

ПРАВОСУДИЕ/ JUSTICE

Том 2, № 2. 2020 Vol. 2, no. 2. 2020

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 (Роскомнадзор).

Свидетельство о регистрации
ПИ № ФС77-76078 от 24 июня 2019 г.

ГУП МО «Коломенская типография»

Подписано в печать 11.06.2020

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 11.06.2020

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 Лилианна (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

Кэлер Лоренц (г. Бремен, Германия), доктор права, профессор юридического факультета Бременского университета

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, профессор кафедры теории и истории права и государства 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 Góra, Poland), Professor, Head of History of Philosophy Division, Philosophy University of Zielona Góra

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

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

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

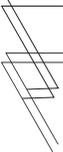
Dragan K. Nikolić (Nis, Serbia), Dr. Sci. (Law), Professor, Head of History and Law Department of Law Faculty of State University

Vitaly V. Ogleznev (Tomsk, Russia), Dr. Sci. (Philosophy), Professor of Theory and History of Law and State 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



ПРАВОСУДИЕ

- Ершов В.В.* «Судебное правотворчество»: pro et contra (на англ. яз.)..... 7
- Фаргиев И.А.* Специальный закон о толковании права – веление времени! 29
- Беляев М.В., Качалова О.В.* Судебные решения в российском уголовном процессе: актуальные теоретические и практические проблемы 49
- Брославский Л.И.* Суд и охрана окружающей среды в США..... 67

ФИЛОСОФИЯ. ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

- Антюшин С.С.* Категории – атрибут научной и социально-преобразовательной деятельности 87

ЦИФРОВИЗАЦИЯ И ПРАВО

- Бузова Н.В., Карелина М.М.* Интеллектуальная собственность и информация в условиях технологического развития 104
- Ващекин А.Н., Дзедзинский А.В.* Проблемы правового регулирования отношений в цифровом пространстве 126

ОТРАСЛИ И ИНСТИТУТЫ ПРАВА

- Андреев В.К., Кондратьев В.А.* Решение собрания участников непубличного общества: понятие и виды 148
- Гузеева О.С.* Субъекты конституционализации уголовного права 170
- Широков К.М.* Особенности правового режима земельных участков в границах охранных зон особо охраняемых природных территорий 195

ДОКУМЕНТЫ

- Соблюдение принципов демократии, верховенства права и прав человека в условиях эпидемиологического кризиса COVID-19: Информационный документ SG/Inf(2020)11 от 7 апреля 2020 г. 214

Content



JUSTICE

- V.V. Ershov*. “Judicial Lawmaking”: pro et contra (in Eng.) 7
- I.A. Fargiev*. Special Act on the Interpretation of Law – Dictates of the Time! 29
- M.V. Belyaev, O.V. Kachalova*. Judicial Decisions in Russian Criminal Proceedings:
Current Theoretical and Practical Problems..... 49
- L.I. Broslavsky*. Court and Environment Protection in USA..... 67

PHILOSOPHY. PHILOSOPHY OF LAW

- S.S. Antyushin*. Categories – an Attribute of Scientific and Socio-Transformative
Activity..... 87

DIGITALISATION AND LAW

- N.V. Buzova, M.M. Karelina*. Intellectual Property and Information in the Context
of Technological Development 104
- A.N. Vashchekin, A.V. Dzedzinsky*. Problems of Legal Regulation in the Digital Space
Relations..... 126

BRANCHES AND INSTITUTIONS OF THE LAW

- V.K. Andreev, V.A. Kondratiev*. The Decision of the General Meeting
of Members in a Non-public Business Company: Concept and Types 148
- O.S. Guzeeva*. The Subjects of Constitutionalization of Criminal Law 170
- K.M. Shirokov*. Features of the Legal Regime of the Land Plots within the Boundaries
of Protected Areas of Specially Protected Natural Territories 195

DOCUMENTS

- Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework
of the COVID-19 sanitary crisis: Information Document SG/Inf(2020)11,
7 April 2020..... 214

“Judicial Lawmaking”: pro et contra

Valentin V. Ershov*

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

For correspondence: evv@rsuj.ru

Introduction. As a result of the application in scientific research of descriptive and objective-teleological methods of studying legal phenomena, a number of foreign and Russian scientists often describe only truly objectively existing legal phenomena, including “judicial lawmaking”.

Theoretical Basis. Methods. From the position of scientifically grounded concept of integrative legal understanding, according to which the system of law first of all synthesizes only the principles and norms of law contained in a single, multi-level and developing system of forms of national and international law, implemented in the state, the article concludes that it is possible to highlight two types of “judicial lawmaking” in the special literature: “moderate” and “radical” types of “judicial lawmaking”.

