сбор и систематизация данных; анализ и обобщение результатов исследования.

Маликов Сергей Владимирович – сбор и систематизация данных; анализ и обобщение результатов исследования.

Persona Grata: Т.Ф. Моисеева



Татьяна Федоровна Моисеева родилась в 1949 г. в г. Москве. Окончив в 1967 г. школу с серебряной медалью, она становится студенткой химического факультета одного из самых престижных вузов в нашей стране – МГУ имени М.В. Ломоносова.

Как специалист с высшим образованием с 1972 г. Татьяна Федоровна работала в течение семи лет во Всесоюзном научно-исследовательском институте Эпидемиологии и микробиологии имени Н.Ф. Гамалеи АМН СССР. Ее первая значительная исследовательская работа – «Изучение механизма стимулирующего действия протамина в

трансфекции сферопластов *Eschtrichia coli* ДНК фага λ », определившая на тот период главное направление в ее научном поиске. По результатам этой работы в 1978 г. была защищена диссертация на соискание ученой степени кандидата биологических наук. Здесь в полной мере раскрылся ее многогранный талант ученого и исследователя, выбравшего науку как призвание, проявились такие черты, как научная честность и профессиональная ответственность.

С 1979 по 2002 год Т.Ф. Моисеева – старший научный сотрудник, затем – ведущий эксперт Российского Федерального центра судебной экспертизы при Министерстве юстиции Российской Федерации (ВНИИСЭ). Основным направлением научных исследований Т.Ф. Моисеевой в те годы являлась проблема идентификации человека по его потожировым следам. С энтузиазмом увлеченного работой ученого Т.Ф. Моисеева стала организатором изучения индивидуализирующих человека пахучих веществ его крови и пота. Эксперименты, проводившиеся в 1986–1993 гг. на базе Всесоюзных научно-исследовательских институтов: МВД СССР и Судебной экспертизы при Минюсте СССР (исследовательской группой в составе Т.Ф. Моисеевой, В.И. Старовойтова, К.Т. Сулимова, Э.П. Зинкевича), показали, что индивидуализирующие субъекта вещества пота и крови относятся к свободным жирным кислотам. В результате экспериментальных исследований были установлены вещества, определяющие индивидуальный запах человека при его детекции с помощью специально подготовленных собак и разработан новый подход к исследованию потожировых следов человека, основанный на анализе состава вещества следов, сформулированы основные положения нового вида

экспертного исследования – экспертизы потожировых следов человека, которые позволили уточнить, а в некоторых случаях – по-новому трактовать многие положения тогда еще формирующегося учения о криминалистическом исследовании запаховых следов человека.

Т.Ф. Моисеева последовательно отстаивает точку зрения о том, что исследования запаховых следов человека с помощью собак-детекторов могут проводиться в рамках судебной экспертизы, а результаты таких исследований – являться полноценными доказательствами.

Широкий кругозор и общая эрудированность в области биологических следов человека, в использовании естественно-научных методов их исследования, а также в проблемных вопросах теории и практики судебной экспертизы повлияли на выбор темы докторской диссертации «Методология комплексного криминалистического исследования потожировых следов человека», которую Т.Ф. Моисеева блестяще защитила в 2002 г. в диссертационном совете Академии управления МВД России. В 2008 году Татьяне Федоровне присвоено ученое звание профессора. В этой значимой работе большое внимание уделено и вопросам экспертного исследования запаховых следов человека, в том числе с использованием физико-химических методов как вспомогательного средства в исследовании веществ, определяющих групповые свойства запаховых следов человека (например, в установлении половой принадлежности). В результате при ее непосредственном участии были разработаны широко применяемые Методические рекомендации по использованию физико-химических и биосенсорных методов в собирании запаховых следов и установлении пола человека.

Для Татьяны Федоровны с получением докторской степени только начиналась исследовательская работа: ею опубликовано более 200 научных работ, в числе которых монографии, многочисленные учебники и учебные пособия по криминалистике, судебной экспертизе и уголовно-процессуальному праву. Ее перу принадлежат первый учебник «Методы и средства экспертных исследований», курс лекций «Криминалистическое исследование веществ, материалов и изделий из них», «Основы судебно-экспертной деятельности», «Естественно-научные методы судебно-экспертных исследований» и др. Научные труды Татьяны Федоровны характеризуют глубина и оригинальность мышления, великодушное знание материала, умелое сочетание вопросов теории и экспертной практики.

С 2003 года Т.Ф. Моисеева – профессор кафедры технико-криминалистического обеспечения экспертных исследований Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя. С энтузиазмом и увлеченностью Татьяна Федоровна осваивала каноны вузовской педагогики, сразу же зарекомендовала себя как вдумчивый и знающий преподаватель, тщательно готовилась к занятиям, с выдумкой, изобретательно их проводила, быстро завоевала авторитет у слушателей и коллег. Овладев всеми формами учебного процесса, Т.Ф. Моисеева сумела привить жи-

вой интерес слушателям к изучаемому предмету, успешно сочетая талант ученого с блестящей педагогической работой по подготовке научных кадров. Лекции Татьяны Федоровны являются образцом педагогического мастерства. Кроме Университета она неоднократно выступала с лекциями по проблемам теории и практики судебной экспертизы на конференциях, в различных университетах страны и за рубежом.

С 2005 года и по настоящее время Т.Ф. Моисеева работает в Российском государственном университете правосудия, вначале профессором, затем на должности заместителя заведующего кафедрой уголовно-процессуального права, криминалистики и судебной экспертизы имени Н.В. Радутной, а с 2016 г. – заведующим вновь образованной кафедры судебных экспертиз и криминалистики РГУП.

Татьяна Федоровна – высококвалифицированный, инициативный, настоящий руководитель творческого коллектива, великолепный организатор, неутомимый исследователь. Организаторские и исследовательские способности, научные труды завоевали Т.Ф. Моисеевой высокий авторитет как у коллег из Российского государственного университета правосудия, так и у ученых, профессорско-преподавательского состава в России и за рубежом.

Справедливо считая, что полноценным преподавателем вуза может быть лишь тот, кто не оставляет научных исследований, Татьяна Федоровна следовала и следует до сих пор этому принципу, успешно сочетая педагогическую деятельность с напряженной и плодотворной научно-исследовательской работой. Являясь ведущим ученым в разработке ольфакторного метода в теории и практике судебной экспертизы в России и за рубежом, а также использовании специальных знаний на предварительном и судебном следствии, в развитии общей теории судебной экспертизы как самостоятельной области научного знания, частных методов и методики исследования различных объектов биологической природы, она воспитала не одно поколение высококвалифицированных специалистов, с успехом использующих на практике разработанные ею лично или в соавторстве рекомендации, в частности, по исследованию вещественных доказательств естественно-научными методами и использованию результатов такого исследования в правоохранительной деятельности. Под ее руководством защищены шесть кандидатских диссертаций.

Профессор Т.Ф. Моисеева тесно взаимодействует с учеными других вузов и научно-исследовательских институтов по научным вопросам и проблемам преподавания, активно участвует в международных конференциях и симпозиумах, проводимых в России и за рубежом. Является членом президиума Ассоциации образовательных учреждений «Судебная экспертиза», членом Российского отделения международного общества идентификации, почетным членом Литовского криминалистического общества и Чешского общества Шерлока Холмса.

Она является членом редколлегии ряда ведущих российских и зарубежных специализированных изданий, заместителем председателя диссертационного совета Д 170.003.01, созданного в Российском государственном университете правосудия, членом диссертационного совета Академии управления Министерства внутренних дел России и объединенного диссертационного совета Российского университета дружбы народов и Российском федеральном центре судебной экспертизы при Министерстве юстиции Российской Федерации, членом Ученого совета Экспертно-криминалистического центра Министерства внутренних дел Российской Федерации, представляет РГУП в техническом комитете ТК 134 «Судебная экспертиза» Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии.

Т.Ф. Моисеева активно участвует в законотворческой деятельности, в обсуждении законопроектов по проблемам судебно-экспертной деятельности.

Великолепный преподаватель, неутомимый исследователь, энергичный организатор, интеллигентный и добрый, внимательный человек.

За успехи в педагогической и экспертной деятельности и за содействие в раскрытии и расследовании преступлений Т.Ф. Моисеева неоднократно поощрялась руководством РГУП, Академии управления МВД России, Московского университета МВД России, Следственного комитета Российской Федерации, ЭКЦ МВД России, РФЦСЭ при Минюсте России. За выдающиеся заслуги в области криминалистики и судебной экспертизы Т.Ф. Моисеева награждена серебряной медалью Р.С. Белкина.

Т.В. Аверьянова,
*заслуженный деятель науки
Российской Федерации,
почетный работник МВД России,
генерал-майор полиции в отставке,
профессор, доктор юридических наук*

УДК 343

DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.160-168

Организационные и методологические аспекты подготовки судебных экспертов

Т.Ф. Моисеева*

* *ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия*
moiseevatf@mail.ru

Подготовка судебных экспертов, направленная на формирование специальных знаний в области конкретного рода или вида экспертизы, вызывает ряд вопросов. Рассмотрены формы подготовки судебных экспертов: специалитет, дополнительное образование и магистратура. Показана необходимость унификации экспертных специальностей. Обоснованы необходимость профильного фундаментального образования при профессиональной переподготовке в рамках дополнительного образования и необходимость унификации экспертных специальностей, программ подготовки судебных экспертов и оценки их компетентности.

Ключевые слова: компетенция и компетентность судебного эксперта, дополнительное образование, судебная экспертиза, стандартизация, унификация, экспертные специальности, программы подготовки

Для цитирования: Моисеева Т.Ф. Организационные и методологические аспекты подготовки судебных экспертов // Правосудие. 2019. Т. 1, № 2. С. 160–168. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.160-168

Organizational and Methodological Aspects of Training Experts Preparation

Tatyana F. Moiseeva*

* *Russian State University of Justice, Moscow, Russia*
For correspondence: moiseevatf@mail.ru

The training of forensic experts, aimed at the formation of specialized knowledge in the field of a particular type or type of examination, raises a number of questions. The forms of preparation of judicial experts are considered: specialty, additional education and magistracy. The necessity of unification of expert specialties is shown. The necessity of specialized fundamental education for vocational retraining in the framework of additional education and the need to uniformity expert specialties, training programs for forensic experts and assess their competence are substantiated.

Keywords: competency and competence of a forensic expert, additional education, forensic examination, standardization, unification, expert specialties, training programs

For citation: Moiseeva, T.F., 2019. Organizational and methodological aspects of training experts preparation. *Pravosudie = Justice*, 1(2), pp. 160–168. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.160-168

Судебный эксперт во всех видах судопроизводства – это сведущее лицо в области науки, техники, искусства или ремесла. Компетенция судебного эксперта определяет тот объем и содержание знаний, которые необходимы для производства судебной экспертизы конкретного рода или вида, и тот круг полномочий, которыми его наделяет закон. Компетентность лица определяется уровнем его владения необходимыми компетенциями и формируется в процессе профессионального обучения. Компетентность лица является определяющим фактором допустимости его привлечения в качестве судебного эксперта и одним из главных аспектов оценки достоверности результатов судебной экспертизы как доказательств в судопроизводстве.

Формирование компетентности эксперта основано на получении в процессе обучения специальных знаний, которые определяются экспертной специальностью и необходимы для производства конкретных родов и видов экспертиз. В основе формирования экспертных специальностей лежит научная классификация судебных экспертиз по комплексному предметно-объектно-методному основанию, предложенному А.Р. Шляховым [Шляхов, А.Р., 1971, с. 27–28]. Совокупность предмета, объектов и методик экспертного исследования составляет отдельную отрасль специальных знаний, образующую самостоятельный род или вид экспертизы и соответствующие экспертные специальности. Перечень судебных экспертиз и соответствующих экспертных специальностей в государственных экспертных учреждениях закрепляется министерствами и ведомствами, к которым они относятся. При этом по ряду экспертных направлений отсутствует единообразие и в названии экспертных специальностей, и в квалификационных требованиях к экспертам. Так, одни и те же исследования в системе экспертных учреждений МВД России и Минюста России обозначены по-разному (например, технико-криминалистическое исследование документов и судебно-техническое исследование документов). Это приводит к проблемам не только при назначении судебных экспертиз, но и при оценке допустимости и достоверности заключений экспертов, в том числе и компетентности экспертов. Очевидно, что необходима унификация названий судебных экспертиз и соответствующих экспертных специальностей на основе общепринятой научной классификации. Закономерно возникает вопрос о порядке формирования указанного единого перечня экспертных специальностей. Для того чтобы сохранить признаваемые всеми научными школами методологические основы классификации судебной экспертизы и в то же время учесть узкопрофильные задачи различных ведомственных экспертных систем, было предложено разработать Единый перечень экспертных специальностей, который утверждается Правительством Российской Федерации, взяв за основу родовой принцип классификации судебных экспертиз [Усов, А.И. и Торопова, М.В., 2015], что представляется весьма актуальным и не терпящим отлагательств.

Однако отождествлять специальные знания судебного эксперта со знаниями только той области науки и техники, которые лежат в основе формирования разных классов судебных экспертиз, не вполне корректно, поскольку без знания научных основ судебной экспертизы и ее процессуального обеспечения невозможно грамотно провести исследование и оформить его результаты таким образом, чтобы заключение эксперта было допустимым и достоверным доказательством. Поэтому подготовка судебного эксперта должна состоять из следующих компонентов: базовой специальной науки, науки «судебная экспертиза» и процессуальных и организационных основ судебно-экспертной деятельности.

Нередкое заблуждение начинающих экспертов состоит в том, что они считают знание отраслевой науки вполне достаточным для производства судебной экспертизы. Недооценка значения научных и организационно-процессуальных основ судебной экспертизы приводит к экспертным ошибкам (поскольку без знания закономерностей изменения объектов экспертизы в связи с расследуемым событием, которые устанавливает наука «судебная экспертиза», и лежащих в основе экспертных методик сложно выявить и оценить необходимые признаки) или к процессуальным ошибкам при производстве и оформлении результатов экспертного исследования.

Каким образом лицо, обладающее специальными знаниями в области науки и техники, получает необходимые дополнительные знания о судебной экспертизе как науке и процессуальной деятельности, необходимые ему, чтобы стать полноценным экспертом? В государственных судебно-экспертных учреждениях такая подготовка долгие годы осуществлялась в форме наставничества, чтения лекций, повышения квалификации, и аттестация эксперта на право производства определенного рода или вида судебной экспертизы, проводимая каждые пять лет, и была гарантией компетентности эксперта. Проблема возникла с оценкой компетентности негосударственных экспертов, когда представляемые ими документы об образовании, научных достижениях не гарантировали их компетентность как судебных экспертов.

В связи с этим обоснованно и актуально требование к лицам, привлекаемым к производству судебной экспертизы, помимо базового высшего образования иметь дополнительную подготовку по судебной экспертизе. В настоящее время такое требование имеется в Федеральном законе «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»¹ (ст. 13), однако относится только к экспертам государственных экспертных учреждений, хотя оно еще более актуально для формирования компетентности негосударственных экспертов.

¹ Федеральный закон от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ (в ред. от 8 марта 2015 г.) «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

В проект федерального закона «О судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» было внесено положение о том, что и «в негосударственных судебно-экспертных организациях должность эксперта может занимать гражданин Российской Федерации, имеющий высшее профессиональное образование и прошедший последующую подготовку по конкретной экспертной специальности», но ко второму чтению это требование к профессиональной подготовке и квалификации негосударственных экспертов было из законопроекта изъято, хотя очевидно, что компетентность судебного эксперта как процессуальной фигуры не должна зависеть от того, в государственной или негосударственной организации работает сведущее лицо, привлекаемое к производству экспертизы.

Очевидно также, что это требование может распространяться только на лиц, для которых производство судебной экспертизы является профессиональной деятельностью. Оно неприменимо к лицам, обладающим какими-то редкими, необычными, уникальными специальными знаниями и однократно привлекаемым к производству судебной экспертизы. В данном случае речь идет не только о дополнительном образовании, но и о каком-либо образовании вообще, поскольку в Законе речь идет о специальных знаниях эксперта не только в науке и технике, но и в искусстве или ремесле.

Кроме того, требование дополнительного образования не должно распространяться на лиц, имеющих высшее судебно-экспертное образование, поскольку оно уже включает в себя и подготовку по определенным отраслям знания, и дополнительную подготовку по судебной экспертизе. Такая подготовка экспертов осуществляется в соответствии с Федеральным государственным образовательным стандартом высшего образования по специальности 40.05.03 «Судебная экспертиза» по специализациям «Криминалистические экспертизы», «Инженерно-технические экспертизы», «Экспертизы веществ, материалов и изделий»; «Экономические экспертизы»; «Речеведческие экспертизы» в рамках специалитета и представляется оптимальной и отвечающей современной концепции транспрофессионального образования [Кислов, А.Г., 2018], суть которой состоит в освоении обучающимися не смежных, родственных специальностей, относящихся к одной профессиональной группе, а совершенно далеких друг от друга профессий. Предполагается, что такой подход к профессиональному образованию способствует не столько расширению диапазона профессиональных возможностей выпускника образовательного учреждения, сколько появлению у него готовности выходить за рамки профессиональных стереотипов. Для судебной экспертизы, природа которой носит двойственный (синтетический) характер и определяется синтезом знаний из разных естественно-научных, технических и гуманитарных областей, данная концепция представляется особенно актуальной.

Таким образом, специальная подготовка судебных экспертов возможна в рамках высшего образования по специальности судебная экс-

пертиза (специалитет) и как дополнительное образование к высшему образованию в различных востребованных для судебно-экспертной деятельности отраслях знаний. При этом основное образование может быть получено в рамках бакалавриата, а дополнительное по судебной экспертизе – в форме профессиональной переподготовки. Также возможна профессиональная переподготовка по судебной экспертизе и в рамках магистратуры, что представляется более значимой формой, поскольку предполагает более основательную за счет более длительного периода обучения подготовку судебных экспертов.

Дополнительное образование по судебной экспертизе должно дополнять имеющееся знание в определенной области знанием экспертных методик, основных теоретических положений судебной экспертизы, правовых и организационных аспектов. Таким образом, лицо уже должно иметь фундаментальные знания в той области, которая определяет род или вид судебной экспертизы, проводимой им. Невозможно и недопустимо, имея, например, высшее биологическое образование, получать дополнительное образование по проведению строительно-технической судебной экспертизы. Дополнительное образование – это не второе специальное образование, а именно дополнительное к базовому.

Дополнительное образование регулируется прежде всего Федеральным законом от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» и Порядком организации и осуществления образовательной деятельности по дополнительным профессиональным программам, утвержденным приказом Министерства образования и науки Российской Федерации от 1 июля 2013 г. № 499. В них определено, что к освоению дополнительных профессиональных программ допускаются: лица, имеющие среднее профессиональное и (или) высшее образование; лица, получающие среднее профессиональное и (или) высшее образование², однако отсутствует требование именно профильного образования.

Предусмотрены две формы дополнительного профессионального образования: повышение квалификации и профессиональная переподготовка³.

Повышение квалификации направлено на совершенствование и (или) получение новой компетенции, необходимой для профессиональной деятельности, и (или) повышение профессионального уровня в рамках имеющейся квалификации⁴. Такие программы реализуются в госу-

² Часть 3 ст. 76 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» (Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 53. Ст. 7598; 2013. № 19. Ст. 2326).

³ Часть 2 ст. 76 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации».

⁴ Часть 4 ст. 76 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации».

дарственных экспертных учреждениях при переаттестации сотрудников каждые пять лет. Для негосударственных экспертов в настоящее время аттестация и переаттестация нормативно не закреплены, и повышение квалификации носит эпизодический характер, что, как показывает практика, сказывается на качестве проводимых экспертных исследований.

Требование дополнительного образования по судебной экспертизе, заложенное в Федеральном законе о государственной судебно-экспертной деятельности, касается второй формы дополнительного образования – профессиональной переподготовки, направленной на получение компетенции, необходимой для выполнения нового вида профессиональной деятельности, приобретение новой квалификации⁵, поскольку судебная экспертиза – это самостоятельная отрасль научного знания.

Одной из актуальных проблем подготовки судебных экспертов является необходимость стандартизации на основе унификации образовательных программ магистратуры и дополнительного образования, определяющих тот круг знаний, умений, навыков и формирование компетенции определенных уровня и объема, позволяющих вести профессиональную деятельность в определенной сфере и (или) выполнять работу по конкретным профессии или специальности. При этом в документах и публикациях, декларирующих стратегии развития ведущих университетов, генерация научных знаний и их приоритетность в образовании стоят, как правило, на первых местах [Хеннер, Е.К., 2018]. Отсутствие единообразия приводит к ряду проблем для субъектов назначения и оценки результатов судебных экспертиз, а также к проблемам в подготовке экспертов, обеспечивающей должную компетентность. Программы подготовки должны быть унифицированы и сертифицированы. Для этого необходимо пересмотреть и унифицировать перечень экспертных специальностей с учетом современных реалий: появления новых видов экспертных исследований и возрастания роли комплексных исследований в судебной экспертизе.

Наряду с необходимостью стандартизации как магистерских программ, так и программ дополнительного образования, осуществляемых в разных организациях по одним направлениям, представляется актуальной и выработка единых требований к первоначальной (входящей) компетенции лиц, поступающих в магистратуру или получающих дополнительное образование.

Дополнительное образование по судебной экспертизе может проводиться только для лиц, имеющих профильное фундаментальное образование по экспертной специальности, и включает несколько блоков: обязательное для всех специальностей изучение теоретических и процессуальных основ судебно-экспертной деятельности и специальные блоки

⁵ Часть 5 ст. 76 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации».

по изучению экспертных методик конкретного рода и вида судебных экспертиз.

Двухлетнее магистерское образование в отличие от дополнительного дает возможность значительно большего погружения в изучаемый предмет и не предполагает таких жестких ограничений к предыдущему образованию. Научные исследования по разным направлениям судебно-экспертной деятельности в магистратуре способны проводить лица по существу с любым образованием, дополняя его в процессе обучения либо юридическими знаниями, либо знаниями других наук, если базовым является юридическое.

Актуальной является и проблема определения качества подготовки судебного эксперта. Критерием качества любой формы подготовки судебного эксперта является его компетентность, оценить которую субъектам оценки (следователям и судьям), не обладающим специальными знаниями, можно только по формальным критериям. В настоящее время необходимость подтверждения компетенции эксперта путем его аттестации на право производства судебной экспертизы, которая должна быть оценена и подтверждена в документе (сертификате компетентности или лицензии на право производства судебных экспертиз), уже достаточно обоснована и не вызывает разногласий. Это позволит решить проблему оценки компетентности лиц, привлекаемых для производства экспертизы, а также служит одним из формальных критериев оценки заключения эксперта как доказательства. Однако отсутствие единого мнения по вопросам процедуры аттестации и формы такого документа препятствует принятию необходимого нормативного правового акта, который определял бы, какие организации, в какой форме и по каким требованиям будут подтверждать компетентность судебного эксперта.

Таким образом, сертификация всех направлений подготовки судебных экспертов на основе унификации программ является актуальным аспектом совершенствования судебно-экспертной деятельности в целом и будет способствовать повышению качества судебных экспертиз и достоверности заключений эксперта. Это положение нашло отражение в постановлении Правительства Российской Федерации от 8 декабря 2018 г. № 1502 «О Правительственной комиссии по координации судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации», одним из направлений деятельности которой является совершенствование правового, организационного и методического обеспечения подготовки судебных экспертов. В числе основных задач такой подготовки обозначены разработка единых подходов к определению уровня квалификаций судебных экспертов и разработка рекомендаций по подготовке кадров в области судебно-экспертной деятельности, профессиональной переподготовке и повышению их квалификации, а также рекомендаций по государственной аккредитации образовательной деятельности по образовательным программам, связанным с подготовкой кадров в области судебно-экспертной деятельности.

Несомненно, межведомственное взаимодействие в основе работы комиссии позволит устранить проблемы, связанные с подготовкой судебных экспертов, будет способствовать повышению качества проводимых ими исследований и, соответственно, достоверности заключений экспертов.

Список использованной литературы

- Кислов А.Г. От опережающего к транспрофессиональному образованию // *Образование и наука*. 2018. Т. 20, № 1. С. 54–74. DOI: 10.17853/1994-5639-2018-1-54-74
- Усов А.И., Торопова М.В. Совершенствование системы профессионального образования государственных судебных экспертов // *Теория и практика судебной экспертизы*. 2015. № 1 (37). С. 34–39.
- Хеннер Е.К. Профессиональные знания и профессиональные компетенции в высшем образовании // *Образование и наука*. 2018. Т. 20, № 2. С. 9–31. DOI: 10.17853/1994-5639-2018-2-9-31.
- Шляхов А.Р. Предмет и система криминалистической экспертизы // *Труды ВНИИСЭ*. М. : ВНИИСЭ, 1971. Вып. 3. С. 11–38.

References

- Kislov, A.G., 2018. [From advanced to transprofessional education]. *Obrazovanie i nauka* = [Education and science], 20(1), pp. 54–74. DOI: 10.17853/1994-5639-2018-1-54-74. (In Russ.)
- Khennner, E.K., 2018. [Professional knowledge and professional competences in higher education]. *Obrazovanie i nauka* = [Education and Science], 20(2), pp. 9–31. DOI: 10.17853/1994-5639-2018-2-9-31. (In Russ.)
- Shlyakhov, A.R., 1971. [Subject and system of forensic examination]. *Trudy VNIISE* = [Works VNIISE]. Issue 3. Moscow: VNIISE, pp. 11–38. (In Russ.)
- Usov, A.I. and Toropova, M.V., 2015. [Improving the system of professional education of state forensic experts]. *Teoriya i praktika sudebnoy ekspertizy* = [Theory and Practice of Forensic Examination], 1(37), pp. 34–39. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Моисеева Татьяна Федоровна, заведующий кафедрой судебных экспертиз и криминалистики ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмуш-

кинская, д. 69), доктор юридических наук, кандидат биологических наук, профессор [**Tatyana F. Moiseeva**, Head of Forensic and Forensic Science Department, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Law), Cand. Sci. (Biology), Professor]. E-mail: moiseevatf@mail.ru

О классификации преступлений против жизни в российском и англосаксонском праве и употреблении релевантных русскоязычных и англоязычных терминов

Т.О. Ванина*

* Уральский филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Челябинск, Россия
tatyana_vanina@inbox.ru

Введение. В статье анализируются критерии, лежащие в основе классификаций преступлений против жизни в уголовных законодательствах России и Великобритании, и исследуется специфика употребления русскоязычных и англоязычных терминов, обозначающих эти преступные деяния, в российском и англосаксонском праве.

Теоретические основы. Методы. Используя метод сопоставительного анализа, автор сравнивает виды преступлений против жизни, за которые предусмотрены наказания в Уголовном кодексе Российской Федерации и в английском законодательстве, и находит возможным, несмотря на наличие множества специфических характеристик, провести параллель между некоторыми из них. Отдельно рассматриваются те виды убийств, которые не упоминаются в Уголовном кодексе Российской Федерации, но выделяются нормативными правовыми актами Великобритании: аборт (*abortion*) и корпоративное убийство (*corporate manslaughter; corporate homicide*). Особое внимание уделяется анализу квалифицирующих и привилегирующих признаков, наличие или отсутствие которых позволяет, согласно уголовному законодательству Российской Федерации, отнести преступление против жизни к разряду простых (*simple murder*), квалифицированных (*qualified murder*) или привилегированных убийств (*privileged murder*), а также анализу обстоятельств (*defences*), смягчающих, согласно нормам англосаксонского права, тяжкое убийство (*murder*) и позволяющих квалифицировать его как простое убийство (*manslaughter*).

Результаты исследования. Автор приходит к выводу, что различие критериев упомянутых классификаций обуславливает, с одной стороны, отнесение одного и того же преступного деяния к различным видам преступлений против жизни в российском и англосаксонском праве, а с другой – объясняет использование различных англоязычных терминов (*simple murder* и *manslaughter*) для перевода понятия *простое убийство* в контексте российской и англосаксонской правовых систем соответственно.

Обсуждение и заключение. Такой перевод представляется вполне логичным и обоснованным в силу того, что в двух разных системах один и тот же термин может иметь различное толкование. Следовательно, и законодательная модель преступного деяния, обозначаемого одним и тем же термином, в различных правовых системах может иметь различные характеристики объективных и субъективных признаков состава преступления.

Ключевые слова: преступление против жизни (*crime against life*), простое убийство (*simple murder, manslaughter*), квалифицированное убийство (*qualified murder*), привилегированное убийство (*privileged murder*), тяжкое убийство (*murder*), детоубийство (*infanticide*), геноцид (*genocide*), корпоративное убийство (*corporate manslaughter*)

Для цитирования: Ванина Т.О. О классификации преступлений против жизни в российском и англосаксонском праве и употреблении релевантных русскоязычных и англоязычных терминов // Правосудие. 2019. Т. 1, № 2. С. 169–187. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.169-187

On Classifying Crimes Against Life in Russian and Anglo-Saxon Law and Using Relevant Russian and English Terms

Tatyana O. Vanina*

** Ural Branch, Russian State University of Justice, Chelyabinsk, Russia*

For correspondence: tatyana_vanina@inbox.ru

Introduction. The article deals with criteria underlying the classification of crimes against life in Russian and Anglo-Saxon law and analyzes some peculiarities of using Russian and English terms defining these crimes in the criminal legislations of both Russia and the UK.

Theoretical Basis. Methods. Comparing the types of crimes against life for which punishments are provided for in both the Criminal Code of the Russian Federation and the English legislation, the author finds it possible, despite a number of specific characteristics, to draw a parallel between some of them. Those types of homicide that are not mentioned in the Criminal Code of the Russian Federation but emphasized by the normative legal acts of Great Britain (*abortion*, and *corporate murder*) are examined separately.

Special attention is paid to the analysis of aggravating and mitigating factors, which make it possible, according to the criminal legislation of the Russian Federation, to divide crimes against life into three categories (*simple murder*, *qualified murder* and *privileged murder*) as well as to that of defences “diminishing” *murder* to *manslaughter* in Anglo-Saxon law.

Results. After undertaking a comparative analysis, the author comes to the conclusion that because of the difference between the criteria underlying the classifications mentioned above similar criminal acts may belong to different types of crimes against life in Russian and Anglo-Saxon law. On the other hand, different English terms (for example, *simple murder* and *manslaughter* for the Russian and Anglo-Saxon legal system, respectively) may be used for translating one and the same Russian term *простое убийство*.

Discussion and Conclusion. Such kind of translation seems to be logical and reasonable, for one and the same term may have different interpretations in two different systems; therefore, the legislative model of the criminal act defined by one and the same term may have different characteristics of objective and subjective elements of the crime in different legal systems.

Keywords: crime against life, simple murder, manslaughter, qualified murder, privileged murder, murder, infanticide, genocide, corporate manslaughter

For citation: Vanina, T.O., 2019. On classifying crimes against life in Russian and Anglo-Saxon law and using relevant Russian and English terms. *Pravosudie = Justice*, 1(2), pp. 169–187. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.169-187

Введение

Право на жизнь – неотъемлемое право каждого человека, охраняемое законом. Преступления против жизни являются самыми тяжкими в уголовном законодательстве практически всех государств и влекут наиболее суровые наказания. В Российской Федерации право на жизнь

закреплено в п. 1 ст. 20 Конституции России¹. В британском конституционном праве не существует единой классификации прав и свобод граждан. Право на жизнь в Великобритании регулируется статутами, судебными прецедентами и правовыми обычаями. Кроме того, как страна – участница Совета Европы Великобритания подписала Конвенцию о защите прав человека и основных свобод² (4 ноября 1950 г.), следовательно, она обязана гарантировать своим гражданам право на жизнь, закрепленное в ст. 2 Конвенции.

Преступления против жизни, несомненно, относятся к наиболее опасным деяниям. Они включают в себя все виды лишения жизни, в том числе причинение смерти по неосторожности и доведение до самоубийства. Несмотря на усилия, направленные на борьбу с преступлениями против жизни, статистика остается неутешительной.

Так, в январе – декабре 2017 г. на территории Российской Федерации зарегистрировано 9738 убийств и покушений на убийство, причем нераскрытыми остались 783 преступления³.

В период с января по ноябрь 2017 г. в Москве было зарегистрировано 289 убийств и покушений на убийство, а в Санкт-Петербурге – 171 [Сарханянц, К., 2018]. По данным Федеральной службы государственной статистики, на территории России в 2018 г. было совершено 8,6 тыс. убийств и покушений на убийство⁴.

Не лучше обстоят дела и за рубежом. Так, по опубликованным городскими властями Лондона данным, рост убийств в британской столице за 2017 г. составил 27,1 процента⁵. По данным столичной полиции, на территории Лондона за 2016–2017 гг. было совершено 101 убийство, а с начала

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.) (с поправками) // Сайт Конституции Российской Федерации. URL: <http://constitution.garant.ru/> (дата обращения: 24.02.2019).

² Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS N 005 (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изм. и доп.) // Официальный сайт информационно-справочной правовой системы «Гарант». URL: <https://base.garant.ru/2540800/> (дата обращения: 24.02.2019).

³ Состояние преступности в России за январь – декабрь 2017 года // Ежемесячный сборник Главного управления правовой статистики и информационных технологий Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2017. Декабрь. URL: <https://genproc.gov.ru/upload/iblock/aab/Ежемесячный%20сборник%20декабрь%202017.pdf> (дата обращения: 24.02.2019).

⁴ Правонарушения в январе – декабре 2018 года // Официальный сайт Федеральной службы государственной статистики. URL: http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/infraction/ (дата обращения: 15.05.2018).

⁵ В Лондоне отмечается резкий рост убийств, изнасилований, грабежей и краж // Официальный сайт информационного центра AFTERSHOCK. URL: <https://aftershock.news/?q=node/602167&full>

2017 г. по октябрь 2018 г. – 153 убийства. Таким образом, число убийств на 100 тыс. жителей Лондона составляет в среднем 1,2 убийства, а в Москве – примерно 2,5 [Смотряев, М., 2018].

Актуальность статьи обусловлена не только неоспоримой опасностью, которую преступления против жизни представляют для общества, но и процессом всеобщей глобализации как в экономической и культурно-социальной сферах общественной жизни, так и в области права. Для достижения взаимопонимания в рамках правового сотрудничества современным юристам необходимо четкое представление об особенностях правовых систем других государств. Выработка единых теоретических подходов и совместное решение практических задач невозможны без осознания специфики правовых норм различных стран мирового сообщества. Не менее важным, в частности при переводе правовых документов, а также в ходе профессионального общения, является знание лингвистических особенностей юридической устной и письменной речи, а также владение юридической терминологией, употребляемой в области права в странах-партнерах.

Теоретические основы. Методы

Используя метод сопоставительного анализа, мы сравнили виды преступлений против жизни в российском и англосаксонском праве и термины, их определяющие.

В нашей стране ответственность за преступления против жизни регулируется Уголовным кодексом Российской Федерации (УК РФ). В УК РФ определены наказания за следующие виды убийства: за простое убийство (ч. 1 ст. 105 УК РФ), т. е. за убийство, совершенное при отсутствии как квалифицирующих, так и привилегирующих признаков; за квалифицированное убийство (ч. 2 ст. 105 УК РФ) и за привилегированное убийство (ст. 106, 107 и 108 УК РФ)⁶.

Простое убийство (simple murder) определяется как «умышленное причинение смерти другому человеку» (ч. 1 ст. 105 УК РФ); его главным отличием от *квалифицированного (qualified murder)* или *привилегированного убийства (privileged murder)* является, как указывалось выше, наличие или отсутствие квалифицирующих и привилегирующих признаков.

К квалифицированному убийству, т. е. убийству, совершенному при наличии квалифицирующих признаков (*aggravating factors*), относится убийство двух или более лиц; убийство лица при выполнении им служебной деятельности или общественного долга; убийство лица, находя-

⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (в ред. от 27 декабря 2018 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 8 января 2019 г.). Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

щегося в беспомощном состоянии; убийство беременной женщины или малолетнего лица; убийство, совершенное с особой жестокостью или общеопасным способом; убийство из кровной мести, из хулиганских побуждений, из корыстных побуждений или по найму; с целью скрыть другое преступление или облегчить его совершение; убийство, совершенное группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или организованной группой; убийство, сопряженное с похищением человека, разбоем, вымогательством или бандитизмом, с изнасилованием или насильственными действиями сексуального характера; убийство по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды; убийство в целях использования органов или тканей потерпевшего (всего тринадцать пунктов).

К привилегированным убийствам, т. е. к убийствам, совершенным при наличии привилегирующих признаков (*mitigating factors*), относится убийство, совершенное в состоянии аффекта (*murder committed in the heat of passion*), вызванного «насилием, издевательством или тяжким оскорблением со стороны потерпевшего» либо «длительной психотравмирующей ситуацией, возникшей в связи со систематическим противоправным или аморальным поведением потерпевшего» (ст. 107 УК РФ), а также убийство, совершенное при превышении пределов необходимой обороны (*murder committed by exceeding limits of necessary defense*) или «мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление» (*measures necessary to arrest a person who committed a crime*) (ст. 108 УК РФ). Сюда же относится убийство матерью новорожденного ребенка во время или сразу же после родов (*killing a newborn child by the mother during or immediately after delivery*) «в условиях психотравмирующей ситуации или в состоянии психического расстройства» (ст. 106 УК РФ).

Отдельно согласно ч. 1 ст. 109 УК РФ предусматривается наказание за причинение смерти по неосторожности (*causing death by negligence*); согласно ч. 2 ст. 109 УК РФ – за причинение смерти по неосторожности вследствие ненадлежащего исполнения лицом своих профессиональных обязанностей» (*by negligence “due to an improper performance of a person’s professional duties”*) и согласно ч. 3 ст. 109 УК РФ – за причинение смерти по неосторожности двум или более лицам (*causing death by negligence to two or more persons*). Однако причинение смерти по неосторожности не квалифицируется как убийство, хотя **объектом преступления**, как и в убийстве, является жизнь человека.

В Великобритании ответственность за преступления против жизни регулируется парламентскими актами (Закон о детоубийстве 1938 г. (*The Infanticide Act 1938*), Закон об убийстве 1957 г. (*The Homicide Act 1957*), Закон о преступлениях против личности 1861 г. (*The Offences against the Person Act 1861*), Закон об убийстве 1965 г. (*The Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965*), Закон об абортах 1967 г. (*The Abor-*

tion Act 1967), Закон о геноциде 1969 г. (*The Genocide Act 1969*), Закон об уголовном правосудии 2003 г. (*The Criminal Justice Act 2003*), Закон о домашнем насилии, преступлениях и жертвах преступлений 2004 г. (*The Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004*), Закон о корпоративном простом убийстве и корпоративном человекоубийстве 2007 г. (*The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*) и др.) и нормами общего права (*common law*).

В английском уголовном праве выделяются следующие виды преступления против жизни: тяжкое убийство, простое убийство, детоубийство, аборт и геноцид.

Основным признаком тяжкого убийства (*murder*) является наличие заранее обдуманного «злобного предумышления» (*malice aforethought*).

К простым убийствам (*manslaughter*) английский законодатель относит всякое противоправное лишение жизни другого человека (*unlawful killing*), не являющееся тяжким убийством.

Простое убийство (*manslaughter*) в англосаксонской уголовно-правовой доктрине делится на две категории – умышленное (*voluntary manslaughter*) и неумышленное (*involuntary manslaughter*).

Англосаксонское право определяет простое умышленное убийство (*voluntary manslaughter*) как убийство, которое являлось бы тяжким (*murder*) (т. е. совершенное со злобным предумышлением), если бы не определенные обстоятельства, которые смягчают тяжесть совершенного преступления и «понижают» тяжкое убийство до уровня простого (*manslaughter*).