Results. “Moderate judicial lawmaking” is allowed only outside the law, its results are not binding on other courts, as the “norm” created by the court is only applicable ex post, only to a particular dispute and is not binding on other courts. In the opinion of the author of the article, this result of “moderate judicial lawmaking” is theoretically more reasonable to be considered as a kind of wrong – as “court positions” obligatory only for participants of individual judicial process, developed in the process of consideration and resolution of individual dispute as a result of interpretation of principles and norms of law.

Discussion and Conclusion. Researchers – supporters of the “radical” type of “judicial lawmaking” allow the development of “judicial precedents of law” “through the law, beyond and against the law” (contra legem). It seems to the author that this type of “judicial lawmaking” is based on the scientific discussion concept of integrative legal understanding, according to which the heterogeneous social phenomena – right and wrong – are synthesized in the unified system of law (for example, law and individual judicial acts, including those containing specific positions of the court). New concepts and their definitions have been introduced into scientific circulation. The author concludes that the “radical” kind of “judicial lawmaking” is theoretically debatable, and practically counterproductive.

Keywords: descriptive and objective-teleological methods of investigation of the legal phenomena – ex nunc, gaps in law, judicial positivism, integrative legal understanding, “judicial lawmaking”, judicial activism, evolutive interpretation of law, literal interpretation of law, concretization of law, “court positions”, specific law, specific court practice, law principles, legal norms

For citation: Ershov, V.V., 2020. “Judicial lawmaking”: pro et contra. *Pravosudie = Justice*, 2(2), pp. 7–28. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.7-28

«Судебное правотворчество»: pro et contra

В.В. Ершов*

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

Введение. В результате применения в научных исследованиях дескриптивного и объективно-телеологического методов изучения правовых явлений – их пупс ряд зарубежных и российских ученых нередко лишь описывают действительно существующие правовые явления, в том числе «судебное правотворчество».

Теоретические основы. Методы. В статье с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, в соответствии с которой в системе права прежде всего синтезируются только принципы и нормы права, содержащиеся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемые в государстве, сделан вывод о возможности выделения в специальной литературе двух видов «судебного правотворчества»: «умеренного» и «радикального».

Результаты исследования. «Умеренное судебное правотворчество», теоретически точнее – «судебное творчество неправа» или «судебное неправотворчество», допускается только за пределами закона, и его результаты не обязательны для других судов, поскольку созданная судом «норма» применима только ex post, лишь к конкретному спору и не является обязательной для других судов. По мнению автора статьи, данный результат «умеренного судебного правотворчества» теоретически более обоснованно рассматривать как вид неправа, «судебное творчество неправа» или «судебное неправотворчество» – как «позиции суда», обязательные только для участников индивидуального судебного процесса, выработанные в процессе рассмотрения и разрешения индивидуального спора в результате толкования принципов и норм права.

Обсуждение и заключение. Научные работники – сторонники «радикального» вида «судебного правотворчества» допускают выработку «судебных прецедентов права» «через закон, дальше закона и против закона» (contra legem). Как представляется автору статьи, данный вид «судебного правотворчества» основан на научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, в соответствии с которой в единой системе права синтезированы разнородные социальные явления – право и неправо (например, закон и индивидуальные судебные акты, в том числе содержащие и конкретные позиции суда). В научный оборот введены новые понятия и их определения. Автором сделан итоговый вывод: «радикальный» вид «судебного правотворчества» является теоретически дискуссионным, а практически – контрпродуктивным.

Ключевые слова: дескриптивный и объективно-телеологический методы исследования правовых явлений – ex pipsis, пробелы в законе, пробелы в праве, юридический позитивизм, интегративное правопонимание, «судебное правотворчество», «судебное творчество неправа», «судебное неправотворчество», судебный активизм, эволютивное толкование права, буквальное толкование права, конкретизация права, «позиции суда», определенное право, определенная судебная практика, принципы права, нормы права

Для цитирования: Ершов В.В. «Судебное правотворчество»: pro et contra // Правосудие. 2020. Т. 2, № 2. С. 7–28. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.7-28

Introduction

Unfortunately, many foreign and Russian researchers, applying a descriptive method of research of legal phenomena, limit themselves to only describing them. This fully applies to the analysis of the theoretical and practical problems of “judicial lawmaking”, which are hidden but obviously

widespread in the world. By applying an objective and teleological method of interpretation of normative legal acts, as a rule aimed mainly at finding the most “fair” and “reasonable” meaning of laws, researchers have traditionally identified a significant number of gaps in them. Proceeding from the idea of the unacceptability of denial of justice and the recognition by the court as a fact that insufficient work has been done by the legislative bodies, these researchers have come, at least in their opinion, to a reasonable conclusion about the inevitability and acceptability of “judicial lawmaking”, at least in cases where the court has established gaps in the existing laws. This leads, as a rule, to undefined law and undefined court practice, endless cancellations of court sessions and lengthy court proceedings. And most significantly, as a result – to the violation of the rights and legal interests of individuals and legal entities.