Смягчающими обстоятельствами (*defences*), позволяющими отнести убийство к категории простых (*manslaughter*), до недавнего времени являлись:

- уменьшенная вменяемость (*diminished responsibility*): лица с психическими расстройствами, не исключающими вменяемости (*suffering from abnormality of mind*), не могут быть осуждены за тяжкое убийство;
- провокация (*provocation*), в результате которой обвиняемый теряет контроль над собой (*loses his self-control*): степень провокации определяется присяжными;
- договоренность о совместном совершении самоубийства (*suicide pact*)⁷.

Английские исследователи на протяжении многих лет высказывали мнение о необходимости внести поправки в доктрину о смягчающих обстоятельствах и заменить «провокацию» (*the partial defence of provocation*), например, на «самосохранение» (*the partial defence of self-preservation*), которое может служить частичным смягчающим обстоятельством (*the partial defence*) в тех случаях, когда лицо, совершившее убийство,

⁷ Homicide Act 1957 // The Official Home of UK Legislation. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/11/contents> (дата обращения: 01.03.2019).

неоднократно подвергалось серьезному насилию со стороны жертвы, что могло вызвать у первого сильное эмоциональное расстройство в момент убийства [Elliott, C., 2004].

Однако в результате проведенной реформы частично смягчающим обстоятельством вместо провокации стала считаться потеря самоконтроля (*loss of control*). Это нововведение широко дискутировалось в правоприменительном сообществе, и до сих пор некоторые авторы указывают на сохраняющуюся непоследовательность и путаницу в этой области [Quick, O. and Wells, C., 2012].

Тем не менее согласно разделам 54 и 55 Закона о коронерах и правосудии 2009 г. (*The Coroners and Justice Act 2009*⁸) лицо, совершившее убийство другого лица в результате потери самоконтроля (*loss of control*), наступившей вследствие опасения применения грубого насилия или провокации, не может быть осуждено за тяжкое убийство (*murder*), так как присяжные должны в данном случае признать потерю самоконтроля частично смягчающим обстоятельством (*partial defence*), и преступное деяние должно квалифицироваться как простое умышленное убийство (*voluntary manslaughter*), если сторона обвинения не докажет обратное «вне всяких разумных сомнений» (*“beyond reasonable doubt”*) [Storey, T., 2013].

Говоря о смягчающих обстоятельствах, следует четко разграничивать понятия «ограниченная (или уменьшенная) вменяемость» (*diminished responsibility*) и «невменяемость» (*insanity*).

Наличие *ограниченной вменяемости* позволяет квалифицировать как простое умышленное убийство такое деяние, которое в отсутствие ограниченной вменяемости было бы отнесено к категории тяжких убийств (*murder*). Речь может идти об **ограниченной вменяемости** (*diminished responsibility*), если в силу психического расстройства лицо, совершающее убийство, не осознает в полной мере общественную опасность своих действий. Гибсон, например, поднимает вопрос об ограниченной вменяемости так называемых «убийц из милосердия» (*“mercy killers”*), чьи действия, по его мнению, должны квалифицироваться как простое (*manslaughter*), а не тяжкое убийство (*murder*). В своей статье он высказывает мысль о том, что назрела острая необходимость реформирования британского законодательства об убийствах [Gibson, M., 2017].

Невменяемость же согласно так называемым Правилам Макнатена (*M’Naghten Rules*)⁹ является основанием для вынесения оправдательного вердикта.

⁸ Coroners and Justice Act 2009 // The Official Home of UK Legislation. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/contents> (дата обращения: 26.02.2009).

⁹ M’Naghten’s Case // Официальный сайт Encyclopedia Britannica. URL: <https://www.britannica.com/topic/MNaghtens-Case> (дата обращения: 24.02.2019).

С принятием Закона о тяжких преступлениях 2015 г. (*The Serious Crime Act 2015*) перечень смягчающих обстоятельств, позволяющих «перевести» тяжкое преступление (*murder*) в разряд простых (*manslaughter*), расширился.

Так, на основании этого Закона (*Section 76*), который криминализует «принудительное или контролирующее поведение» (“*coercive or controlling behaviour*”) в интимных или семейных отношениях¹⁰, Салли Чаллен, осужденной 1 марта 2018 г. Апелляционным судом Ее Величества за тяжкое убийство, было предоставлено разрешение на обжалование приговора, так как ее адвокатам удалось убедить суд в том, что в связи с принятием вышеупомянутого Закона совершенное ею преступление может быть переклассифицировано в простое неумышленное убийство (*involuntary manslaughter*) [Bettinson, V., 2019].

Ряд исследователей обращает внимание на тот факт, что при вынесении присяжными вердикта о тяжком или простом убийстве (*murder or manslaughter*) даже эмоции подсудимых во время совершения ими преступлений могут потенциально служить смягчающими обстоятельствами [Spackman, M.P., et al., 2002].

Простым неумышленным убийством (*involuntary manslaughter*) признается лишение жизни другого человека субъектом, находящимся «в упрежном психическом состоянии» (“*blameworthy state of mind*”), а также вследствие «небрежности или неосторожности в отношении риска причинения смерти другому лицу» (*recklessness or criminal negligence*).

Например, при наличии веских доказательств, что смерть пациента наступила вследствие грубой халатности медицинского работника (*gross negligence*), последнему будет предъявлено обвинение в неумышленном убийстве по неосторожности (*gross negligence manslaughter*). И хотя статистика не выглядит угрожающе, участвовавшие случаи уголовного преследования за «неумышленное медицинское убийство» (“*medical manslaughter*”) вызывают, по мнению некоторых исследователей, не только обеспокоенность британских врачей, но и опасение, что такая практика может привести не к улучшению, а к ухудшению медицинского обслуживания, ибо «страх токсичен» (“*fear is toxic*”) как для медицинских работников, так и для пациентов [Brazier, M., et al., 2017].

Более того, Оливер Квик в одной из своих статей прямо заявляет, что уголовное преследование медицинских работников по обвинению в совершении неумышленного убийства по неосторожности (*gross negligence manslaughter*) должно быть отменено, ибо с медицинской

¹⁰ The Serious Crime Act 2015 // Официальный сайт UK Parliament Website. URL: <https://beta.parliament.uk/search?q=Serious+Crime+Act+2015> (дата обращения: 25.02.2019).

точки зрения не существует никаких объективных критериев для подобного квалифицирования действий медперсонала [Quick, O., 2006].

Тем не менее просматривается тенденция к расширению перечня преступлений, квалифицируемых как неумышленное убийство. Так, Пол Макгоррери, исследовавший на материалах судебной практики Соединенных Штатов, Соединенного Королевства и Австралии такое деяние, как подстрекательство другого лица к совершению самоубийства (*inciting another person to commit suicide*), приходит к выводу, что его, особенно в контексте насилия в семье, следует квалифицировать как неумышленное убийство (*involuntary manslaughter*) [McGorrey, P. and McMahon, M., 2018].

К простому неумышленному убийству относится также причинение смерти в результате виновного бездействия (*manslaughter by omission*), причем поведение лица, виновное бездействие которого привело к смерти другого лица, считается не менее аморальным и предосудительным, чем в случае любого другого неумышленного убийства [Elliott, C., 2010].

Оценивая такое смягчающее обстоятельство, как договоренность о совместном совершении самоубийства (*suicide pact*), необходимо упомянуть явление, появившееся сравнительно недавно, но уже вызвавшее обеспокоенность как широких слоев общественности, так и профессиональных медиков и юристов, – *online suicide*. Влияние интернет-ресурсов на суицидальное поведение граждан, особенно подростков, принимает угрожающие масштабы, и, по мнению психологов, психиатров и юристов, необходимо срочное принятие действенных мер для решения проблемы [Phillips, J.G., Diesfeld, K. and Mann, L., 2019; Carlyle, K.E., et al., 2018].

Результаты исследования

Из изложенного выше следует, что простое убийство в англосаксонском праве (*manslaughter*) отнюдь не идентично преступному деянию, которое квалифицируется как простое убийство (*simple murder*) в российском уголовном законодательстве. Так как классификации преступлений против жизни в английском и российском законодательствах основываются на абсолютно различных критериях, английское простое умышленное убийство (*voluntary manslaughter*) содержит в себе скорее признаки российского привилегированного убийства (*privileged murder*), а английское простое неумышленное убийство (*involuntary manslaughter*) – признаки причинения смерти по неосторожности (*causing death by negligence*), т. е. признаки деяния, которое в российском уголовном праве вообще не квалифицируется как убийство.

Можно провести параллель между детоубийством (*infanticide*) в англосаксонском праве (согласно английскому Закону о детоубийстве 1938 г. (*The Infanticide Act 1938*), убийство женщиной своего ребенка до

12 месяцев в состоянии психического расстройства в результате родов или кормления грудью квалифицируется как особый вид убийства¹¹) и убийством матерью новорожденного ребенка «во время или сразу же после родов» или «в условиях психотравмирующей ситуации или в состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости» (ст. 106 УК РФ), которое, согласно российскому уголовному законодательству, относится к привилегированным убийствам (*privileged murder*).

Принятый в Великобритании в 2004 г. Закон о домашнем насилии, преступлениях и жертвах преступлений (*Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004*) вводит уголовную ответственность за «новое преступление», а именно – за причинение смерти «ребенку или уязвимому члену семьи» (*causing or allowing the death of “a child or vulnerable adult”*) лицом, являющимся членом этой же семьи¹².

Следует отметить, что в странах англосаксонского права уже на протяжении многих лет ведутся дискуссии о необходимости пересмотреть доктрину о самообороне и на законодательном уровне закрепить правовые основы самообороны для лиц, подвергшимся домашнему насилию [Messerschmidt, C.G., 2016].

Российский же законодатель не квалифицирует домашнее насилие по какой-либо одной статье; наказание за него, в зависимости от тяжести причиненного здоровью вреда, предусматривается различными статьями раздела VII (Преступления против личности) УК РФ и ст. 6.1.1 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (КоАП РФ)¹³.

Говоря об абортах, необходимо вспомнить, что первой страной, их запретившей, была именно Англия. Согласно Закону о преступлениях против личности 1861 г. (*The Offences Against the Person Act 1861*) аборт считался тяжким преступлением (*felony*), которое наказывалось пожизненным заключением¹⁴. И только с принятием в 1967 г. Закона об абортах (*The Abortion Act 1967*) были легализованы аборты по медицинским показаниям¹⁵.

¹¹ Infanticide Act 1938 // The Official Home of UK Legislation. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/1-2/36/contents> (дата обращения: 01.03.2019).

¹² Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004 // The Official Home of UK Legislation. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/28/contents> (дата обращения: 01.03.2019).

¹³ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (в ред. от 02.08.2019). Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴ Offences Against the Person Act 1861 // The Official Home of UK Legislation. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/contents> (дата обращения: 01.03.2019).

¹⁵ Abortion Act 1967 // The Official Home of UK Legislation. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents> (дата обращения: 01.03.2019).

Поправки, внесенные в 1991 г. (*The Abortion Regulations 1991*) и в 2002 г. (*The Abortion (Amendment) (England) Regulations 2002*), не изменили кардинально сути Закона, а довольно обтекаемые формулировки позволяют выполнение практически любого аборта считать легальным. В частности, п. с) данного Закона позволяет проведение легального аборта, если «риск нанесения вреда физическому и психическому здоровью беременной женщины выше при продолжении беременности, чем при ее прерывании»¹⁶. Учитывая тот факт, что у любой женщины риск осложнений при срочных естественных родах всегда выше, чем при аборте на ранних сроках беременности, любой аборт на ранних сроках можно считать вполне законным.

В России каждая женщина в соответствии со ст. 36 «Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан» имеет право самостоятельно решать вопрос о прерывании беременности: при сроке до 12 недель – по общему правилу, по социальным показаниям – до 22 недель, а при наличии медицинских показаний – на любой стадии беременности¹⁷.

Однако ст. 123 УК РФ предусматривает наказание за «проведение искусственного прерывания беременности лицом, не имеющим высшего медицинского образования соответствующего профиля», повлекшее смерть по неосторожности (*resulting in death by negligence*).

Как отдельный вид убийства в английском уголовном законодательстве квалифицируется геноцид (*genocide*). В 1969 году в Великобритании был принят Закон о геноциде (*The Genocide Act 1969*¹⁸), в котором содержатся положения ст. II *Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него*, принятой Резолюцией 260 (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1948 г. (*The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948*).

Россия, руководствуясь ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, которая гласит, что нормы международного права приоритетны над положениями права внутригосударственного, признает, что геноцид, как указано в ст. II Конвенции, «является преступлением, которое нарушает нормы международного права»¹⁹, обязуется принимать

¹⁶ Abortion (Amendment) (England) Regulations 2002 // The Official Home of UK Legislation. URL: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/887/contents/made> (дата обращения: 01.03.2019).

¹⁷ Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан (утв. Верховным Советом Российской Федерации 22 июля 1993 г. № 5487-1) (в ред. от 22 августа 2004 г.). Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁸ Genocide Act 1969 // The Official Home of UK Legislation. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/12/contents> (дата обращения: 01.03.2019).

¹⁹ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Approved and proposed for signature and ratification or accession by General Assembly

меры для его предупреждения и карать за его совершение. В связи с этим ст. 357 УК РФ предусмотрено наказание за «действия, направленные на полное или частичное уничтожение национальной, этнической, расовой или религиозной группы как таковой», т. е. за геноцид, дополнительным объектом которого, как известно, являются жизнь и (или) здоровье людей определенных групп. Однако эта статья включена не в главу 16 (Преступления против жизни и здоровья) раздела VII (Преступления против личности), а в главу 34 раздела XII (Преступления против мира и безопасности человечества).

Следует отметить, что геноцид в наши дни приобретает все более изощренные формы, одной из которых является экоцид (ecocide). Экологические катастрофы, вызванные постоянным ростом промышленного производства и антропогенным изменением климата, приводят к такому разрушению окружающей среды, которое ставит под угрозу физическое существование целых народов. Британские ученые просматривают как концептуальную, так и правовую связь между экоцидом и геноцидом и предсказывают, что в недалеком будущем экоцид станет основным двигателем геноцида. Они уже сейчас применяют термин «экологически обусловленный геноцид» (ecologically induced genocide) [Crook, M. and Short, D., 2014]. Согласно российскому законодательству экоцид также является уголовно наказуемым деянием: ст. 358 УК РФ предусматривает наказание за совершение «действий, способных вызвать экологическую катастрофу».

С принятием в 2007 г. Закона «О корпоративном простом убийстве и корпоративном человекоубийстве» (*The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*) в англосаксонском праве в существовавшую ранее классификацию был добавлен, по существу, еще один вид убийства. Речь идет о причинении смерти юридическими лицами: корпорациями, товариществами, трейд-юнионами, ассоциациями работодателей, полицией, а также «различными, но не всеми, правительственными органами»²⁰. По мнению некоторых авторов, принятие закона было вызвано все возрастающей озабоченностью общественности по поводу участившихся случаев смертности на производстве и необходимостью отреагировать на проявление этой озабоченности на законодательном уровне с целью повышения доверия общественности к уголовному праву [Almond, P., 2009].

По словам экс-министра юстиции Марии Игл, этот Закон является «мощным сдерживающим средством» (*“a very powerful deterrent*

resolution 260 A (III) of 9 December 1948 // Официальный сайт UNHCHR. URL: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx> (дата обращения: 01.03.2019).

²⁰ Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 // The Official Home of UK Legislation. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/contents> (дата обращения: 01.03.2019).

message») для тех организаций, которые не заботятся о здоровье и безопасности своих сотрудников [Tombs, S. and Almond, P., 2014].

На самом деле проблема, связанная с предъявлением обвинения корпоративным ответчикам, существовала задолго до принятия этого Закона, причем не только в Великобритании. Еще в конце прошлого века Нэнси Фрэнк обращала внимание на существование различных дефиниций, применяемых в отношении «непреднамеренных убийств» (“*unintended murder*”) по вине корпораций, и указывала на необходимость учитывать как человеческий фактор и наличие преступного умысла (*mens rea*) лиц, принимающих корпоративные решения, так и обоснованность рисков, которые приводят к смерти работников [Frank, N., 1988].

Согласно принятому Закону организация несет уголовную ответственность за совершение корпоративного убийства, если «способ организации или ведения ее деятельности причиняет смерть лицу и является грубым нарушением возложенных на нее обязанностей по отношению к погибшему»²¹.

В отношении организации, признанной виновной в совершении корпоративного убийства (*corporate manslaughter* в Англии, Уэльсе и Северной Ирландии и *corporate homicide* в Шотландии), Законом предусмотрены следующие виды наказаний: компенсация убытков, опубликование информации о данном преступлении, неограниченный штраф. На практике уголовное дело возбуждается одновременно против организации и против конкретного должностного лица.

И хотя вначале многие правоведы скептически отнеслись к принятию Закона, он оказался, по мнению Виктории Ропер, достаточно эффективным: проанализировав ситуацию за последние десять лет, она пришла к выводу, что возросшее количество судебных преследований и внушительные размеры налагаемых штрафов заставили предпринимателей и руководителей крупных компаний скрупулезнее относиться к вопросам безопасности. Однако некоторая несогласованность в деятельности судебных органов сохраняется, как отмечает автор, и по сей день [Roper, V., 2018].

Стивен Гриффин и Джон Моран также отмечают необходимость внесения в Закон некоторых поправок, так как, по их мнению, в нем недостаточно четко прописана ответственность, например, в случае наступления смерти в результате грубой небрежности или бездействия сотрудника(ов) полиции [Griffin, S. and Moran, J., 2010].

В российском праве не существует понятия «корпоративное убийство». Так как юридическое лицо согласно действующему российскому уголовному законодательству не является субъектом уголовного права, в отношении него не может быть возбуждено уголовное дело; юриди-

²¹ Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007. S. 1.

ческое лицо может привлекаться только к гражданско-правовой или административной ответственности. К уголовному наказанию могут быть привлечены лишь отдельные должностные лица, и уголовную ответственность согласно ч. 2, 3 ст. 109 УК РФ несет конкретное лицо за причинение смерти по неосторожности (*causing death by negligence*) «вследствие ненадлежащего исполнения лицом своих профессиональных обязанностей».

Обсуждение и заключение

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что в основе классификаций преступлений против жизни в российском и англосаксонском праве лежат различные критерии – наличие или отсутствие квалифицирующих и привилегирующих признаков и наличие или отсутствие «злого умысла» соответственно. Поэтому правоприменители должны четко осознавать, что одно и то же преступное деяние может относиться к различным категориям с точки зрения англосаксонского или российского права. Например, согласно российскому уголовному законодательству убийство, совершенное при отсутствии квалифицирующих или привилегирующих признаков, относится к категории простых (*simple murder*), а в Великобритании аналогичное деяние, если судьи усмотрят наличие «злого умысла» у совершившего его лица, будет отнесено к категории тяжких (*murder*).

Кроме того, один и тот же русскоязычный термин (например, *простое убийство*) может иметь различные английские эквиваленты в контексте российского и англосаксонского права (*simple murder* и *manslaughter* соответственно). Эти англоязычные термины не являются взаимозаменяемыми, так как обозначают преступные деяния, имеющие в рассматриваемых нами правовых системах совершенно разные характеристики объективных и субъективных признаков состава преступления; следовательно, использование первого применительно к простому убийству в странах англосаксонского права, а второго – в контексте российского судопроизводства может привести к некорректному восприятию ситуации и, как следствие, к осложнению всего процесса правового взаимодействия в рамках международного уголовного судопроизводства.

Именно поэтому, на наш взгляд, для достижения максимально позитивных результатов в области международного правового сотрудничества необходимо знание не только специфики правовых и процессуальных норм различных стран мирового сообщества, но и лингвистических особенностей юридического дискурса каждой из них.

Список использованной литературы

Almond P. Understanding the seriousness of corporate crime: Some lessons for the new corporate manslaughter offence // *Criminology and Criminal Justice*. 2009. Vol. 9, issue 2. P. 145–164. DOI: doi.org/10.1177/1748895809102550.

Bettinson V. Aligning partial defences to murder with the offence of coercive or controlling behaviour // *The Journal of Criminal Law*. 2019. Vol. 83, issue 1. P. 71–86. DOI: doi.org/10.1177/0022018318814362.

Brazier M., Quirk H., Griffiths D., Devaney S. Improving health-care through the use of ‘medical manslaughter’? Facts, fears and the future // *Clinical Risk*. 2017. Vol. 22, issue 5. DOI: doi/10.1177/1356262217696623.

Gibson M. Pragmatism Preserved? The challenges of accommodating mercy killers in the reformed diminished responsibility plea // *The Journal of Criminal Law*. 2017. Vol. 81, issue 3. P. 177–200. DOI: doi.org/10.1177/0022018317702801.

Griffin S., Moran J. Accountability for deaths attributable to the gross negligent act or omission of a police force: The Impact of the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 // *The Journal of Criminal Law*. 2010. Vol. 74, issue 4. P. 358–381. DOI: doi.org/10.1350/jcla.2010.74.4.648.

Carlyle K.E., Guidry J.P.D., Williams K., Tabaac A., Perrin P.B. Suicide conversations on Instagram™: Contagion or caring? // *Journal of Communication in Healthcare*. 2018. Vol. 11, issue 1. P. 12–18. DOI: doi.org/10.1080/17538068.2018.1436500.

Crook M., Short D. Marx, Lemkin and the genocide-ecocide nexus // *The International Journal of Human Rights*. 2014. Vol. 18, issue 3. P. 298–319. DOI: doi.org/10.1080/13642987.2014.914703.

Quick O. Prosecuting ‘gross’ medical negligence: Manslaughter, discretion, and the Crown Prosecution Service // *Journal of Law and Society*. 2006. Vol. 33, issue 3. P. 421–450. DOI: doi/10.1111/j.1467-6478.2006.00365.x.

Quick O., Wells C. Partial reform of partial defences: developments in England and Wales // *Australian and New Zealand Journal of Criminology*. 2012. Vol. 45, issue 3. P. 337–350. DOI: doi.org/10.1177/0004865812456856.

McGorrery P., McMahon M. Causing someone else to commit suicide: Incitement or manslaughter? // *Alternative Law Journal*. 2018. Vol. 44, issue 3. P. 23–28. DOI: doi.org/10.1177/1037969X18802455.

Messerschmidt C.G. A victim of abuse should still have a castle: The applicability of the castle doctrine to instances of domestic violence

// Journal of Criminal Law and Criminology. 2016. Vol. 106, issue 3. URL: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol106/iss3/5> (дата обращения: 23.02.2019).

Roper V. The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 – a 10-year review // The Journal of Criminal Law. 2018. Vol. 82, issue 1. P. 48–75. DOI: doi.org/10.1177/0022018317752937.

Сарханянц К. Статистика убийств в России // Коммерсантъ. 2018. 24 февр. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3514658> (дата обращения: 24.02.2019).

Смотряев М. Действительно ли Лондон опаснее Москвы и Нью-Йорка? // Русская служба Би-би-си. 2018. 6 апр. URL: <https://www.bbc.com/russian/features-43653877> (дата обращения: 24.02.2019).

Spackman M.P., Belcher J.C., Calapp J.W., Taylor A. An analysis of the effects of subjective and objective instruction forms on mock-juries' murder/manslaughter distinctions // Law and Human Behavior. 2002. Vol. 26, issue 6. P. 605–623. URL: <https://link.springer.com/journal/10979/26/6/page/1> (дата обращения: 23.02.2019).

Storey T. Raising the bar: Loss of control and the qualifying triggers: R v Zebedee (John) [2012] EWCA Crim 1428 // The Journal of Criminal Law. 2013. Vol. 779, issue 1. P. 17–21. DOI: doi.org/10.1350/1740-5580-77.1.17.

Tombs S., Almond P. Corporate manslaughter and regulatory reform // Crime, Law and Social Change. 2014. Vol. 61, issue 5. P. 585–593. URL: <https://link.springer.com/journal/10611/61/5/page/1> (дата обращения: 23.02.2019).

Phillips J.G., Diesfeld K., Mann L. Instances of online suicide, the law and potential solutions // Psychiatry, Psychology and Law. 2019. DOI: doi.org/10.1080/13218719.2018.1506719.

Frank N. Unintended murder and corporate risk-taking: Defining the concept of justifiability // Journal of Criminal Justice. 1988. Vol. 16, issue 1. P. 17–24. DOI: [doi.org/10.1016/0047-2352\(88\)90032-3](https://doi.org/10.1016/0047-2352(88)90032-3).

Elliott C. Liability for manslaughter by omission: Don't let the baby drown! // The Journal of Criminal Law. 2010. Vol. 74, issue 2. P. 163–179. DOI: doi.org/10.1350/jcla.2008.72.6.537.

Elliott C. What future for voluntary manslaughter? // The Journal of Criminal Law. 2004. Vol. 68, issue 3. P. 253–263. DOI: doi.org/10.1350/jcla.68.3.253.34453.

References

- Almond, P., 2009. Understanding the seriousness of corporate crime: Some lessons for the new corporate manslaughter offence. *Criminology and Criminal Justice*, 9(2), pp. 145–164. DOI: doi.org/10.1177/1748895809102550. (In Eng.)
- Bettinson, V., 2019. Aligning partial defences to murder with the offence of coercive or controlling behaviour. *The Journal of Criminal Law*, 83(1), pp. 71–86. DOI: doi.org/10.1177/0022018318814362. (In Eng.)
- Brazier, M., Quirk, H., Griffiths, D. and Devaney, S., 2017. Improving healthcare through the use of ‘medical manslaughter’? Facts, fears and the future. *Clinical Risk*, 22(5). DOI: doi/10.1177/1356262217696623. (In Eng.)
- Carlyle, K.E., Guidry, J.P.D., Williams, K., Tabaac, A. and Perrin, P.B., 2018. Suicide conversations on Instagram™: Contagion or caring? *Journal of Communication in Healthcare*, 11(1), pp. 12–18. DOI: doi.org/10.1080/17538068.2018.1436500. (In Eng.)
- Crook, M. and Short, D., 2014. Marx, Lemkin and the genocide-ecocide nexus. *The International Journal of Human Rights*, 18(3), pp. 298–319. DOI: doi.org/10.1080/13642987.2014.914703. (In Eng.)
- Elliott, C. 2004. What future for voluntary manslaughter? *The Journal of Criminal Law*, 68(3), pp. 253–263. DOI: doi.org/10.1350/jcla.68.3.253.34453. (In Eng.)
- Elliott, C., 2010. Liability for manslaughter by omission: Don’t let the baby drown! *The Journal of Criminal Law*. 74(2), pp. 163–179. DOI: doi.org/10.1350/jcla.2008.72.6.537. (In Eng.)
- Frank, N., 1988. Unintended murder and corporate risk-taking: Defining the concept of justifiability. *Journal of Criminal Justice*, 16(1), pp. 17–24. DOI: doi.org/10.1016/0047-2352(88)90032-3. (In Eng.)
- Gibson, M., 2017. Pragmatism Preserved? The challenges of accommodating mercy killers in the reformed diminished responsibility plea. *The Journal of Criminal Law*, 81(3), pp. 177–200. DOI: doi.org/10.1177/0022018317702801. (In Eng.)
- Griffin, S. and Moran, J., 2010. Accountability for deaths attributable to the gross negligent act or omission of a police force: The Impact of the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007. *The Journal of Criminal Law*, 74(4), pp. 358–381. DOI: doi.org/10.1350/jcla.2010.74.4.648. (In Eng.)
- McGorrery, P. and McMahon, M., 2018. Causing someone else to commit suicide: Incitement or manslaughter? *Alternative Law Journal*, 44(3), pp. 23–28. DOI: doi.org/10.1177/1037969X18802455. (In Eng.)

- Messerschmidt, C.G., 2016. A victim of abuse should still have a castle: The applicability of the castle doctrine to instances of domestic violence. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 106(3). Available at: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol106/iss3/5>> [Accessed 23 February 2019]. (In Eng.)
- Phillips, J.G., Diesfeld, K. and Mann, L., 2019. Instances of online suicide, the law and potential solutions. *Psychiatry, Psychology and Law*. DOI: doi.org/10.1080/13218719.2018.1506719. (In Eng.)
- Quick, O., 2006. Prosecuting 'gross' medical negligence: Manslaughter, discretion, and the Crown Prosecution Service. *Journal of Law and Society*, 33(3), pp. 421–450. DOI: doi/10.1111/j.1467-6478.2006.00365.x. (In Eng.)
- Quick, O. and Wells, C., 2012. Partial reform of partial defences: developments in England and Wales. *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 45(3), pp. 337–350. DOI: doi.org/10.1177/0004865812456856. (In Eng.)
- Roper, V., 2018. The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 – a 10-year review. *The Journal of Criminal Law*, 82(1), pp. 48–75. DOI: doi.org/10.1177/0022018317752937. (In Eng.)
- Sarkhanyants, K., 2018. [Homicide statistics in Russia]. *Kommersant* = [Businessman], 24 February. Available at: <<https://www.kommersant.ru/doc/3514658>> [Accessed 24 February 2019]. (In Russ.)
- Smotryayev, M., 2018. Is London really more dangerous than Moscow and New York? *Russkaya sluzhba BBC* = BBC Russian Service, 6 April. Available at: <<https://www.bbc.com/russian/features-43653877>> [Accessed 24 February 2019]. (In Russ.)
- Spackman, M.P., Belcher, J.C., Calapp, J.W. and Taylor A., 2002. An analysis of the effects of subjective and objective instruction forms on mock-juries' murder/manslaughter distinctions. *Law and Human Behavior*, 26(6), pp. 605–623. Available at: <<https://link.springer.com/journal/10979/26/6/page/1>> [Accessed 24 February 2019]. (In Eng.)
- Storey, T., 2013. Raising the bar: Loss of control and the qualifying triggers: R v Zebedee (John) [2012] EWCA Crim 1428. *The Journal of Criminal Law*, 779(1), pp. 17–21. DOI: doi.org/10.1350/1740-5580-77.1.17. (In Eng.)
- Tombs, S. and Almond, P., 2014. Corporate manslaughter and regulatory reform. *Crime, Law and Social Change*, 61(5), pp. 585–593. Available at: <<https://link.springer.com/journal/10611/61/5/page/1>> [Accessed 24 February 2019]. (In Eng.)

Информация об авторе / Information about the author:

Ванина Татьяна Олеговна, доцент кафедры гуманитарных и социально-экономических дисциплин Уральского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (454084, Россия, г. Челябинск, пр. Победы, д. 160), кандидат педагогических наук [**Tatyana O. Vanina**, Associate Professor of Humanities and Socio-Economical Sciences Department, Ural Branch, Russian State University of Justice (160 Pobedy Ave., Chelyabinsk, 454084, Russia), Cand. Sci. (Pedagogy)]. E-mail: tatyana_vanina@inbox.ru

УДК 81'276.1:811.161.1; 343.9

DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.188-205

Криминальная наркотическая субкультура (на примерах наименования лиц, занятых в наркобизнесе)

Е.В. Голощапов*, Т.Г. Голощапова**

* ГУФСИН России по Челябинской области, г. Челябинск, Россия

** Уральский филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия»
vasilisa5312@rambler.ru

Введение. Противоправный оборот наркотических средств, психотропных веществ, а равно их аналогов и прекурсоров, представляющий собой серьезную угрозу безопасности многонационального российского государства, способствует наркотизации общества и формированию криминальной наркотической субкультуры с ее криминогенным потенциалом. Деструктивная философия и антигуманная сущность наркосубкультуры нашли свое непосредственное отражение в языке, исследование которого является актуальным для криминологии и криминалистики, а равно приоритетным для современной прикладной лингвистики, что и определило тему настоящей работы.

Теоретические основы. Методы. Теоретической основой статьи выступают отечественные научные юридические и лингвистические изыскания в области наркотической субкультуры. Методологической основой работы являются основные законы и категории диалектического метода познания природы, общества и мышления. На этой базе, а также с использованием таких методов познания, как формально-логический, дедуктивный, индуктивный, социологический, описательный и структурно-семантический, исследуется феномен субкультуры. На примере анализа жаргонных наименований лиц, занятых в наркобизнесе, рассматриваются вопросы, касающиеся своеобразия криминального стратифицирующего языкотворчества.

Результаты исследования. В результате проведенного теоретического и практического исследования дается определение понятия «наркотическая субкультура» как криминального неформального мини-социума потребителей и распространителей наркотических средств, обосновывается точка зрения в отношении толкования терминов «наркотизм» и «наркомания».

Обсуждение и заключение. Проведенный в ракурсе лингвокриминологии и лингвокриминалистики анализ наркотической субкультуры на примере занятых в противоправном наркобизнесе лиц свидетельствует о необходимости и важности дальнейшего изучения жаргонного материала, который является знаковым символом мини-социума, отражающим его антигуманную мотивацию, негативное отношение к праву и принятым в обществе морально-нравственным принципам, в целях противодействия организованной наркопреступности и профилактики наркомании.

Ключевые слова: наркотическая субкультура, наркотизм, наркобизнес, семантика, жаргонная лексика и фразеология, социолингвистика, психолингвистика, противодействие незаконному распространению наркотиков

Для цитирования: Голощапов Е.В., Голощапова Т.Г. Криминальная наркотическая субкультура (на примере наименования лиц, занятых в наркобизнесе) // Правосудие. 2019. Т. 1, № 2. С. 188–205. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.188-205

Criminal Narcotic Subculture (Using the Examples of the Names of Persons Engaged in the Drug Business)

Evgeniy V. Goloshchapov*, Tatiana G. Goloshchapova**

* *FPS of Russia at the Chelyabinsk Region, Chelyabinsk, Russia*

** *Ural Branch, Russian State University of Justice, Chelyabinsk, Russia*

For correspondence: vasilisa5312@rambler.ru

Introduction. Illegal trafficking of narcotic drugs, psychotropic substances, as well as their analogues and precursors, which represents a serious threat to the security of the multinational Russian state, promotes narcotizing our society and contributes to the formation of the criminal narcotic subculture with its criminogenic potential. The destructive philosophy and inhuman nature of the drug subculture are directly reflected in the language, the study of which is relevant for both criminology and criminalistics as well as high-priority for modern applied linguistics, which determined the theme of this work.

Theoretical Basis. Methods. National scientific legal and linguistic researches in the field of drug subculture provide a theoretical framework for the article. The methodological basis of the study includes the basic laws and categories of the dialectical method of cognition of nature, society and thinking. The phenomenon of subculture is explored by using formal cognitive, deductive, inductive, sociological, descriptive, and structural semantic methods as well as by analyzing slang names of persons engaged in drug business and considering the originality of criminal stratifying language creation.

Results. As a result of the theoretical and practical research, the term *drug subculture* is defined as an informal criminal mini-society of consumers and distributors of drugs. In addition, the authors' view on such conceptual realities as *narcotism* (a negative socially dangerous phenomenon related to involving people in drug use) and *drug addiction* (an unhealthy craving for drugs and psychotropic substances) is substantiated.

Discussion and Conclusion. The analysis of the drug subculture conducted from the perspective of linguocriminology and linguocriminalistics by considering the slang names of the persons engaged in illegal drug trafficking shows that further studying the slang material, which is an iconic symbol of the mini-society reflecting its inhuman motivation, negative attitude to the law and social moral principles adopted in society, is necessary and important for both combating organized drug crime and drug prevention.

Keywords: narcotic subculture, narcotism, drug business, semantics, slang and phraseology, sociolinguistics, psycholinguistics, counteracting the illicit traffic in narcotic drugs

For citation: Goloshchapov, E.V. and Goloshchapova, T.G., 2019. Criminal narcotic subculture (using the example of the names of persons engaged in the drug business). *Pravosudie = Justice*, 1(2), pp. 188–205. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.188-205

Введение

Противоправные деяния в области незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ в настоящее время вызывают обоснованную тревогу всей мировой передовой общественности, в том числе и многонациональной Российской Федерации, поскольку таят в себе эпидемиологического масштаба угрозы психическому и физическому здоровью человеческой личности, разрушают и искажают веками складывавшиеся на сознательном уровне морально-нравственные

устои, формируют негативное отношение к праву как регулятивной социальной системе, отрицательно сказываются на экономической безопасности страны. На уровне государственного макросоциума происходит образование делинквентной, иерархически организованной наркотической субкультуры, идентифицирующим признаком которой является непосредственно язык. Именно в языке, который организует криминальный по своей направленности дискурс, находят отражение ее асоциально направленная философия, идеология и мотивация.

В российском языкознании с самых начальных этапов его становления (Бодуэн де Куртенэ, Ф.П. Филин, А.А. Шахматов, Л.В. Щерба и др.) важным признавалось изучение языка отдельных социальных объединений (мини-сообществ) для создания целостной картины национального русского языка как средства коммуникации. Б.А. Ларин подчеркивал, что язык – «фактор социальной дифференциации не в меньшей мере, чем социальной интеграции», и его организационная роль может выступать средством обособления общественных групп [Ларин, Б.А., 1977, с. 19].

Современные, базирующиеся на фундаментальных теоретических положениях лингвистические исследования, в частности в области функциональной и когнитивной лингвистики, а также лексикографии, которые непосредственно связаны с языком и речевой деятельностью наркокультуры (А.А. Алоян, В.М. Мокиенко, Т.В. Артемова, П.А. Катышев, О.И. Щербакова и др.), несомненно значимы для специалистов юридической сферы деятельности. Однако целостной дискурсивно-языковой картины феномена наркотической субкультуры по разным причинам (субъективный и формальный подход к естественному языку, доминирование интерпретационного принципа над описательным, недостаточно разработанная методическая база и др.), к сожалению, в настоящее время мы не имеем. В этом плане стоит согласиться с мнением К.И. Брилева о том, что лингвистика не в полной мере готова решать конкретные прикладные исследовательские задачи по причине, в частности, того, что «принятые теории формулируются не по отношению к фактам (событиям, которые происходят в конкретное время в конкретном месте), но по отношению к названиям этих фактов», признанию их истинными [Брилев, К.И., 2009, с. 15, 229].

В научной литературе сегодня нет логически обоснованного, опирающегося, например, на исследования ученых в сфере философии права, юриспруденции, психологии, социологии толкования термина *субкультура*, а равно – *наркотическая субкультура*. В словаре С.И. Ожегова субкультура определяется как «сфера культуры, существующая внутри господствующей культуры и имеющая собственные ценностные установки»¹. О.М. Глушкова отмечает наличие большого количе-

¹ Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / под ред. Л.И. Скворцова. М. : Мир и Образование, 2016. С. 622.

ства трактовок субкультуры, в которых акцентируется внимание или на специфичности мышления отдельного социального мини-социума, или на негативном отношении к государству, праву и общепринятой морали [Глушкова, О.М., 2009].

Нет единства мнений в толковании и использовании ряда терминов, например *наркотизм* и *наркомания*. Языковые единицы, используемые в процессе межличностной коммуникации наркотической субкультуры, называют либо *арго* (В.М. Мокиенко, Т.М. Никитина), либо *жаргоном* (И.Б. Голуб, А.Г. Ломтев), либо *сленгом* (Н.Ю. Самыкина, М.Е. Серебрякова).

Особую актуальность в настоящее время приобретает самостоятельное научное междисциплинарное направление – *юрислингвистика* (*юридическая лингвистика*), которая формируется в зоне взаимодействия языка и права и имеет прикладное значение, поскольку призвана решать вопросы использования лингвистических, а также смежных социально-гуманитарных теоретических знаний в ходе организации правотворческой и правоприменительной деятельности.

На базе юрислингвистики развивается *лингвокриминология* (О.Е. Осовецкий, В.П. Киржаева и др.), связанная с изучением особенностей языковой понятийной системы в рамках культуры и правового сознания отдельного социума, в частности в области противодействия организованной и латентной по своему характеру наркопреступности.