Theoretical Basis. Methods

The established legal categories are in theory more justifiable and in practice more productive as subjects of investigation in accordance with the basic types of legal understanding established in the world as a whole, including Russia. In my opinion, legal positivism and integrative legal understanding can be primarily singled out among such types of legal understanding. In turn, integrative legal understanding is traditionally differentiated into two types. An integrative legal understanding that unites heterogeneous social phenomena – right and wrong, and an integrative legal understanding that concerns only heterogeneous social phenomena – law and right [Ershov, V.V., 2018, pp. 82–108].

The category “wrong” (unrecht) from the point of view of the philosophy of law was studied productively and deeply by H. Hegel. As G.A. Gadzhiev reasonably noted, the aspects of the philosophy of law that have been little explored by scholars include “...reality of wrong along with the space of right” [Gadzhiev, G.A., 2013, p. 68]. H. Hegel, analysing the category of “wrong”, pointed out: “Denial is wrong... **proceeds in wrong to become a show, an opposition between the principle of rightness and the particular will as that in which right becomes particularized**” (emphasis added) [Hegel, H.W.F., 1990, p. 137]. In this philosophical approach, the “wrong” becomes the “appearance” of the “right”, the “special right”, the “quasi-right”, which differs significantly from the actual right. Unfortunately, these ingenious conclusions of Hegel did not receive due attention or development in scientific research in the field of law either by foreign or Russian researchers.

As is known, the concept of “positivism” is derived from the Latin “*ius positum*” – the law established by public authorities, the law developed by the “winner”, as it is figuratively referred to by some commentators. Consequently, in essence, “all” law from the standpoint of legal positivism is limited only to the acts of public authorities. John Austin, who was one of the first in the 19th century to develop, in a systematic way, the theory of

legal positivism, distinguished between the law “as it is” and “as it should be”. “Law as it is”, according to J. Austin, is a positive law established by human authorities (hence the name – posited, given its position). So, according to J. Austin, law is a sovereign’s command. J. Austin’s theory of law is traditionally called “a command theory”, because the law in his understanding is a sovereign’s command. The law, he understood simplistically, comes directly or indirectly from the sovereign only. Anything that does not come from a sovereign is not law. Thus, in the person of J. Austin “...legal theory... sought the key to understanding the law in the simple idea of a command backed by threats” [Hart, H.L.A., 1961]. This approach was continued by H. Kelsen, who believed that “legal norms can have any content” [Kelsen, H., 2007, p. 113].

Legal positivism, widespread throughout the world, including Russia, is characterized by the recognition of right primarily by “laws”, “legislation”, or, more precisely, by normative legal acts adopted by legislative and executive bodies of state power, as well as other acts established by judicial bodies. This, in today’s world, is, in my opinion, in theory unconvincing, and in practice insufficiently productive. Real practice has shown that in reality there is not a single source of law, but rather different sources and forms of law, both international and national [Ershov, V.V., 2018, pp. 161–177]. Ongoing gaps and conflicts in the legislation do not lead to, as needed, the timely development of defined law, defined and expected court practice, which cannot but affect the effective protection of the rights and legal interests of the subjects of legislation. At the same time, gaps and conflicts in the law give rise to endless and, in my opinion, controversial discussions about the practical necessity of “judicial lawmaking”, judicial activism and the evolutionary interpretation of law by the courts.

H. Hart singled out two main areas of criticism of legal positivism. According to the first one, there are some principles of human behaviour with which laws must coincide in order for them to have legal force [Hart, H.L.A., 2007, pp. 74–77]. R. Dworkin went along this path, “I call a ‘principle’ a standard that should be observed not because it contributes to changing or reducing some economic, political or social situation, but because **it expresses some moral requirements, be it requirements of justice, honesty, etc.**” (emphasis added) [Dworkin, R., 2004, p. 45].