Одной из задач *лингвокриминалистики* (В.Д. Голев, М.А. Грачев, К.И. Бринев, А.М. Шахнорович и др.) является анализ конспиративного языка отдельной криминальной субкультуры в целях поиска истины: грамотное толкование полученной информации и проведение лингвистической экспертизы, идентификация личности преступника и противоправного деяния, проведение оперативно-розыскных мероприятий и т. п.

Сказанное определило актуальность настоящего проведенного в рамках лингвокриминалистики и лингвокриминологии исследования. Базируясь на основных законах и категориях диалектического метода познания природы, общества и мышления и формальной логики, а также на имеющихся современных отечественных научных исследованиях в области психологии, социологии и права, авторы рассматривают проблемные вопросы наркотической субкультуры с позиции дискурсивно-языкового материала, в частности наименования лиц, занятых в сфере наркобизнеса.

Теоретические основы. Методы

Переход развивающейся в сторону правовой государственности России к рыночным отношениям, изменения в социально-демографической структуре общества, переоценка духовных ценностей неизменно влекут за собой и ряд негативных факторов (отчужденность человека

от общества, агрессивность, девиантность поведения, влияние криминальных структур, корыстная мотивация, деформация правосознания и др.), способствуют в определенной степени образованию, развитию и укреплению позиций асоциально направленных неформальных субкультур (в буквальном переводе с латинского – *подкультура*), в том числе наркотической с ее противоправной, античеловечной философией и идеологией, иерархической структурой, языком (вербальным и невербальным), семантикой и особенностями дискурса.

Индивид, приобщенный к употреблению наркотических или психотропных веществ, подобен герою рассказа И.С. Тургенева «Малиновая вода» – Степушке, жизнь которого напоминает животное существование и проходит бесцельно, совсем «немалиново» в поисках пропитания и крова [Тургенев, И.С., 1982].

Своего рода предостережением нам является роман Ч. Айтматова «Плаха» [Айтматов, Ч., 1987], в котором поднимается одна из важнейших проблем – проблема нравственного выбора, экология души человеческой. Новый Бог – злобный и коварный наркотик, который можно добыть и выгодно продать, – начинает свое победное шествие и приводит к медленной деградации человеческой личности, духовному обеднению и физическому недугу. *Гонцы* (поставщики, мелкие сбытчики анаши) – люди, волею судьбы оказавшиеся на обочине жизни (маргиналы), в том числе и хлебнувшие горя подростки, под предводительством Гришани, идеология которого построена на корысти и алчности – выживает сильнейший в звериной борьбе за жизнь, – сознательно идут на плаху. Следует отметить, что одно из значений слова *плаха* в русском языке – обрубок бревна, на котором в старину отсекали голову казненному, а также помост, на котором совершалась эта казнь².

Таким образом, констатируем, что наркотическая субкультура имеет место в российском обществе. Это на современном этапе развития нашего общества является неоспоримым и доказанным фактом. На уровне названного социума складываются стратифицирующие корпоративно-конспиративные отношения в процессе межличностной коммуникации. Кроме того, следует обратить внимание на оппозиционное негативное отношение самих представителей (наркоманов, наркобизнесменов) к принятым в государстве правовым и культурно-моральным нормам и принципам, которое нашло свою непосредственную реализацию в языке и стало объектом представленной работы.

В процессе противоправного наркобизнеса меняются в сторону отчуждения отношения между людьми, происходит десоциализация личности. Следует согласиться с выводами Л.Е. Моториной и В.М. Сытник о применимости категорий *Я, Ты, Оно* для анализа социального бытия как компонента экзистенциального пространства человека. Исследователи приводят формулу человеческих отношений М. Бубера «Я – Оно»,

² См.: Ожегов С.И. Указ. соч. С. 426.

согласно которой индивид становится «вещью среди вещей» – одним из множества отчужденных друг от друга индивидов. Мир «Оно», который неумолимо расширяется и становится значительно больше социально значимой области «Я», негативен и пассивен по своей сути, на первый план выдвигается не свобода и любовь, а необходимость [Моторина, А.Е. и Сытник, В.М., 2017].

Сказанное самым прямым образом относится к межличностной коммуникации в области наркооборота и возникающим взаимоотношениям между потребителем наркотика и его поставщиком: речевой дискурс построен на основе функциональной мотивационной направленности по типу *продавец* (корыстная мотивация сбыта наркотического средства) – *покупатель* (мотивация психофизиологической необходимости приобретения наркотика). Например, крупного торговца наркотиками именуют *банкиром* и *зверем* (заимствование из аргос), номинанты *бегунок*, *берун*, *goneц* служат обозначением посредника между наркодилером и наркоманом, *Дед Мороз* – продавец героина или синтетического наркотика в виде светлого порошка, *икряной goneц* – сбытчик наркотиков, имеющий при себе довольно большое их количество, *замазанный goneц* – наркокурьер, попавший в поле зрения сотрудников правоохранительных органов, *яма* – место сбыта и хранения краденого, в том числе наркотиков³ [Голощапов, Е.В., 2010].

В недрах криминального мира, представители которого приветствовали распространение и употребление наркотиков в силу того, что они давали возможность лидерам и авторитетам (подобно Гришане из романа Ч. Айтматова) подчинять себе слабых и непокорных, вовлекать их в преступную деятельность и держать в повиновении, рождается наркотическая субкультура со своей агрессивной философией, криминально направленной идеологией, вербальными и невербальными конспиративно опознавательными (подобно «свой» – «чужой») средствами коммуникации. Это, по всей вероятности, послужило основанием для ряда исследователей (К.И. Бринев, М.А. Грачев, В.М. Мокиенко и др.) использовать термин *арго* (*арготизмы*) в качестве обозначения языка наркосубкультуры. На наш взгляд, это не совсем верно с позиции структурно-семантической идентификации – более приемлем с точки зрения современной дифференциации криминального мира термин *жаргон* (*жаргонизмы*) или *наркожаргон* (*наркожаргонизмы*).

Таким образом, базируясь, в частности, на таких методах познания, как социологический и структурно-семантический, можно утверждать, что наркотическая субкультура представляет собой взаимодействие двух субъектов: распространителей наркотиков и их потребителей, среди которых имеются потенциальные «сбытчики» наркотических средств. Г.И. Козырев подчеркивает, что «лишь во взаимодействии с

³ См.: Голощапов Е.В., Голощапова Т.Г. Словарь жаргонных слов и фразеологизмов наркомана. Челябинск : Библиотека Миллера, 2019. С. 8, 9, 17, 25, 71.

другими людьми человек может удовлетворить подавляющее большинство своих потребностей, интересов, ценностей» [Козырев, Г.И., 2005].

Личностные отношения в нарко-мини-социуме в целом предсказуемы, социальные действия (понятие М. Вебера) индивидов имеют характер осознанной целерациональной мотивации: корыстная мотивация наркоторговцев направлена на получение материальной выгоды и, как отмечает М.И. Еникеев, выступает «системообразующим фактором поведения личности», мотивация потребителей наркосредств является побудительно-ориентационной или стереотипизированной [Еникеев, М.И., 2013, с. 47–49, 76].

Идеологию распространителей наркотических средств и психотропных веществ можно рассматривать как квазиидеологию или «теневую идеологию», при которой корыстные интересы наркобизнеса доминируют над общепринятыми моральными принципами на уровне бессознательного *als ob*, «через образы, управления настроениями, эмоциями и страстями, включая ненавязчивые подсказки действий», оказывают экспрессивное воздействие на человеческую личность [Мясникова, Л.А., 2002; Рубцов, А.В., 2018]. Так, в наименованиях крупных торговцев наркотиками *банкир*, *купец*, *зверь* явно прослеживается мотивационный элемент «теневой идеологии» – получение материальной выгоды путем воздействия на болезненное пристрастие отдельных индивидов к наркотикам.

Идеологической «теневой» пропаганде оказываются подверженными не только маргиналы, но и обычные, на первый взгляд, вполне сознательные граждане, которыми движет желание обогатиться без особых усилий, а также подростки в силу своего юношеского максимализма и стремления быть материально независимыми от взрослых – *кладмейстеры* или *кладмены*, *минеры* и *трафаретчики*. Перед нами яркий пример современного стратифицирующего конспиративного языкового наркотворчества. Так, лексема *клад*, служащая в русском языке для обозначения понятия «зарытые, спрятанные где-нибудь ценности»⁴, используется в переносном значении – синоним наркотика в целом; *мейстер*, *ман* – заимствования из немецкого языка, которые толкуются соответственно как «мастер, специалист, знаток» и «мужчина, человек». Названные нарконеологизмы обозначают специалиста (преимущественно мужского пола) или знатока в области сокрытия наркотика (клада, стаффа) в таком месте, где его может найти покупатель.

Слово *минер* синонимично номинантам *кладмейстер* и *кладмен*: *мина* в жаргоне также обозначает спрятанный наркотик. В литературном (нормированном) русском языке *минер* – специалист по минному делу⁵. В наименовании наркотика реализуется этимологическая сема

⁴ Ожегов С.И. Указ. соч. С. 232.

⁵ См. там же. С. 295.

заимствованного в Петровскую эпоху из немецкого языка слова *мина* – подкоп, шахта⁶.

Трафаретчики предлагают наркотики практически открыто – в виде коротких текстов с указанием номера контактного телефона на стенах домов, в подземных переходах и т. п. (своеобразная уличная реклама), где сообщают, что они продают (например, курительные смеси, соль). Лексема образована суффиксальным способом (суффикс со значением лица) от заимствованного из итальянского языка слова трафарет: 1) тонкая пластинка, в которой прорезан рисунок, подлежащий воспроизведению; 2) надпись, сделанная при помощи такой пластинки или из вырезанных букв; 3) *перен.* – нечто избитое, обычный образец, которому следуют слепо, без размышлений⁷.

Необходимо отметить, что указанные слова, кроме лексем *минер*, не имеют эквивалентов (синонимов) в литературном современном русском языке, а равно в профессиональной лексике (например, медиков, криминалистов) и образованы именно в целях конспиративного наименования лица по роду занятий и места в иерархии наркоторговцев [Артемова, Т.В. и др., 2014, с. 166]. Подобную функцию, в частности, выполняют слова *пушер* (мелкий торговец наркотиками) и *панчук* (организатор сбыта наркотических средств), а также номинанты *Магомай*, *Магомед* и *Большой Магомед*, этимологически восходящие к тюркскому языку (формы имени исламского пророка Мухаммеда) и указывающие одновременно на национальность наркоторговца и страну, из которой запрещенное средство вывезено. Имена собственные в данном случае используются в качестве логико-понятийного обобщения.

Для наименования распространителей наркотиков, как показывает наше исследование, заимствования из европейских языков не характерны. Номинативные единицы преимущественно образуются на основе уже имеющихся в русском языке слов: *лекарь* (торговец наркотиками), *баярин* и *отец* (организаторы сбыта наркотиков) – общеславянские по происхождению слова⁸ либо представляют собой семантические заимствования из воровского аргю, являющегося, как указывалось выше, базовой основой для наркожаргона: *смотрящий*, *направляющий*, *разводящий* – участники массового сбыта наркотических средств (в аргю – наименование лиц по роду деятельности в уголовной иерархии), *бабай* – наркоторговец из Средней Азии (в аргю – ростовщик или старик), *барыга* – мелкий наркоторговец (в аргю – скупщик и торговец краденым товаром)⁹.

⁶ См.: Шанский Н.М., Боброва Т.А. Школьный этимологический словарь: Происхождение слов. М. : Дрофа, 2000. С. 187.

⁷ См.: Ожегов С.И. Указ. соч. С. 647.

⁸ См.: Шанский Н.М., Боброва Т.А. Указ. соч. С. 10, 30, 166, 219.

⁹ См.: Дубягина О.П., Смирнов Г.Ф. Современный русский жаргон уголовного мира : словарь-справочник. М. : Юриспруденция, 2001. С. 30, 33, 343.

Таким образом, наименования лиц, которые участвуют в незаконном наркобизнесе, непосредственно отражают их роль, функции и занимаемое положение в иерархии преступной организации. Языковой знак в данном случае с точки зрения логики «характеризуется двойной сигнификацией и обладает как “предметным” значением, так и “знаковым”» [Манаенко, Г.Н., 2018]. Например, с одной стороны, номинанты *матка, отец, пират, лягушка с икрой (икра – название наркотика), барбос, купец, полнокровный купец* служат обозначением сбытчиков наркотиков, а слова *верблюд, контейнеровоз, ходок, нарком* – обозначением поставщиков наркосредств, с другой – это релятивы, «сигналы, которые ориентируют коммуникантов в их консенсуальной области взаимодействия» [Кравченко, А.В., 2016, с. 21].

Изучение наркопреступности, а равно специфики ее детерминант и способов противодействия в плане дедуктивно-индуктивного метода долгое время оставалось прерогативой юристов, социологов и психологов. Так, в работе М.А. Прохоровой представлено комплексное исследование социально-психологических и уголовно-правовых сторон негативного социального явления – наркотизма в ракурсе объективных и субъективных признаков составов преступного деяния, предусмотренных ст. 228–233 УК РФ [Прохорова, М.А., 2002]. Н.А. Сартаева отмечает, что термин «наркотизм» нужно исследовать на стыке права, социологии, психологии, медицины и других наук [Сартаева, Н.А., 2003, с. 120].

Вербальные наркономинанты (слова и фразеологизмы) преимущественно рассматриваются либо в совокупности с криминальным (уголовным) жаргоном (арго), либо с точки зрения их толкования (в ряде случаев происхождения), либо при анализе молодежного жаргона. Так, словарь А.Г. Ломтева¹⁰ ориентирован на правоохранительные структуры в целях практического применения, в связи с чем автор приводит список только наиболее часто используемых единиц, а толкование заменяет путем подбора синонимов. О.И. Щербакова и Е.Т. Бруева, несмотря на то что обосновывают в предисловии к своему словарю важность изучения криминологами и филологами языка наркоманов, рассматривают нарколексемы и наркофразеологизмы наряду с общим жаргоном преступников¹¹.

О.П. Дубягина (психолог и полиграфолог по роду своей деятельности) и Г.Ф. Смирнов указывали на необходимость и актуальность для сегодняшнего времени изучения жаргона уголовного мира, в том числе и наркожаргона. Созданный ими словарь преследует цель «вооружить работников правоохранительных органов знаниями, навыками и уме-

¹⁰ См.: Ломтев А.Г. Корпоративный жаргон лиц, потребляющих наркотики. 2004. URL: <http://www.lesjeunesrussisants.fr/dictionnaires/documents/>

¹¹ См.: Щербакова О.И., Бруева Е.Т. Социально-корпоративная лексика. Словарь жаргона преступников. Минск, 1994. 210 с.

ниями распознавать ухищрения, уловки преступников, применяемые ими при подготовке, совершении и сокрытии преступлений»¹². По сути это – первый словарь, в котором криминальные жаргонизмы разделены по типам преступного деяния, в том числе связанного с незаконным наркооборотом¹³.

М.А. Грачев в исследованиях уделяет внимание современному молодежному жаргону, что, в частности, нашло отражение в его словаре, который содержит немало слов из жаргона наркоманов, о чем свидетельствуют соответствующие стилистические пометы (*нарк.*)¹⁴.

Практическую значимость как для филологов, так и для юристов имеет словарь русского жаргона В.М. Мокиенко и Т.М. Никитиной¹⁵.

В своем словаре («Словарь жаргонных слов и фразеологизмов наркомана») ¹⁶ мы на основе, в частности, таких научных методов познания, как логический, исторический, социологический, структурно-семантический и психологический, попытались, обобщая данные имеющихся лексикографических изданий и используя практический опыт работы одного из авторов, не только дать толкование наркожаргонизмам, но и рассмотреть особенности криминального языкотворчества, отражающие специфику мировосприятия криминогенной по сути личности, особенности мышления и морально-нравственные установки.

Как деструктивный социальный процесс наркотизация расширяет свои территориальные и социальные границы, негативно влияет на физическое и психическое здоровье индивида, его мировоззрение, мотивационное поведение, отношение к окружающим, которое становится агрессивным и общественно опасным. В связи с этим следует обратить внимание на понятийную сущность терминов-паронимов *наркотизм* и *наркомания*. Несомненно, что названные номинанты представляют собой единое терминологическое поле и рассматривать их следует на уровне наркотической субкультуры, однако они различаются по своей понятийной сущности.

Мы разделяем мнение ведущих социологов, психологов и юристов (например, работы М.А. Прохоровой и Н.А. Сартаевой) в отношении определения наркотизма как довольно устойчивого негативного и опасного по причине криминогенной составляющей явления, сущностная понятийная сторона которого – приобщить к немедицинскому (незаконному) потреблению наркотических средств и психотропных веществ, а равно их аналогов и прекурсоров отдельных личностей, осо-

¹² Дубягина О.П., Смирнов Г.Ф. Указ. соч. С. 3.

¹³ См. там же. С. 294–302.

¹⁴ Грачев М.А. Словарь современного молодежного жаргона. М. : Эксмо, 2006. 672 с.

¹⁵ Мокиенко В.М., Никитина Т.М. Большой словарь русского жаргона. СПб. : Норинт, 2001. 717 с.

¹⁶ Голощапов Е.В., Голощапова Т.Г. Указ. соч.

бенно критически настроенных подростков, вовлечь их в преступную деятельность, связанную с нелегальным наркобизнесом.

В отличие от наркотизма как общественного явления (**сравните: материализм, диалектизм, софизм**) наркоманию, а равно и токсикоманию следует рассматривать как заболевание, обусловленное психической и физической зависимостью от наркотических средств и психотропных веществ. Наркозависимый человек вполне способен на преступление ради дозы наркотика.

Требует корректировки и само наименование исследуемой криминальной подкультуры. Прежде всего следует отметить, что в научных работах термин *субкультура* толкуется в обобщенном плане, без отношения к отдельному мини-сообществу. Так, О.М. Глушкова, анализируя теоретические аспекты субкультуры, отмечает, что «субкультура – это система ценностей, установок, моделей поведения, жизненного стиля и так далее какой-либо социальной группы, представляющая собой самостоятельное целостное образование в рамках доминирующей культуры» [Глушкова, О.М., 2009]. В данном определении не учитываются внутренняя структурная организация, коммуникативные связи между членами, в том числе координация деятельности в процессе организации дискурса, мотивационная установка субъектов и язык как опознавательный конспиративный знак.

Наряду с термином *наркотическая субкультура (наркосубкультура)*, который в понятийном плане мы считаем наиболее приемлемым, так как в нем непосредственно отражаются доминантная семантическая сущность социального феномена и его структурная составляющая, в научной среде используются такие, как *наркогенная культура, наркокультура*, которые можно рассматривать в качестве смысловых синонимов. Кроме того, довольно часто используется словосочетание *субкультура наркомана*, акцентирующее внимание на потребителях наркотических средств. В частности, А.А. Алоян дает следующее определение: «Субкультура наркомании – своеобразная культура потребителей наркотиков, трансформированная антисоциальным мышлением система ценностей, с установкой на получение эйфории от употребления наркотиков и обладающая специфической мировоззренческой окраской, что вступает в противоречие с социальными и правовыми нормами, установленными обществом» [Алоян, А.А., 2002]. За пределами понятия в таком случае остаются лица, организующие противозаконный наркобизнес.

Таким образом, при определении термина *наркотическая субкультура (наркосубкультура)*, по нашему мнению, необходимо учитывать следующие структурно-семантические составляющие: 1) наркотическая субкультура, или наркосубкультура, – отдельная неформальная криминальная социальная группа, существующая в рамках государственного макросоциума; 2) структура нарко-мини-социума представляет собой организованную иерархию, члены которой выполняют

определенные роли в процессе организации коммуникативного акта, проявляющегося в отдельном дискурсе как инструменте социального взаимодействия [Крапивкина, О.А., 2017, с. 21–30]; 3) в наркосубкультуре с точки зрения семантической идентификации выделяются на основе мотивационной установки три типа личности: *корыстный* – распространители наркотических средств и психотропных веществ, *наркозависимый* – потребители наркосредств и психотропных веществ и *полимотивационный* – наркозависимые, занимающиеся одновременно торговлей запрещенными средствами [Голощапов, Е.В., 2012, с. 15–16]; 4) использование в наркодискурсе корпоративно-опознавательного жаргона, являющегося в целом символом и атрибутом мини-социума.

Необходимо отметить, что, базируясь на материале имеющихся словарей жаргона (использовался метод сплошной выборки) и проведенном социологическом опросе, мы выявили около 80 номинативных единиц (слов и фразеологизмов), служащих обозначением лица, занятого в наркобизнесе, среди которых в меньшей степени представлен корыстный тип: *шибер* (продавец) и *шибер пухлый* (крупный продавец), *Дед Мороз*, *икряной гонец*, *баярин* (организатор сбыта наркотика), *кладмен*, *минер* (в основном задействованы подростки), *чалый*, *майданник* или *майдайщик* (осужденный, тайно торгующий наркотиками и спиртным) и др. Превалирует полимотивационный тип: *помогала*, *гонец*, *бегун*, *фармацевт* (торговец наркотиками в розницу), *барбос* (занимается сбытом), *затаренный*, *химик*, *аптекарь*, *южанин* (поставщик наркотиков из Средней Азии), *алик* (продавец амфетамина) и др.

Видно, что группа номинантов, служащих обозначением наркобизнесмена, незначительна по сравнению с жаргонами, обозначающими непосредственно наркотики, однако необычна и ярко эмоционально-экспрессивно окрашена, что особенно привлекает подрастающее поколение. М.А. Грачев очень точно подметил в отношении криминализации языка молодежи: «...это не просто речевая забава или игра, которая пройдет с возрастом, а средство выражения мыслей и чувств молодых людей»¹⁷.

Результаты исследования

Осложнение наркоситуации в общероссийском и региональном масштабах, связанное с увеличением противоправных наркодеяний, требует всестороннего исследования криминального феномена наркотической субкультуры в рамках юрислингвистики и ее разделов – лингвокриминалистики и лингвокриминологии, корректировки терминологического поля в целях активизации противодействия наркопреступности и профилактики наркомании, правильной квалификации отдельного уголовно наказуемого преступления или правонарушения в области незаконно-

¹⁷ Грачев М.А. Указ. соч. С. 20.

го (немедицинского) оборота наркотических средств и психотропных веществ. В частности, следует различать семантически близкие, но разные в понятийном плане однокоренные паронимы *наркотизм* и *наркомания*, значение которых формируется на основе морфемной структуры слова.

Результаты проведенного исследования дают возможность сформулировать рабочее (авторское) определение терминологического словосочетания «наркотическая субкультура»: *наркотическая субкультура – криминальный, иерархически организованный языковой мини-социум потребителей и распространителей наркотических средств и психотропных веществ, а также их аналогов и прекурсоров, мотивационная направленность и морально-нравственные установки которых носят антиобщественный характер, противоречат принятым в обществе правовым и моральным нормам.*

Обсуждение и заключение

В работе изложено с позиций лингвистики, юриспруденции, социологии, психологии авторское видение решения связанных с наркотической субкультурой вопросов. Приглашаем теоретиков и практиков разных областей знаний, исследующих проблему незаконного оборота и потребления наркотических средств и психотропных веществ, а также их аналогов и прекурсоров, к активному обсуждению соответствующего круга проблем.

Список использованной литературы

Айтматов Ч. Плаха. М. : Молодая гвардия, 1987. 302 с.

Алоян А.А. Предупреждение распространения субкультуры наркомании в молодежной среде : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. URL: <http://www.dslib.net/kriminal-pravo/preduprezhdenie-rasprostraneniya-subkultury-narkomanii-v-molodezhnoj-srede.html>

Артемова Т.В., Катышев П.А., Оленев С.В., Паули Ю.С., Соколова С.К. Функции жаргона наркоманов и словообразовательные средства их осуществления (на материале социолингвистических опросов и словарей жаргона) // Вестник Кемеровского университета. 2014. Т. 3, № 3. С. 165–169.

Бринев К.И. Теоретическая лингвистика и судебная лингвистическая экспертиза : моногр. / под ред. Н.Д. Голева. Барнаул : АлтГПА, 2009. 252 с.

Глушкова О.М. Теоретические аспекты анализа субкультуры // Архитектон: известия вузов. 2009. № 26. URL: http://book.uraic.ru/project/conf/txt/005/archvuz26_pril/32/template_article-ar%3Dk21-40-k24.htm

- Голощапов Е.В. Вербальные средства коммуникации наркотической субкультуры // Вестник Калининградского юридического института МВД России. 2010. № 1 (19). С. 100–103.
- Голощапов Е.В. Противодействие незаконному обороту наркотических средств и психотропных веществ в местах лишения свободы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2012. 23 с.
- Голуб И.Б. Стилистика русского языка. 4-е изд. М. : Айрис-пресс, 2003. 448 с.
- Грачев М.А. Лингвокриминалистика. Н. Новгород : Нижегород. гос. лингв. ун-т им. Н.А. Добролюбова, 2009. 280 с.
- Еникеев М.И. Юридическая психология: учебник. М. : Норма, 2013. 512 с.
- Кравченко А.В. Эпистемологическая ловушка языка // Вестник Томского государственного университета. Филология. 2016. № 3 (41). С. 14–26.
- Крапивкина О.А. Опыт анализа дискурсивных практик как форм социального взаимодействия (на материале судебных телешоу) // Вестник Томского государственного университета. Филология. 2017. № 14. С. 21–30.
- Криминалистика : учебник / отв. ред. Н.П. Яблоков. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2005. 781 с.
- Криминология : учебник для вузов / под общ. ред. проф. А.И. Долговой. М.: Норма, 2005. 912 с.
- Криминология : учебник / под ред. акад. В.Н. Кудрявцева, проф. В.Э. Эминова. М. : Юристъ, 1997. 512 с.
- Козырев Г.И. Социальное действие, взаимодействие, поведение и социальный контроль // Социологические исследования. 2005. № 8. С. 124–129.
- Ларин Б.А. История русского языка и общее языкознание. М. : Просвещение, 1977. 224 с.
- Леонтьев А.А., Шахнарович А.М., Батов В.И. Речь в криминалистике и судебной психологии. М. : Наука, 1977. 62 с.
- Манаенко Г.Н. Высказывание как исходный языковой знак: когнитивно-дискурсивное обоснование // Вопросы когнитивной лингвистики. 2018. Вып. 1. С. 56–66.
- Моторина Л.Е., Сытник В.М. Фундаментальные отношения человека к миру // Вопросы философии. 2017. № 8. С. 69–80.
- Мясникова Л.А. Экономика постмодерна и отношения собственности // Вопросы философии. 2002. № 7. С. 5–16.
- Осовский О.Е. Становление исторической лингвокриминологии в отечественной лингвистике 1960–1980-х годов // Инноваци-

онные технологии в науке и образовании : материалы III Междуна- р. науч.-практ. конф. (Чебоксары, 23 окт. 2015 г.) / редкол.: О.Н. Широков и др. Чебоксары: ЦНС «Интерактив плюс», 2015. С. 235–237. URL: interactive-plus.ru/e-articles/195/Action195-12854.pdf

Прохорова М.А. Наркотизм: уголовно-правовые и криминологические исследования. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. 287 с.

Рубцов А.В. Превращения идеологии. Понятие идеологического в «предельном» расширении // Вопросы философии. 2018. № 7. С. 18–27.

Самыкина Н.Ю., Серебрякова М.Е. Динамика ценностно-смысловой сферы личности в процессе наркотизации : моногр. Самара : Универс групп, 2007. 148 с.

Сартаева Н.А. Наркотизм: социально-правовой аспект // Государство и право. 2003. № 2. С. 119–124.

Современный русский язык: активные процессы на рубеже XX–XXI вв. / отв. ред. Л.П. Крысин М. : Языки славянской культуры, 2007. 709 с.

Тургенев И.С. Малиновая вода // Собр. соч. М. : Худож. лит., 1982. Т. 1. С. 54–62.

References

Aloyan, A.A., 2002. *Preduprezhdeniye rasprostraneniya subkul'tury narkomanii v molodezhnoy srede* = [Preventing the spread of drug addiction subculture among young people]. Abstract of Cand. Sci. (Law) dissertation. Moscow. Available at: <http://www.dslib.net/kriminal-pravo/preduprezhdenie-rasprostraneniya-subkultury-narkomanii-v-molodezhnoj-srede.html>. (In Russ.)

Artemova, T.V., Katyshev, P.A., Olenov, S.V., Pauli Yu.S. and Sokolova, S.K., 2014. Functions of drug addicts' jargon and word-building means of their implementation (a case study of sociolinguistic questionnaires and jargon dictionaries). *Vestnik Kemerovskogo gosudarstvennogo universiteta* = Bulletin of Kemerovo State University, 3(3), pp. 165–169. (In Russ.)

Aytmatov, Ch., 1987. *Plakha* = [Scaffold]. Moscow: Molodaya gvardiya. (In Russ.)

Brinev, K.I., 2009. *Teoreticheskaya lingvistika i sudebnaya lingvisticheskaya ekspertiza* = [Theoretical linguistics and forensic linguistic expertise]. Monograph. N.D. Golev, ed. Barnaul: AltGPA. (In Russ.)

- Dolgora, A.I., ed., 2005. *Kriminologiya* = [Criminology]. Textbook for universities. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Enikeev, M.I., 2013. *Yuridicheskaya psikhologiya* = [Legal psychology]. Textbook. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Glushkova, O.M., 2009. [Theoretical aspects of the analysis of the subculture]. *Arkhitekton: izvestiya vuzov* = [Architecton: Proceedings of Higher Education], 26. Available at: <http://book.uraic.ru/project/conf/txt/005/archvuz26_pril/32/template_article-ar%3DK21-40-k24.htm>. (In Russ.)
- Goloshchapov, E.V., 2010. Verbal means of communication of drug subculture. *Vestnik Kaliningradskogo yuridicheskogo instituta MVD Rossii* = [Bulletin of the Kaliningrad Law Institute of the Russian Interior Ministry], 1(19), pp. 100–103. (In Russ.)
- Goloshchapov, E.V., 2012. *Protivodeystviye nezakonnomu obrotu narkoticheskikh sredstv i psikhotropnykh veshchestv v mestakh lisheniya svobody* = [Combating illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances in places of detention]. Abstract of Cand. Sci. (Law) dissertation. Ekaterinburg. (In Russ.)
- Golub, I.B., 2003. *Stilistika russkogo yazyka* = [The style of the Russian language]. 4th ed. Moscow: Airis-press. (In Russ.)
- Grachev, M.A., 2009. *Lingvokriminalistika* = [Linguageminority]. Nizhnii Novgorod: Nizhegor. gos. lingv. un-t im. N.A. Dobrolyubova. (In Russ.)
- Kozyrev, G.I., 2005. [Social action, interaction, behavior and social control]. *Sotsiologicheskie issledovaniya* = Sociological Studies, 8, pp. 125–129. (In Russ.)
- Krapivkina, O.A., 2017. Analysis of discourses as forms of social interaction (A case-study of court shows). *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Filologiya* = Tomsk State University Journal of Philology, 14, pp. 21–30. (In Russ.)
- Kravchenko, A.V., 2016. The epistemological trap of language. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Filologiya* = Tomsk State University Journal of Philology, 3(41), pp. 14–26. (In Russ.)
- Krysin, L.P., ed., 2007. *Sovremennyyi russkii yazyk: aktivnye protsessy na rubezhe XX–XXI vv.* = [Modern Russian language: active processes at the turn of XX–XXI centuries]. Moscow: Yazyki slavyanskoi kul'tury. (In Russ.)
- Kudryavtsev, V.N. and Eminov, V.E., eds., 1997. *Kriminologiya* = [Criminology]. Textbook. Moscow: Yurist. (In Russ.)
- Larin, B.A., 1997. *Istoriya russkogo yazyka i obshcheye yazykoznaniye* = [History of Russian linguistics and General linguistics]. Moscow: Prosveshcheniye. (In Russ.)

- Leont'ev, A.A., Shakhnarovich, A.M. and Batov, V.I., 1977. *Rech' v kriminalistike i sudebnoy psikhologii* = [Speech in criminology and forensic psychology]. M.: Nauka. (In Russ.)
- Manayenko, G.N., 2018. Utterance as the initial linguistic sign: cognitive discursive rationale. *Voprosy kognitivnoy lingvistiki* = [Issues of Cognitive Linguistics], 1, pp. 56–66. (In Russ.)
- Motorina, L.E. and Sytnik, V.M., 2017. The Fundamental Attitudes of a Man to the World. *Voprosy Filosofii* = [Philosophical Issue], 8, pp. 69–80. (In Russ.)
- Myasnikova, L.A., 2002. Postmodern Economics and property relations. *Voprosy filosofii* = [Philosophical Issue], 7, pp. 5–16. (In Russ.)
- Osovskii, O.E., 2015. [The development of historical linguistic criminology in domestic linguistics in the 1960–1980]. In: O.N. Shirokov, et al., eds. *Innovatsionnye tekhnologii v nauke i obrazovanii* = [Innovative technologies in science and education]. Proceedings of the III International scientific-practical conference (Cheboksary, 23 Oktober 2015). Available at: <interactive-plus.ru/e-articles/195/Action195-12854.pdf>. (In Russ.)
- Prokhorova, M.L., 2002. *Narkotizm: ugolovno-pravovyye i kriminologicheskiye issledovaniya* = [Drug addiction: criminal law and criminological research]. St. Petersburg: Yurid. centr Press. (In Russ.)
- Rubtsov, A.V., 2018. The transformation of ideology. The concept of the ideological in the “Extreme” expansion. *Voprosy filosofii* = [Philosophical Issue], 7, pp. 18–27. (In Russ.)
- Samykina, N.Yu. and Serebryakova, M.E., 2007. *Dinamika tsennostno-smyslovoi sfery lichnosti v protsesse narkotizatsii* = [Dynamics of value-semantic sphere of personality in the process of anesthesia]. Monograph. Samara: Univers grupp. (In Russ.)
- Sartayeva, N.A., 2003. [Narkotism: Social and legal aspects]. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 2, pp. 119–124. (In Russ.)
- Turgenev, I.S., 1982. Raspberry water. *Sobr. soch.* = [Collected Works]. Volume 1. Moscow: Khudozh. lit., pp. 54–62. (In Russ.)
- Yablokov, N.P., ed., 2005. *Kriminalistika* = [Criminalistics]. Textbook. 3rd ed. Moscow: Yurist. (In Russ.)

Информация об авторах / Information about the authors:

Голощاپов Евгений Владимирович, начальник оперативного управления ГУФСИН России по Челябинской области, полковник внутренней службы (454091, Россия, г. Челябинск, ул. III Интернационала, д. 116), кандидат юридических наук [**Evgenyi V. Goloshchapov**, Chief of Operations of the Main Directorate of Federal Service for Fulfillment of

Punishments of Russia at the Chelyabinsk region, colonel of the internal service (116 III Internationala St., Chelyabinsk, 454091, Russia), Cand. Sci. (Law)]. E-mail: vasilisa5312@rambler.ru

Голощапова Татьяна Геннадьевна, доцент кафедры гуманитарных и социально-экономических дисциплин Уральского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (454084, Россия, г. Челябинск, просп. Победы, д. 160), кандидат филологических наук [**Tatiana G. Goloshchapova**, Associate Professor of Humanities and Socio-Economics Courses Department, Ural Branch, Russian State University of Justice (160 Pobedy Av., Chelyabinsk, 454084, Russia), Cand. Sci. (Philology)]. E-mail: vasilisa5312@rambler.ru

Заявленный вклад авторов:

Голощапов Евгений Владимирович – сбор и анализ теоретического и практического материала по проблеме исследования; толкование терминов и терминологических словосочетаний.

Голощапова Татьяна Геннадьевна – обзор лингвистической литературы; лингвистический анализ практического материала по исследуемой проблеме; обобщение результатов исследования; научное руководство.

Направление осужденных несовершеннолетних в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа: смена парадигмы законодательной конструкции

В.В. Николук*

** ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия
nvv56@mail.ru*

Введение. В статье анализируются установленный действующим законодательством порядок направления несовершеннолетних осужденных в специальные учебно-воспитательные учреждения закрытого типа, материалы судебной практики, обосновывается несовершенство нормативного регулирования, приводящее к низкой эффективности применения данной принудительной меры. Рассматриваются предложения по изменению законодательства в указанной сфере.

Теоретические основы. Методы. С помощью выбранных для исследования методов получены результаты изучения и анализа объекта исследования, его нормативной и теоретической основы. Обращено внимание на двойственный характер правовой природы исследуемой принудительной меры, ее сходство с лишением свободы.

Результаты исследования. Отмечено, что воспитательный потенциал исследуемой меры во многом нивелируется отсутствием правового механизма ее замены в необходимых случаях на назначенное наказание. Указано, что ее применение имеет комплексное регулирование. Описана ее сложная правовая природа, которая на доктринальном и нормативном уровнях четко не определена. Резюмируется, что предстоящие законодательные изменения придадут ей еще большую административно-правовую «окраску». Сделан акцент на организационные барьеры ее реализации. Подчеркнута самобытность данной меры, ее отличие от наказания, близость к мерам административно-правового характера. Обращается внимание на противоречивость законодательства в соответствующей сфере. Сформулированные выводы подтверждены примерами из правоприменительной практики. Предложены изменения процедуры принятия судом необходимых решений.

Обсуждение и заключение. Внесены предложения по оптимизации соответствующего законодательства. Обоснован как оптимальный следующий порядок: при установлении в судебном разбирательстве уголовного дела оснований, предусмотренных ч. 2 ст. 92 Уголовного кодекса Российской Федерации, суд должен прекратить уголовное дело в отношении несовершеннолетнего подсудимого и поместить его в соответствующее учреждение, поскольку в материально-правовом аспекте указанное судебное решение, как и в случае применения принудительных мер воспитательного воздействия на основании ч. 2 ст. 90 Уголовного кодекса Российской Федерации, будет означать освобождение несовершеннолетнего от уголовной ответственности.

Ключевые слова: суд, приговор, наказание, принудительная мера воспитательного воздействия, несовершеннолетний, осужденный, учебно-воспитательное учреждение

Для цитирования: Николюк В.В. Направление осужденных несовершеннолетних в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа: смена парадигмы законодательной конструкции // Правосудие. 2019. Т. 1, № 2. С. 206–224. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.206-224

Direction of Minor Sentenced to Boarding Schools for Juvenile Delinquents: Changing the Paradigm of the Legislative Structure

Vyacheslav V. Nikolyuk*

** Russian State University of Justice, Moscow, Russia*

For correspondence: Nvv56@mail.ru

Introduction. The article analyzes the procedure established by the current legislation for sending minors convicted to boarding schools for juvenile delinquents and emphasizes the imperfection of the regulatory framework and the low effectiveness of this coercive measure. Proposals for changes in legislation in this area are being considered.

Theoretical Basis. Methods. With the help of certain widely-used methods, the author carries out an analysis of the object of study with and its normative and theoretical basis, with certain results. The ambiguous nature of the relevant measure is emphasized, as well as its similarity to imprisonment.

Results. The author notes that the educational potential of the studied measure is largely leveled by the lack of a legal mechanism for replacing it in necessary cases. The complex legal nature of this measure is described, which is not clearly defined on the doctrinal and regulatory levels. Emphasis is placed on the organizational problems of its implementation. The distinctiveness of this measure, its difference from punishment, proximity to measures of an administrative and legal nature, is emphasized as well. Attention is drawn to the inconsistency of legislation in the relevant field. The formulated conclusions are confirmed by examples from law enforcement practice. The author proposes changes to the procedure of making necessary decisions by the court.

Discussion and Conclusion. The author formulates certain suggestions for improving the criminal legislation of Russia and the practice of its application.