The second approach, which was followed by H. Hart himself, involves the combination of legal reality and moral value [Hart, H.L.A., 2007, p. 188]. At the same time, I think that the directions of criticism of legal positivism mentioned by H. Hart are very close in essence. In support of this conclusion it is possible to cite, for example, Hart’s reflection: “...the names of the actual right must be deprived of certain rules **because of their extreme moral injustice**” [Hart, H.L.A., 2007, p. 188]. I believe that, in reality, the theoretical views of both Hart and Dworkin are based on the diverse integration of heterogeneous social regulators of right and wrong, such as laws and justice.

In this regard, there is a need to revisit the analysis of the “wrong” category. “In wrong,” ingeniously emphasized Hegel, **“appearance proceeds to become a show. A show is a determinate existence inadequate to the essence, the empty disjunction and positing of the essence, so that in both essence and show the distinction of the one from the other is present as sheer difference”** [Hegel, H.W.F., 1990, p. 138]. As V.A. Bachinin convincingly believes, “...Hegel actively used the category of wrong, designating by it a special will, demonstrating arbitrariness and separation of an individual from universal will and universal law...” [Bachinin, V.A., 2001, p. 14]. With this convincing philosophical approach, the wrong characterizes the “individual will”, “demonstrating the arbitrariness and separateness of the individual”. Whereas the right, by contrast, is the “universal will” of the “universal law”.

In my opinion, the right is expressed first of all in the principles and norms of law, which are binding on an indefinite number of subjects of legal relations and establish their interrelation and interdependence in the world, rather than “the separation of an individual from the universal will and universal law”. With this philosophical approach, the integration of different social elements – right and wrong – into a single system is in theory debatable, but in practice counterproductive.

“The show is the falsity,” Hegel continues the discussion, “which disappears in claiming independent existence; and in the course of the show’s disappearance the essence reveals itself as essence, i. e. as the authority of the show” [Hegel, H.W.F., 1990, p. 138]. This allows us to come to the following conclusion: “wrong” is “false right”, which historically must gradually disappear, and in this disappearance the actual right will be cleared of “wrong”, “false right”, by showing its objective and actual attributes of right, which differ from characteristic and special attributes of “wrong”. Thus, according to Hegel, “The essence has negated that which negated it and so is corroborated. Wrong is a show of this kind, and, when it disappears, it acquires the character of something fixed and valid... Hitherto the being of the right has been immediate only, but now it is actual because it returns out of its negation. The actual is the effectual; in its otherness it still holds fast to itself, while anything immediate remains susceptible of negation” [Hegel, H.W.F., 1990, p. 138]. Consequently, V.A. Sokolnikova rightly points out that “wrong is as necessary as right, as it allows the latter to strengthen itself in society” [Sokolnikova, V.A., 2013, p. 72].

In connection with the philosophical arguments presented, I believe it is possible to draw the following conclusion: the right in the process of “purification” of the wrong comes out more strengthened and defined, because as a result, the objective and mismatched features of both the right and the wrong are clarified and distinguished. The right seems to be characterized mainly by a greater degree of certainty, binding and enforcement. “Wrong” is a lesser degree of certainty, binding and non-compliance.

Thus, right, “having returned” from its “negation by wrong” “becomes actual, as the actual is the effectual; in its otherness it still holds fast to itself” [Hegel, H.W.F., 1990, p. 138], i. e. more definite, effective and productive. In the end Hegel came to a brilliant conclusion, “**Wrong is the show of the essence, putting itself as self-subsistent**” [Hegel, H.W.F., 1990, p. 138]. This allows us to summarize: “wrong” is not a kind of actual right, but only the appearance of actual right.

Hence, various social regulators of social relations, including right and wrong, should not be scientifically identified and synthesized in a single system. I think it is in theory convincing. However in practice it is more productive to refer to the wrong, first of all, by various social regulators of social relations, mediating relations, formed between both an indefinite and definite number of its participants, which are characterized by a lower degree of certainty, social connection and interdependence, rather than by the “arbitrariness” and “detachment” of the participants of social relations; optional and non-obligatory execution. The second kind of wrong is social regulators of legal relations, which provide more certainty, interrelationship and interdependence, rather than the “arbitrariness” and “detachment” of the participants of legal relations.

For example, the first type of wrong – a variety of social regulators of public relations have developed in practice between an indefinite number of their participants – I think covers moral and religious norms, “soft” right, “quasi-right”, etc. To the wrong of the second kind – the numerous social regulators of public relations, established between a definite number of participants, I think it is possible to include individual agreements, individual court acts, “court precedents of law”, “court positions”, etc.