Keywords: court, sentence, punishment, coercive measure of educational influence, minor, sentenced, boarding schools for juvenile delinquents

For citation: Nikolyuk, V.V., 2019. Direction of minor sentenced to boarding schools for juvenile delinquents: changing the paradigm of the legislative structure. *Pravosudie = Justice*, 1(2), pp. 206–224. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.2.206-224

Введение

В рамках реализации в России законодательства о защите прав и интересов несовершеннолетних, профилактике безнадзорности и правонарушений в подростковой среде, Концепции развития системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних на период до 2020 года¹, Плана основных мероприятий до 2020 года,

¹ Утверждена распоряжением Правительства Российской Федерации от 22 марта 2017 г. № 520-р.

проводимых в рамках Десятилетия детства², сложились предпосылки к изучению практики применения к малолетним и несовершеннолетним правонарушителям принудительной меры в виде помещения в специальные учебно-воспитательные учреждения закрытого типа (далее – специальные учреждения), их функционирования, подготовке соответствующих предложений по совершенствованию в этой части нормативного регулирования.

Данная мера предусмотрена ст. 15 Федерального закона от 24 июня 1999 г. № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»³ (применяется в отношении несовершеннолетних, совершивших общественно опасные деяния до достижения возраста уголовной ответственности, несовершеннолетних, которые совершили общественно опасные деяния, но не подлежат уголовной ответственности из-за отставания в психическом развитии) и ч. 2 ст. 92 Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ), ч. 2 ст. 432 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (УПК РФ) (применяется в отношении несовершеннолетних, осужденных к лишению свободы за совершение преступлений средней тяжести и тяжких преступлений, освобожденных от наказания).

Помещение несовершеннолетнего осужденного на основании ч. 2 ст. 92 УК РФ в специальные учреждения имеет некоторое сходство с наказанием в виде лишения свободы, хотя условия содержания, методы воспитания, профилактики, исправления осужденных в специальных учреждениях и воспитательных колониях отличаются. При идентичных фактических обстоятельствах совершения преступления и данных о личности виновного, состоянии его здоровья судье приходится выбирать: назначать наказание в виде лишения свободы с отбыванием его осужденным в воспитательной колонии либо с освобождением от наказания в связи с помещением в специальные учреждения или с применением ст. 73 УК РФ.

Как свидетельствует статистика, выбор чаще делается в пользу последнего варианта.

Так, за 2015–2018 гг. в специальные учреждения суды поместили 1474 осужденных (2015 г. – 385; 2016 г. – 402; 2017 г. – 384; 2018 г. – 303), 14 902 несовершеннолетним назначено лишение свободы на определенный срок с отбыванием наказания в воспитательной колонии (2015 г. – 4042; 2016 г. – 3991; 2017 г. – 3600; 2018 г. – 3269). Только за 2017–2018 гг. к лишению свободы условно осуждены 15 250 несовершеннолетних⁴.

² Утвержден распоряжением Правительства Российской Федерации от 6 июля 2018 г. № 1375-р.

³ Собрание законодательства Российской Федерации. 1999. № 26. Ст. 3177.

⁴ Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел по первой инстанции за 2015–2018 гг., форма № 1, раздел 3, строки 3, 10, 16.

Для специальных учреждений характерна низкая наполняемость: в отдельных учреждениях число воспитанников не превышает 10–15 человек. Сеть таких учреждений сократилась с 60 в 2004 г. до 48 в 2018 г.

Предусмотренная ч. 2 ст. 92 УК РФ мера государственного принуждения имеет сложную правовую природу. Ее исследованию посвящены многие научные работы [Пудовочкин, Ю.Е., 2002, с. 100–101; Мамедов, А.И., 2007, с. 33–46; Терентьева, В.А., 2013, с. 284–286; Коблева, М.М., 2015; Марковичева, Е.В., 2017]. По отдельным признакам можно говорить о ней как об уголовно-правовой, поскольку она назначается на основании ч. 2 ст. 92 УК РФ, в соответствии с уголовно-процессуальными правилами, установленными в ч. 2 ст. 432 УПК РФ. Процедура ее исполнения закреплена в административно-правовых актах, преимущественно в Законе «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних». Следовательно, рассматриваемая мера уголовно-правового характера трансформируется в административно-правовую, поскольку реализуется образовательными учреждениями, а «Типовое положение о специальном учебно-воспитательном учреждении для детей и подростков с девиантным поведением» утверждено подзаконным актом – постановлением Правительства Российской Федерации⁵.

25 декабря 2018 г. Верховным Судом Российской Федерации внесен в Государственную Думу Российской Федерации проект закона о дополнении Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации (КАС РФ) главой 31.3 «Производство по административным делам, связанным с пребыванием несовершеннолетнего в специальном учебно-воспитательном учреждении закрытого типа», в которой следует предусмотреть, что вопросы, связанные с пребыванием несовершеннолетнего осужденного в специальном учреждении (досрочное прекращение, продление, восстановление срока пребывания, перевод в другое учреждение), разрешаются в порядке административного судопроизводства. Одновременно предлагается исключить из УК РФ ч. 3 и 4 ст. 92, а из УПК РФ ч. 3–8 ст. 432⁶.

Таким образом, контроль за исполнением приговора в части назначения указанной меры уголовно-правового воздействия (таковой ее приходится считать по нормативному источнику закрепления – в УК РФ) переносится из сферы уголовной в административную, что объективно ставит вопрос об обоснованности сохранения ее смешанной

⁵ Постановление Правительства Российской Федерации от 25 апреля 1995 г. № 420 (в ред. от 10.03.09) // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 18. Ст. 168.

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2018 г. № 53 «О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта федерального закона “О внесении изменений в статью 432 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации”».

правовой природы. На двойственный характер правовой природы помещения несовершеннолетнего в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа указывается в юридической науке [Терентьева, В.А., 2008, с. 8, 11; Прокументов, А.М., 2015, с. 112; Репьев, А.Г., 2016, с. 68–69].

Зарубежные ученые также отмечают особую роль специальных воспитательных учреждений для несовершеннолетних правонарушителей [Shoemaker, D.J., 1996]. Но при этом нередко акцентируют внимание не на правовых и организационных вопросах, а на проблемах дальнейшей криминализации находящихся там несовершеннолетних [Reidy, T.J., Sorensen, J.R. and Cihan, A., 2018].

Теоретические основы. Методы

Объектом исследования является система общественных отношений, урегулированная нормами уголовного, уголовно-процессуального и иного законодательства, а также принятыми на его основе подзаконными нормативными актами, возникающая в связи с направлением несовершеннолетних осужденных в специальные учреждения.

В качестве методологической основы исследования анонсированных проблем использован системный подход, принципы объективизма и историзма. Основания и порядок направления несовершеннолетних осужденных в специальные учреждения, складывающаяся в этой сфере правоприменительная практика исследованы с использованием всеобщего диалектического метода, общенаучных и частнонаучных методов познания объективной действительности: структурно-функционального, статистического, социологических и формально-логических).

В рамках статьи освещены основные подходы к определению правовой природы помещения несовершеннолетнего осужденного в специальное учреждение; основания, порядок применения и исполнения данной принудительной меры, ее соотношение с уголовным наказанием в виде лишения свободы. На основе имеющихся данных официальной статистики о преступности несовершеннолетних, количестве соответствующих учреждений и их наполняемости (специальных учреждений и воспитательных колоний), а также результатов анализа действующего законодательства, правовых позиций Верховного Суда Российской Федерации, судебной практики выявлены проблемы законодательной регламентации и правоприменительной деятельности в указанной сфере. Сформулированы конкретные предложения по оптимизации нормативного регулирования и повышению эффективности правоприменения.

Результаты исследования

Применение ч. 2 ст. 92 УК РФ является безусловным, назначенное приговором лишение свободы не влечет для осужденного никаких юриди-

ческих последствий (оно забывается). В связи с этим предполагается, что воспитательный потенциал данной меры принуждения отчасти нивелируется отсутствием правового механизма ее замены на назначенное наказание в случаях систематического нарушения несовершеннолетним правил пребывания в специальном учреждении либо его самовольного ухода.

Подобная законодательная конструкция помещения в специальное учреждение, исключающая возобновление уголовно-правовых отношений по поводу назначенной в соответствии с ч. 2 ст. 92 УК РФ меры принуждения после вступления приговора в законную силу при любых условиях, дает основания воспринимать ее как межотраслевой институт с уголовно-правовой и административно-правовой составляющими. Если учитывать прописанную в ч. 2–8 ст. 432 УПК РФ процедуру принятия судом решения о помещении осужденного несовершеннолетнего в специальное учреждение, порядок судебного контроля за его исполнением, то исследуемая мера государственного принуждения также включает уголовно-процессуальный компонент. Признание утратившими силу ч. 3–8 ст. 432 УПК РФ в результате принятия законопроекта, внесенного Верховным Судом России, существенно его сократит, но он останется.

В итоге попытка авторов законопроекта избежать «двойного» правового регулирования помещения несовершеннолетних осужденных в специальное учреждение и реализации этой меры принуждения, на что сделан акцент в Пояснительной записке к проекту Федерального закона «О внесении изменений в статью 92 УК РФ и статью 432 УПК РФ в связи с принятием Федерального закона “О внесении изменений в КАС РФ и Федеральный закон “Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних”», даст другой результат: сохранится «тройное» правовое регулирование со следующей межотраслевой дифференциацией: сама возможность и основания помещения несовершеннолетних, осужденных к лишению свободы за совершение преступлений средней тяжести и тяжких преступлений, предусматриваются уголовным законом (ч. 2 ст. 92 УК РФ); порядок принятия судебного решения устанавливается уголовно-процессуальным законом (ч. 2 ст. 432 УПК РФ); вопросы, связанные с пребыванием несовершеннолетнего осужденного в специальном учреждении (досрочное прекращение, продление, восстановление срока пребывания, перевод в другое учреждение), будут регламентироваться КАС РФ. Однако следует согласиться с тем, что на стадии исполнения судебного акта о помещении несовершеннолетнего в специальное учреждение уже не потребуются «подключения» норм уголовного материального и процессуального права.

Итак, применение к несовершеннолетнему осужденному в качестве альтернативной лишению свободы меры принуждения в виде помещения его в специальное учреждение регулируется уголовным, уголовно-процессуальным и административным законодательством. Она имеет

сложную правовую природу, которая на доктринальном и нормативном уровнях четко не определена. Грядущие изменения нормативной основы рассматриваемой принудительной меры придадут ей еще большую административно-правовую «окраску».

Принципиально важно, что помещение несовершеннолетних осужденных в специальное учреждение встречает ряд организационных барьеров. В половине субъектов Российской Федерации таких учреждений нет. Это объективно в определенной степени сдерживает применение ч. 2 ст. 92 УК РФ. По мнению А.А. Павловой, возможность помещения несовершеннолетнего в специальное учреждение «поставлена в зависимость от количества этих учреждений, а следовательно, «парализована» в связи с их ограниченностью» [Павлова, А.А., 2014, с. 79]. Однако ни о какой «парализации» в практике применения ч. 2 ст. 92 УК РФ не может быть и речи. Достаточно отметить, что в настоящее время несовершеннолетних осужденных обучается (содержится) в специальных учреждениях почти в 2 раза больше, чем в воспитательных колониях (соответственно 2,1 тыс. и 1,3 тыс.)⁷.

Кроме того, необходимость создания специальных учреждений в каждом административно-территориальном регионе, как считает большинство исследователей данной меры принуждения [Шестакова, Л.А., 2016, с. 164; Репьев, А.Г., 2016, с. 70; Никифорова, Ю.В., 2014, с. 14], не столь очевидна, если принимать во внимание, что во многих из них расследуется и направляется в суды сравнительно небольшое число уголовных дел о преступлениях несовершеннолетних.

*Например, в 2018 г. в 8 регионах органами расследования в суды направлено менее 50 уголовных дел о преступлениях всех категорий, совершенных несовершеннолетними, в 11 субъектах Федерации – от 50 до 100, в 26 субъектах Федерации – от 100 до 200 уголовных дел*⁸, в связи с чем вновь образованные специальные учреждения элементарно нечем будет заполнить.

Так, в созданную в Республике Саха (Якутия) специальную общеобразовательную школу закрытого типа для детей с девиантным поведением в отдельные годы помещалось от 4 до 7 несовершеннолетних [Павлова, А.А., 2014, с. 79]. Впоследствии данное учреждение было упразднено.

*В 29 специальных учреждениях регионального подчинения с расчетным числом мест 2061 в 2017 г. фактически обучались 1020 воспитанников (заполняемость 49,5 процента)*⁹.

⁷ <http://фсин.пф/воспитательные-колонии/воспитательные-колонии.php>

⁸ Отчет 2-ЕГС. Книга 3, листы 2087–2092.

⁹ Рекомендации круглого стола на тему «Актуальные вопросы совершенствования законодательства Российской Федерации, регламентирующего деятельность специальных учебно-воспитательных учреждений для обучающихся с девиантным поведением»: утв. Комитетом Государственной Думы по вопросам семьи, женщин и детей 25 июля 2018 г. (протокол № 3.6-5/74).

Действующим законодательством предусмотрено помещение (содержание) в специальные учреждения сразу трех категорий лиц, серьезно отличающихся между собой возрастом (от 11 до 18 лет), общественной опасностью, уровнем психического развития и интеллекта. Объединяет их факт совершения общественно опасного деяния и нуждаемость в особом (избирательном) психолого-педагогическом и воспитательном воздействии (требующих, по терминологии закона, специального педагогического подхода). «Помещение в одно учебное заведение закрытого типа несовершеннолетних с большой разницей в возрасте (от 11 до 18 лет), – отмечают И.С. Кара и С.В. Кара, – вряд ли благоприятствует проведению успешной исправительно-воспитательной работы. Вероятно, возникают дополнительные трудности по формированию сплоченного коллектива из детей и подростков со столь большой разницей в возрасте, при отсутствии традиций заботливой опеки старших воспитанников над младшими» [Кара, И.С. и Кара, С.В., 2015].

По мнению В.А. Терентьевой, целесообразно создание отдельных учреждений для лиц, находящихся в социально опасном положении и совершивших запрещенные уголовным законом общественно опасные деяния до достижения возраста уголовной ответственности [Терентьева, В.А., 2013, с. 287].

Немаловажный фактор, влияющий на выбор именно данной меры воздействия на указанных лиц, – создание в учреждении условий для получения воспитанниками начального общего и основного образования, начального профессионального образования, трудовых навыков, психологической, медицинской и педагогической коррекции недостатков в их физическом и психическом развитии.

Режим в специальном учреждении обеспечивает изоляцию воспитанников от общества, объем и характер ограничений, запретов приближаются к тем, которые установлены в воспитательных колониях. В этом проявляется сходство анализируемой принудительной меры с наказанием в виде лишения свободы, что дает основания ряду исследователей считать ее специальным видом лишения свободы для несовершеннолетних [Есаков, Г.А., и др., 2012, с. 111]. Однако определенный набор ограничений в местах содержания под стражей в равной степени распространяется и на осужденных к наказанию в виде лишения свободы, и на лиц, подвергнутых административному аресту. От этого арест как мера административного наказания (ст. 3.9 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (КоАП РФ) не перестает быть таковым.

Кроме того, как отмечает А.Г. Репьев, «соизмерение карательной и педагогической составляющих в период нахождения подростка в специальном учреждении закрытого типа позволяет прийти к выводу о преимущественном характере второй» [Репьев, А.Г., 2016, с. 69].

Отождествление помещения в специальное учреждение с наказанием в виде лишения свободы нелогично также и по другим причинам.

В такие учреждения направляются не только лица, совершившие уголовные преступления по достижении возраста уголовной ответственности, но и несовершеннолетние, которые не могут быть признаны субъектами уголовной ответственности. Очевидно, что к ним *в принципе не может применяться уголовное наказание*.

Порядок содержания, обучения и воспитания детей и подростков в специальных учреждениях придает этой мере принудительного воздействия самобытность, отличает ее от наказания в виде лишения свободы, приближает к мерам административно-правового характера, поскольку специальные учреждения создаются не только федеральными органами, но и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации.

Надлежит обратить особое внимание на противоречивость установленного ч. 2 ст. 92 УК РФ алгоритма помещения несовершеннолетних в специальные учреждения. Он предполагает следующий порядок действий судьи при доказанности вины подсудимого в совершении преступления: постановление обвинительного приговора с назначением наказания в виде лишения свободы; принятие решения об освобождении несовершеннолетнего осужденного от наказания; направление его в специальное учреждение. В юридической литературе некоторыми авторами неточно толкуются нормативные предписания, определяющие порядок применения ч. 2 ст. 92 УК РФ. Так, В.А. Терентьева пришла к выводу, что указанная принудительная мера назначается в два этапа: вынесение обвинительного приговора и вынесение постановления об освобождении несовершеннолетнего от уголовного наказания с помещением в специальное учреждение [Терентьева, В.А., 2013, с. 286]. Противоречие здесь проявляется в том, что, опираясь на одни и те же установленные в ходе судебного разбирательства обстоятельства, относящиеся к совершенному преступлению и личности виновного, суд вынужден мотивировать два противоположных вывода – о необходимости лишения свободы несовершеннолетнего на конкретный срок и освобождении его от наказания в виде лишения свободы с помещением в специальное учреждение. Фактически суд в рассматриваемой ситуации вынужден назначать наказание, заведомо зная, что оно в принципе не будет реализовываться. Обращая внимание на то, что исполнение предусмотренной ч. 2 ст. 92 УК РФ меры происходит вне уголовно-исполнительных отношений, О.В. Воронин рассматривает ее как безусловную форму освобождения от отбывания наказания [Воронин, О.В., 2013, с. 69]. Это в какой-то степени подрывает авторитет судебного приговора. Отсутствие возможности замены анализируемой меры принуждения наказанием в связи с негативным поведением несовершеннолетнего, помещенного в специальное учреждение, отдельные исследователи считают недостатком уголовно-правовой конструкции механизма применения ч. 2 ст. 92 УК РФ [Терентьева, В.А., 2013, с. 285; Марковичева, Е.В., 2017, с. 155; Качалов, В.И., 2017, с. 30–33]. Ключе-

вой вопрос о назначении наказания из числа тех, которые решаются в обвинительном приговоре, в данном случае становится символическим, ритуальным. Напротив, на первый план выдвигается формулирование вывода о помещении несовершеннолетнего осужденного в специальное учреждение. Как отмечает В.В. Агильдин, данная категория лиц, нуждающихся в особых условиях воспитания, обучения и требующих специального педагогического подхода, не нуждается в применении наказания [Агильдин, В.В., 2017, с. 34].

Анализ судебных приговоров по уголовным делам о помещении несовершеннолетнего осужденного в специальное учреждение подтверждает наши наблюдения.

Например, в описательно-мотивировочной части приговора Бондаревского районного суда Тамбовской области от 2 сентября 2015 г., постановленном по результатам рассмотрения уголовного дела по обвинению несовершеннолетнего И. в совершении преступления, предусмотренного п. «а» ч. 3 ст. 158 УК РФ, приведены достаточно убедительные данные о том, что подсудимый нуждается в особых условиях воспитания, обучения и специальном педагогическом подходе, и в совокупности с другими установленными по делу обстоятельствами сделан вывод о возможности на основании ч. 2 ст. 92 УК РФ освободить И. от наказания. Последовавшее затем назначение наказания в виде лишения свободы сроком на 1 год 6 месяцев воспринимается как не вытекающее из обстоятельств, относящихся к совершенному преступлению и личности виновного, которыми располагал суд (дело № 1-14/2015 г.).

По такой же «схеме» действовал Заводской районный суд г. Кемерово, рассматривая уголовное дело в отношении несовершеннолетнего В., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного п. «а» ч. 3 ст. 158 УК РФ. Суд признал его виновным в преступлении и принял решения назначить наказание в виде 2 лет лишения свободы, освободить от назначенного наказания и поместить подсудимого в специальное учреждение. Данные решения мотивированы в приговоре следующим образом. На основании исследованных в судебном заседании материалов суд пришел к выводам о том, что достижение целей наказания возможно только при назначении В. лишения свободы. Вместе с тем подсудимый нуждается в особых условиях воспитания, обучения и требует специального педагогического подхода, поскольку общеобразовательную школу В. не посещает, родители и учителя влияния на подростка не имеют. Согласно медицинскому заключению у В. отсутствуют заболевания, препятствующие его помещению в специальное учреждение. При таких обстоятельствах, как указано в описательно-мотивировочной части приговора, суд полагает необходимым освободить В. от назначенного наказания в виде лишения свободы и поместить в специальное учреждение (дело № 1-205/2013 г.).