In addition, I would also like to join A.F. Cherdantsev in his next, in theory, convincing conclusion: “From the point of view of ontology, we should not include diverse phenomena in the notion of law. In this situation, the law is deprived of ontological homogeneity, monolithic and becomes a phenomenon of uncertainty” [Cherdantsev, A.F., 1999, p. 203].

It is thus scientifically sound to include only homogeneous elements of right and law in a single legal system. For a long time, from the point of view of legal positivism, only the rules of law referred to them. For example, M.I. Baytin called his monograph published in the XXI century “The essence of law (modern normative legal understanding on the verge of two centuries)” [Baytin, M.I., 2005]. A.F. Cherdantsev wrote in 2012, “The norm of law is the primary element of law...” [Cherdantsev, A.F., 2012, p. 38].

A.M. Vasiliev and many other Soviet and Russian specialists in the field of general theory of law, I think, did not study the nature of the principles of law with sufficient conviction. This allowed T.G. Gordienko to make a reasonable conclusion, “Despite its theoretical and practical importance, the problems of law principles in modern legal science and educational literature on the general theory of law and state are not very popular” [Gordienko, T.G., 2000, p. 39].

The very word “principle” was borrowed from French and German in the XVIII century and dates back to the Latin *principium* – the beginning, the basis. The etymological meaning of the word “principle” is “basis”, “beginning”, “guiding idea”, “basic rule of conduct”. In ancient times it was emphasized: “The principle is the most important part of everything” (*principium est potissima pars cujuscumque rei*). Aristotle understood the principle in the objective sense in the form of the first magnitude – that from which something exists or will exist.

It is important to emphasize: in the philosophical sense, “a principle is a theoretical generalization of the most typical, expressing regularities that form the basis of something”. Thus, F. Bacon’s judgment is quite typical, **“The principle is the primary and the simplest elements from which everything else was formed”** [Bacon, F., 1937, p. 22]. I. Kant ingeniously emphasized, “The principle is that which contains the foundation of the universal connection of all that a phenomenon is” [Kant, I., 1963, p. 340].

Taking into account such widely known views on the principles of the greatest philosophers of the world, it is surprising to see views on the legal principles of many Russian lawyers in the XIX, XX and XXI centuries. Thus, G.F. Shershenevich, from the position of legal positivism, as the principles of law understood the general idea, the direction that the legislator consciously or unconsciously invested in a number of legal norms [Shershenevich, G.F., 1995, p. 15]. E.V. Vaskovsky’s point of view, expressed by him without any of the required theoretical arguments, became widespread “The principles of law in general and of natural law in particular are controversial... the case will be reduced to a full and uncontrolled judicial discretion, which is not far from arbitrary” [Vaskovsky, E.V., 1997, p. 102].

With such views of the majority of pre-revolutionary Russian legal scholars, the other two views seem surprising and give profound scientific insights. Thus, L.A. Tikhomirov wrote, “The legislator himself must be guided by something, giving or not giving rights to an individual or defining any action as their duty” [Tikhomirov, L.A., 1998, p. 569]. Another (even more striking) example is Ya.P. Kozelsky’s conclusions. In the “Philosophical Proposals” by Ya.P. Kozelsky, sent to A.A. Vyazemsky, chairman of a commission convened by Catherine II in 1767, one of the tasks of which was to improve the legislation, it was first of all proposed to differentiate between the terms “law” and “right”. Secondly, Ya.P. Kozelsky went on to define the principles of law as “something immutable, fair and universal, so that the ‘consumer laws’ issued in the state always corresponded to them” [Kozelsky, Ya.P., 1959, pp. 353–354]. On the one hand, it is not surprising that in the far XVIII century Ya.P. Kozelsky could not define the nature of the principles of law, referring them to as an undefined “something”. At the same time, Ya.P. Kozelsky established the correlation between principles and norms of law: principles of law are universal, and laws issued in the

state must comply with them. Thus, he proclaimed the paramountcy of the principles of law.

In 1970, E.A. Lukashева, who was among the first in the USSR to make a theoretically insufficient, but still a step forward, defined the principles of law not as “ideas”, but as objectively conditioned principles, “...according to which the system of law is built” [Lukashева, E.A., 1970, p. 21]. Further in the same article E.A. Lukashева deviated from this provision: “...**the beginning, ideas are the principles of law**” [Lukashева, E.A., 1970, p. 22]. In 1972, S.S. Alekseev essentially repeated the conclusions of E.A. Lukashева: the principle of law is “...**the initial normative and guiding principles expressed in law, characterizing its content, its foundations, and the regularities of public life enshrined in it. Principles are that which permeates the law, revealing its content in the form of initial, cross-cutting ‘ideas’, main principles, normative and guiding provisions**” [Alekseev, S.S., 1972, p. 102]. In subsequent scientific works S.S. Alekseev tirelessly repeated: “Principles of law... are... ideas... contained in the norms” [Alekseev, S.S., 1989, p. 232].

Many Soviet and Russian researchers in the second half of XX century and at the beginning of XXI century reproduced the conclusions of E.A. Lukashева and S.S. Alekseev. Thus, in the dissertation defended by A.V. Konovalov for the degree of Doctor of Law on “Principles of Civil Law...”, I believe, **but am not convinced by**, the principles of law **as being** defined “...**as objective, universal, global ideas about the most effective organization of the legal aspect of the social structure, reflecting the objective properties of the nature of people and objective regularities of social interaction...**” [Konovalov, A.V., 2019, p. 56].

Concluding the analysis of our literature on the principles of law, I will cite the conclusion of A.F. Voronov which I share, “...in Russian legal science, as well as in legislative and law enforcement activities the attitude... described by the formula ‘reign but do not rule’ is outlined. Principles are formally worshipped, respected, written in books and placed in the first chapters and sections of laws, in particular codes, but when it comes to specific legislative or law enforcement work, they are often forgotten or ignored for the sake of momentary political, misunderstood professional or other ‘expediency’” [Voronov, A.F., 2009, p. 5].

Due to the limited scope of the article, I will only **outline** the nature of the principles of law of some foreign researchers. Thus, G. Braibant considered the equivalent of general principles of law to be “...a natural right of justice” [Braibant, G., 1988, p. 175]. R. Dworkin called “principle” – “a standard which should be observed not because it promotes change or preservation of some economic, political or social situation, but because **it expresses some demands of justice, honesty, etc.**” [Dworkin, R., 2004, p. 45]. A more detailed analysis of the positions of foreign researchers is presented in my monograph [Ershov, V.V., 2018, pp. 255–323].

Results

Further, I would like to investigate the problems of judicial lawmaking. Taking into account the given volume of the article, I have to confine myself to the analysis of only the main publications. In my opinion, the most typical in this field of scientific research at the turn of XIX–XX centuries and in the second half of XX century, was conducted in Germany, Austria, France and the USA.

At the end of XIX century in Germany dominated the pandectic doctrine of law; namely German scientists understanding of Roman law. While glossators sought to understand the meaning of Roman law, post-glossators adapted Roman law to new, modern conditions and tried to deductively answer new questions.

In the second half of the 20th century, Rudolf von Jhering presented a critical analysis of the pandectic doctrine in “Purpose in Law”. In R. Jhering’s opinion, the main role in legal analysis should be played by the evaluation of the goal that the norm has. “The purpose,” wrote R. Jhering, “is the creative power of the whole of the law”, “there is no legal provision that does not owe its origin to any purpose” [Jhering, R. von, 2006, p. 90]. This author, unfortunately, paid little attention to the problems of judicial lawmaking itself, but with this formulation of the question began the discussion of law.

Oskar Bülow, in his article “Legislation and Judicial Function” published in 1885, formulated a highly controversial conclusion that “legislation... is not a full source of law at all”; the courts are erecting a law building. Hence, law is the result of joint work of the legislator and courts [Bülow, O., 1995, p. 71]. Moreover, O. Bülow came to a more radical conclusion: he allowed for the interpretation of *contra legem* (which is contrary to the law).

Another famous German scientist Josef Kohler in the late XIX century supported an objective and teleological interpretation of law – *ex nunc*, aimed at finding the meaning of law, which would be the most reasonable and fair in the circumstances of law enforcement at that time. It should be specially noted that O. Bülow and J. Kohler studied a moderate form of “judicial lawmaking”, which is relevant only for the dispute in question [Kohler, J., 2006, p. 49]. Zitelman, on the other hand, proposed in 1889 to recognize the binding role of judicial practice to ensure equal justice for all and protection of participants in the process.