Из приговора Заводского районного суда г. Кемерово с очевидностью следует, что суд на основе исследованных в судебном заседании материалов мотивировал принятие принципиально разных решений,

предполагающих, с одной стороны, лишение свободы подсудимого, с другой – его помещение в специальное учреждение с освобождением от назначенного наказания.

Немаловажно, что назначение наказания в виде лишения свободы как обязательное условие применения ч. 2 ст. 92 УК РФ автоматически исключает из круга лиц, которые могут помещаться в специальное учреждение, несовершеннолетних, совершивших впервые преступления средней тяжести в возрасте до 16 лет. Последним в силу предписаний ч. 6 ст. 88 УК РФ наказание в виде лишения свободы не назначается.

На практике отдельные суды, считая, по всей видимости, указанный барьер искусственным, преодолевают его путем прямого нарушения уголовного закона – помещают в специальное учреждение несовершеннолетних, осужденных к наказаниям, не связанным с лишением свободы.

Так, Фрунзенский районный суд г. Иваново 20 мая 2016 г. вынес обвинительный приговор в отношении несовершеннолетнего К., признанного виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 58 УК РФ. В качестве наказания К. назначены обязательные работы сроком на 120 часов. На основании ч. 2 ст. 92 УК РФ К. от назначенного наказания освобожден с помещением в специальное учреждение до достижения им возраста восемнадцати лет. Судом в приговоре также отражены решения: об отмене меры пресечения в виде домашнего ареста; о помещении К. в Центр временного содержания для несовершеннолетних правонарушителей УМВД России по Ивановской области сроком до 30 суток до направления в специальное учреждение (дело № 1-104/2016 г.).

Приговором Ломоносовского районного суда Ленинградской области от 16 декабря 2016 г. несовершеннолетний О. признан виновным в совершении преступления, предусмотренного п. «а» ч. 2 ст. 158 УК РФ, назначено наказание в виде исправительных работ сроком на 1 год с удержанием 10 процентов заработной платы в доход государства. Одновременно суд пришел к выводу о нецелесообразности оставления О. в тех условиях, в которых он находился на момент совершения преступления (его семейно-бытовое окружение не обеспечивает нормальное развитие подростка, получение им образования и выживание, большую часть времени он проводит в компании сверстников, склонных к совершению правонарушений, употребляет спиртные напитки и наркотические вещества), к нему следует применить особые меры воспитания, обучения, педагогического воздействия, для чего поместить в специальное учреждение. Принимая решение освободить О. от исправительных работ и поместить его в специальное учреждение вопреки требованиям ч. 2 ст. 92 УК РФ, связывающим применение данной принудительной меры только со случаями назначения наказания в виде лишения свободы, суд в приговоре также указал на помещение О. до вступления приговора в законную силу в Центр временного содержания несовершеннолетних правонарушителей ГУ МВД России по г. Санкт-Петербургу и Ленинградской области (дело № 1-177/2016 г.).

В указанных уголовных делах суд, отступая от требований ч. 2 ст. 92 УК РФ, в соответствии с которыми в специальное учреждение помещаются только несовершеннолетние осужденные, освобожденные от наказания в виде лишения свободы, никак не мотивировал в приговоре свое решение.

В судебной практике также имеют место случаи, когда в специальное учреждение помещаются несовершеннолетние осужденные, освобожденные от наказания в виде лишения свободы, назначенного условно, что не предусмотрено ч. 2 ст. 92 УК РФ.

Приговором Советского районного суда г. Казани Республики Татарстан от 21 декабря 2017 г. С. осужден по ч. 2 ст. 166 УК РФ к одному году лишения свободы с применением ст. 73 УК РФ. Ему установлен испытательный срок продолжительностью 2 года, возложены обязанности в течение испытательного срока не менять постоянного места жительства и учебы без уведомления уголовно-исполнительной инспекции, регулярно являться на регистрацию в указанный орган. На основании ч. 2 ст. 92 УК РФ С. освобожден от наказания с помещением в специальное учреждение сроком на 2 года. Обосновывая указанное решение, суд привел в приговоре следующие установленные в судебном заседании обстоятельства: подсудимый полностью вышел из-под контроля родителей и педагогов; употребляет спирто-содержащие напитки; в отношении него дважды выносились постановления об отказе в возбуждении уголовного дела в связи с недостижением им возраста, с которого наступает уголовная ответственность; родители С. неоднократно привлекались к административной ответственности по ч. 1 ст. 5.35 КоАП РФ («Неисполнение родителями обязанностей по содержанию, воспитанию, обучению, защите прав и интересов несовершеннолетних»). С учетом перечисленных обстоятельств суд пришел к выводу о том, что оставление несовершеннолетнего подсудимого С. в той же среде при полной бесконтрольности его поведения со стороны родителей не отвечает интересам общества, самого ребенка, который нуждается в особых условиях воспитания и обучения, требует специального педагогического подхода (дело 1-673-2017).

Обстоятельства данного дела не давали суду оснований для принятия противоположных по сути решений – назначения подсудимому наказания в виде лишения свободы условно, т. е. оставления его в прежней неблагоприятной среде, и помещения подсудимого в специальное учреждение, предполагающего изолирование подростка от этой среды с применением к нему особых методов воспитания и обучения.

С учетом изложенного представляется целесообразным изменить процедуру принятия судом решения о помещении несовершеннолетнего, совершившего преступление, в специальное учреждение. Применение данной меры принудительного воздействия, по своей сути имеющей в большей степени административно-правовую природу, в настоящее время предваряют одномоментное постановление обвинительного приговора, назначение несовершеннолетнему наказания и

освобождение от него. С учетом вывода суда о возможности исправления несовершеннолетнего в особых условиях воспитания, обучения и режима содержания, характерных для специального учреждения, действия суда, связанные с назначением и освобождением от наказания, утрачивают смысл, превращаются в формальность.

Нередко судами в приговоре при принятии решения о помещении несовершеннолетнего подсудимого в специальное учреждение недвусмысленно указывается, что «данная мера воспитательного воздействия окажет больше положительного эффекта на несовершеннолетнего, нежели любое уголовное наказание» (приговор Ново-Савинского районного суда г. Казани Республики Татарстан от 23 марта 2016 г. по делу № 1-124; приговор Ново-Савинского районного суда г. Казани Республики Татарстан от 14 сентября 2017 г. по делу № 1-323).

Оптимальным видится следующий порядок помещения несовершеннолетнего в специальное учреждение: при установлении в ходе судебного разбирательства уголовного дела оснований, предусмотренных ч. 2 ст. 92 УК РФ, суд прекращает уголовное дело в отношении несовершеннолетнего подсудимого и помещает его в специальное учреждение. В материально-правовом аспекте указанное судебное решение, как и в случае применения принудительных мер воспитательного воздействия на основании ч. 2 ст. 90 УК РФ, будет означать освобождение несовершеннолетнего от уголовной ответственности. В процессуальном плане наше предложение не стоит воспринимать настороженно как некое *know how*, ибо аналогичный порядок предусмотрен ст. 431 УПК РФ и апробирован в течение многих лет.

Обсуждение и заключение

Проведенный в статье анализ нормативного регулирования и практики помещения в специальное учреждение несовершеннолетних, совершивших средней тяжести и тяжкие преступления, с очевидностью показывает нахождение данной принудительной меры воздействия в определенном проблемном поле. Выход из него предполагает комплекс мер по корректировке законов, решение организационных вопросов, в основе которых должны лежать следующие, по нашему мнению, подходы к интерпретации накопленного в этой области нормативного и правоприменительного материала.

1. Действующее законодательство регламентирует направление и нахождение в специальном учреждении трех категорий лиц, серьезно отличающихся между собой возрастом (от 11 до 18 лет), общественной опасностью, уровнем психического развития и интеллекта. Данной мере государственного принуждения отводится роль универсального инструмента предупреждения совершения подростками повторных преступлений и административных правонарушений. В ней превалирует административно-правовая составляющая. Она реализуется ор-

ганами управления образованием в рамках процедуры, закрепленной в административно-правовых актах, преимущественно в Законе «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних». Инициированные Верховным Судом Российской Федерации изменения в УК РФ, УПК РФ, КАС РФ, Закон «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних», касающиеся помещения несовершеннолетних в специальные учреждения, увеличат в ней административно-правовой сегмент. Именно в этом векторе имеются перспективы дальнейшего совершенствования механизма помещения несовершеннолетних в специальные учреждения.

2. Предусмотренная ч. 2 ст. 92 УК РФ принудительная мера воздействия на несовершеннолетних, осужденных за совершение тяжкого или средней тяжести преступления, может лишь формально рассматриваться в системе координат законодательства уголовно-правового блока. Несмотря на частичное сходство с наказанием в виде лишения свободы (по характеру ограничений, запретов), она не имеет полноценной уголовно-правовой природы, поскольку ее исполнение выведено (выводится) из сферы уголовно-правового, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного регулирования. Органы и учреждения ФСИН России устранены от реализации судебных приговоров, на основании которых осужденные несовершеннолетние помещаются в специальное учреждение. Последнее однозначно не может считаться пенитенциарной мерой.

3. Помещение несовершеннолетних осужденных в специальное учреждение сдерживается на практике рядом подлежащих устранению причин: невозможностью применения к подросткам за совершение преступления небольшой тяжести; усложненным порядком, предусматривающим предварительное вынесение обвинительного приговора с назначением наказания в виде лишения свободы; отсутствием более чем в половине российских регионов таких учреждений.

4. Постановка вопроса о придании анализируемому правовому феномену условного характера с сохранением возможности «возврата к назначенному наказанию» в зависимости от поведения помещенного в специальное учреждение несовершеннолетнего некорректна, не учитывает реальное ограничительное содержание указанной меры, относительно сравнимой с соответствующим уголовным (лишение свободы) и административным (арест) наказанием. Режим в специальном учреждении направлен на создание условий для эффективного педагогического воздействия на воспитанников учреждения и в равной степени призван исключить совершение ими новых преступлений и административных правонарушений. Этим объясняется введение для них ряда ограничений, основное из которых – изоляция от общества. Недопустимо дважды лишать свободы подростка за одно и то же совершен-

ное им противоправное деяние: это противоречит общим принципам юридической ответственности (*Non bis in idem*).

5. К созданию в каждом субъекте Российской Федерации «местных» специальных учреждений нет объективных предпосылок. В половине регионов Российской Федерации судами рассматривается сравнительно небольшое количество уголовных дел о преступлениях несовершеннолетних. Во вновь образованных специальных учреждениях (подобные учреждения создаются при наличии не менее 25 воспитанников) неизбежно возникнут проблемы с их наполняемостью. Направление в специальное учреждение несовершеннолетних, требующих специального педагогического подхода и постоянного контроля, надлежит осуществлять, по общему правилу, в пределах территории субъекта Российской Федерации, в котором они проживали или где в отношении них рассматривалось судом уголовное дело. Если в данном субъекте Федерации такого учреждения нет, указанные лица помещаются в специальное учреждение ближайшего субъекта Федерации. Этот принцип фактически действует в отношении несовершеннолетних, осужденных к реальным срокам лишения свободы, поскольку в настоящее время в России функционируют 23 воспитательные колонии.

Список использованной литературы

- Агильдин В.В. Помещение в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа как принудительная мера воспитательного воздействия // Российский следователь. 2017. № 15. С. 33–37.
- Воронин О.В. О некоторых видах принудительной изоляции от общества, известных российскому законодательству // Уголовная юстиция. 2013. № 2 (2). С. 68–71.
- Есаков Г.А., Понятовская Т.Г., Рарог А.И. и др. Уголовно-правовое воздействие : моногр. / под. ред. А.И. Рарога. М. : Проспект, 2012. 311 с.
- Кара И.С., Кара С.В. Некоторые вопросы повышения эффективности деятельности специальных учебно-воспитательных учреждений закрытого типа // Вестник Брянского государственного университета. 2015. № 3. С. 164–168.
- Качалов В.И. Производство по исполнению итоговых судебных решений в российском уголовном процессе : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2017.
- Коблева М.М. Помещение несовершеннолетнего в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа как мера уголовно-правового характера : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015.

Мамедов А.И. Помещение несовершеннолетнего в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа : моногр. Омск : Омск. акад. МВД России, 2007. 136 с.

Марковичева Е.В. Направление несовершеннолетнего в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа: проблемы законодательной регламентации // Обеспечение прав и законных интересов граждан в деятельности органов предварительного расследования : сб. ст. / редкол. А.В. Булыжкин и др. Орел : ОрЮИ МВД России им. В.В. Лукьянова, 2017. С. 153–156.

Никифорова Ю.В. Специальные учебно-воспитательные учреждения закрытого типа как мера уголовно-правового воздействия // Вестник Академии экономической безопасности МВД России. 2014. № 4. С. 12–14.

Павлова А.А. О помещении несовершеннолетнего, освобожденного от наказания, в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа органа управления образованием // Альманах современной науки и образования. 2014. № 1 (80). С. 77–80.

Прозументов Л.М. Уголовная ответственность несовершеннолетних по законодательству Российской Федерации : моногр. Томск, 2015. 176 с.

Пудовочкин Ю.Е. Ответственность несовершеннолетних в уголовном праве: история и современность : моногр. Ставрополь : Изд-во СГУ, 2002. 293 с.

Reidy T.J., Sorensen J.R., Cihan A. Institutional misconduct among juvenile offenders serving a blended sentence // Journal of Criminal Justice. 2018. Vol. 57. P. 99–105. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2018.05.003>.

Репьев А.Г. Правовые запреты и ограничения в отношении несовершеннолетних, помещаемых в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа: от теории к практике // Алтайский юридический вестник. 2016. № 2 (14). С. 67–71.

Терентьева В.А. Правовая природа помещения несовершеннолетнего в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа // Вестник Кемеровского государственного университета. 2013. № 3 (55). Т. 1. С. 284–287.

Терентьева В.А. Предупреждение рецидивной преступности несовершеннолетних специальными учебно-воспитательными учреждениями закрытого типа : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2008.

Шестакова Л.А. Реализация концепции ювенальной юстиции в производстве по делам несовершеннолетних в Российской Федерации. М., 2016. 280 с.

Shoemaker D.J. International Handbook on Juvenile Justice. Westport, CT : Greenwood Publishing Group, 1996. 327 p.

References

- Agildin, V.V., 2017. Placement in a special educational institution of closed type as a coercive measure of educational influence. *Rossijskij sledovatel'* = [Russian Investigator], 15, pp. 33–37. (In Russ.)
- Esakov, G.A., Ponyatovskaya, T.G., Rarog, A.I., et al., 2012. *Ugolovno-pravovoe vozdeistvie* = [Criminal Influence]. A.I. Rarog, ed. Moscow: Prospect. (In Russ.)
- Kachalov, V.I., 2017. *Proizvodstvo po ispolneniyu itogovykh sudebnykh resheniy v rossiyskom ugolovnom protsesse* = [Production on execution of final judgments in the Russian criminal process]. Dr. Sci. (Law) Thesis. Moscow. (In Russ.)
- Kara, I.S. and Kara, S.V., 2015. Some questions of increase of efficiency of activity of special educational institutions of the closed type. *Vestnik Bryanskogo gosudarstvennogo universiteta* = [Bulletin of the Bryansk State University], 3, pp. 164–168. (In Russ.)
- Kobleva, M.M., 2015. *Pomeshchenie nesovershennoletnego v spetsial'noe uchebno-vospitatel'noe uchrezhdenie zakrytogo tipa kak mera ugolovno-pravovogo kharaktera* = [Placement of a minor in a special educational institution of closed type as a measure of criminal law]. Abstract of Dr. Sci. (Law) dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Mamedov, A.I., 2007. *Pomeshchenie nesovershennoletnego v special'noe uchebno-vospitatel'noe uchrezhdenie zakrytogo tipa* = [Placement of a minor in a special educational institution of closed type]. Omsk: Omsk. Acad. MVD Rossii. (In Russ.)
- Markovicheva, E.V., 2017. Placement of minors in special teaching and educational institution of the closed type: the problems of legal regulation. *Obespechenie prav i zakonnykh interesov grazhdan v deyatel'nosti organov predvaritel'nogo rassledovaniya* = [Ensuring the rights and legitimate interests of citizens of activity of bodies of preliminary investigation]. Collection of articles. Orel: OrYuI MVD Rossii im. V.V. Luk'yanova, pp. 153–156. (In Russ.)
- Nikiforova, Yu.V., 2014. Special educational institutions of closed type as a measure of criminal and legal impact. *Vestnik Akademii ekonomicheskoy bezopasnosti MVD Rossii* = [Bulletin of the Academy of Economic Security of the Ministry of Internal Affairs of Russia], 4, pp. 12–14. (In Russ.)
- Pavlova, A.A., 2014. About placement of the minor released from punishment in special educational institution of the closed type

of body of management of education. *Al'manah sovremennoj nauki i obrazovaniya* = [Almanac of Modern Science and Education], 1, pp. 77–80. (In Russ.)

Prozumentov, L.M., 2015. *Ugolovnaya otvetstvennost' nesovershennoletnih po zakonodatel'stvu Rossijskoj Federatsii* = [Criminal responsibility of juveniles according to the legislation of the Russian Federation]. Tomsk. (In Russ.)

Pudovochkin, Yu.E., 2002. *Otvetstvennost' nesovershennoletnih v ugolovnom prave: istoriya i sovremennost'* = [Responsibility of minors in criminal law: history and modernity]. Stavropol: Izd-vo SGU. (In Russ.)

Reidy, T.J., Sorensen, J.R. and Cihan, A., 2018. Institutional misconduct among juvenile offenders serving a blended sentence. *Journal of Criminal Justice*, 57, pp. 99–105. (In Eng.) DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2018.05.003>.

Repyev, A.G., 2016. Legal prohibitions and restrictions on minors placed in a special educational institution of closed type: from theory to practice. *Altajskij yuridicheskij vestnik* = [Altai Legal Bulletin], 2, pp. 67–71. (In Russ.)

Shestakova, L.A., 2016. *Realizatsiya kontseptsii uvenalnoi ustitsii v proizvodstve po delam nesovershennoletnikh v Rossijskoj Federatsii* = [Implementation of the concept of juvenile justice in juvenile proceedings in the Russian Federation]. Moscow. (In Russ.)

Shoemaker, D.J., ed., 1996. *International Handbook on Juvenile Justice*. Westport, CT: Greenwood Publishing Group. (In Eng.)

Terentyeva, V.A., 2008. *Preduprezhdenie retsidivnoy prestupnosti nesovershennoletnikh spetsial'nymi uchebno-vospitatel'nymi uchrezhdeniyami zakrytogo tipa* = [Prevention of recidivism of minors by special educational institutions of closed type]. Abstract of Dr. Sci. (Law) dissertaion. Tomsk. (In Russ.)

Terentyeva, V.A., 2013. The Legal nature of placing a minor in a special educational institution of closed type. *Vestnik Kemerovskogo gosudarstvennogo universiteta* = [Bulletin of Kemerovo State University], 3(1), pp. 284–287. (In Russ.)

Voronin, O.V., 2013. About some types of forced isolation from society known to the Russian legislation. *Ugolovnaya yusticiya* = [Criminal Justice], 2, pp. 68–71. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Николюк Вячеслав Владимирович, главный научный сотрудник направления исследования проблем уголовного судопроизводства Центра исследований проблем правосудия ФГБОУВО «Российский госу-

дарственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации [**Vyacheslav V. Nikolyuk**, Chief Researcher of the Department of Criminal Proceedings Research of the Center for the Study of Justice Problems, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Worker of Science of the Russian Federation]. E-mail: nvv56@mail.ru