Eugen Ehrlich, a well-known Austrian professor, who developed the teachings of the doctrine of R. Jhering, O. Bülow, J. Kohler and other German scientists, in the early XX century, gave special emphasis to the “living” law, believing that the “written” law did not always meet the real needs [Ehrlich, E., 1917, pp. 47–58, 60]. In the opinion of E. Ehrlich, in connection with new social realities, the “written” law should be applied in the spirit of the new times [Ehrlich, E., 2002, p. 174]. As a result, E. Ehrlich, on the one hand, advocated “free judicial lawmaking”, calling it “free finding of the law” [Herget, J.E. and Wallace, S., 1987, p. 410]. On the other,

E. Ehrlich acknowledged the need to restrict judicial lawmaking, which in his opinion should be “in harmony” with the principles of current law and legal science. The court may develop the law, but, as the scholar emphasized, only within the framework of current law without shaking or replacing it [Ehrlich, E., 2002, p. 340]. Taking into account the stated theoretical conclusions, in cases of developing the norms of law in “harmony” with the principles of law (in my opinion, more precisely, the principles of law actually becoming statutory law), E. Ehrlich can no longer be called a real and unconditional supporter of “free judicial lawmaking”, but of a more radical form of “judicial lawmaking”.

German Kantorovich, under the pseudonym of Gnaeus Flavius, in his work “The Struggle for Legal Science” [Gnaeus Flavius, 1906] summarized the discussions about the science of German law at the turn of XIX–XX centuries. This work presents the developed concept of “movement for free law”, which essentially coincided with the concept of E. Ehrlich’s concept of “free finding of the law”. The general sense of the “free law movement” was to defend a freer “judicial lawmaking” and an objective and teleological method of law interpretation. The objective and teleological interpretation of laws – *ex nunc*, according to G. Kantorovich, was expressed in understanding of laws taking into account the vision of modern optimal goals of legislative regulation of public relations. At the same time, in 1911 G. Kantorovich specified: free “judicial lawmaking” cannot be carried out *contra legem* (contrary to the law) [Curran, V.G., 2001, p. 163].

Gustav Radbruch also advocated an objective and teleological interpretation of laws *ex nunc* [Radbruch, G., 1915, pp. 123–124]. In particular, G. Radbruch examined the elements, which, in his opinion, contradicted each other: the principles of separation of powers, the rules of inadmissibility of denial of justice and the fact of an inevitable gap in positive law. In these cases, according to the scientist, the principle of separation of powers should give way to the indisputable rule that justice cannot be denied [Radbruch, G., 1915, pp. 67–68].

At the same time, according to the scientifically grounded concept of integrative legal understanding, which synthesizes the principles and norms of law contained in all forms of national and international law (and not only in the form of national normative acts, which was characteristic of legal positivism), namely that there can be no gap in law. Any gap in law can only be imaginary. With this theoretical approach, the question of whether justice should be denied does not arise. Consequently, in the presence of legal principles governing legal relations, there is no reason to deny justice. Principles of law may be independent legal grounds for issuing judicial acts. At the same time, in G. Radbruch’s opinion, when faced with gaps in the law, a judge may make a decision based on a subjective understanding of the objectives of the law [Radbruch, G., 1915, pp. 123–124]. The most important of these goals is justice. The second is appropriateness.

The third is the stability and predictability of the law. According to G. Radbruch, these three principles are at the heart of law [Radbruch, G., 2004, p. 86–91]. However, in my opinion, firstly, justice, expediency, stability and predictability are not principles of law. Secondly, in practice, the application of such “principles of law” by the courts may lead to uncertain judicial practice.

P. Heck was the leader of the doctrine of “jurisprudence of interests”. Developing R. Jhering’s conclusions, he believed that the protection of competitive social interests is at the heart of the law [Heck, P., 1948]. However, P. Heck believed that the rules developed by the courts in cases of a gap apply *ex post* to a particular dispute and do not become binding on future similar disputes as rules of law. In such cases, according to the scientifically sound concept of integrative law, it should, in my view, be the interpretation and application by the court of the principles and rules of law contained in other forms of national or international law, since “whitespace” zones can only be established in “law”.

Analyzing the problems of “judicial lawmaking”, it is impossible to ignore the “pure doctrine of law” of Hans Kelsen, in which the system of law was based on analytical positivism [Kudryavtsev, V.N. and Razumovich, N.N., eds., 1987]. According to H. Kelsen, any decision made by a court based on a more general rule of law creates a new rule. The individual rules created by the court *ad hoc* for each particular dispute, which develop the more general rules contained in the “law”, as H. Kelsen considered, are the lowest link in the normative hierarchy. Consequently, H. Kelsen did not, in essence, distinguish between lawmaking and law enforcement. With this approach, positive “law” is, of course, seamless [Kelsen, H., 1990, pp. 132–134]. However, by differentiating between lawmaking and law enforcement activities, it is possible to formulate an absolutely different conclusion: “elaboration” by the court of individual “norms of law” is in theory debatable, and in practice counterproductive. Moreover, unfortunately, H. Kelsen believed that individual “judicial lawmaking” can change or reject any rule of law [Kelsen, H., 1990, p.135].

In France, at the first stage, the Civil Code adopted in 1804 enshrined Article 5, according to which the courts were categorically forbidden to create general rules. In order to prevent the free interpretation of laws, the French legislature established the Tribunal of Cassation (later – the Court of Cassation). The Court of Cassation of the French legislature had to respond to requests from the courts to the legislator. In practice, however, the work of the Tribunal of Cassation proved ineffectual [Merryman, J.H. and Perez-Perdomo, R., 2007, p. 40]. Perhaps for this reason, Article 4 was introduced into the French Civil Code (CCF), which prohibits denial of justice under the pretext that there is no applicable legal rule.

In my opinion, as a result of the appearance of Article 4 in the Civil Code of France, the gaps in the Code that arise for objective and subjective rea-

sons could be solved in court practice in at least two ways. The first is a scientifically sound transition from legal positivism to an integrative understanding of law, whereby courts could apply the principles and rules of law contained in all forms of both French and international law. The second way is an academic debate characterized by the integration of right and wrong, including the French Civil Code and “judicial lawmaking”. As a result, the Tribunal of Cassation was reorganised into the Court of Cassation, which led the “judicial lawmaking” process. Thus, judicial practice, unfortunately, went the second way.

In 1899, François Génys’s “Method of interpreting sources of positive private law” was published [Gény, F., 1954]. Acknowledging the inherent deficiencies of positive law [Gény, F., 1954, pp. 78–79], F. Génys deemed it possible to consider the “politics of law” in the “scientific search of law” taking into account the modern moral, economic values and goals of law. And the basic objective goals, according to F. Génys, are fairness and social benefit. In this regard, F. Génys put forward the slogan: “Through the Civil Code, but beyond it”. Disagreeing with his opponents, who rebuked him for violating the concept of the separation of powers, Génys answered: “It is not necessary to make the principle of the separation of powers an absolute one”, as he allowed free “judicial lawmaking” only in the gaps of positive law [Gény, F., 1954, pp. 361–363, 151, 457, 144]. Moreover, the “norm” created by the court, according to F. Génys, is applicable *ex post* only to a particular dispute and is not to be considered binding in subsequent trials. In these conclusions, it appears that F. Génys was essentially guided by the doctrine of separation of powers [Gény, F., 1954, pp. 325–327]. Consequently, F. Génys was not a supporter of the radical type of “judicial lawmaking”. Proceeding from the objective and teleological interpretation of the law – *ex nunc*, which takes into account modern realities and needs of society, F. Génys, firstly, allowed, in my terminology, moderate “judicial lawmaking” only outside the law, and, secondly, did not consider its results obligatory for other courts. Consequently, in essence F. Génys acknowledged that the court, as a result of the interpretation of the law, does not work by the “norms” of the law, but the “positions” of the court, which other courts can only take into account because of their credibility and validity.

Raymond Saleilles, a supporter of the radical type of “court-lawmaking”, paraphrased the main slogan of F. Génys and instead of “Through the Civil Code, but beyond it,” suggested another – “Beyond the Civil Code, but through it”. R. Saleilles allowed for such a judicial interpretation outside the will of the historical legislator, which would take into account the needs of changing times; and would disregard the courts’ interpretation of the legislator’s will, which covers up active and real “judicial lawmaking” [Saleilles, R., 1954].

In the USA the movement of legal realism was primarily devoted to the works of O. Holmes, J. Gray, R. Pound and B. Cardozo. Thus, in the USA

O. Holmes's name is connected with the formation of new legal paradigm – “pragmatic jurisprudence”, which remains the dominant form at present. Judge O. Holmes called for recognition of the reality, that courts take part in lawmaking and carry it out, taking into account the analysis of the law policy [Tushnet, M., 1977, p. 1017]. In his famous work “Common Law” O. Holmes wrote, “Law lives by experience, not logic. Essential needs of the time, prevailing moral and political theories, intuitions in the field of public policy, conscious or unconscious, even prejudices, which are peculiar to judges, as well as to any citizen, have much more importance than syllogism when choosing legal norms, which regulate human behaviour. Law reflects the history of national development over many centuries...”. In the *Southern Pacific Cov. Jensen* (1917) O. Holmes specified his position, namely that US Law is not a closed system of existing precedents, the courts, being the main lawmaker in American legal system, create and change the law. However, O. Holmes also was not a supporter of the radical type of “court lawmaking”, considering that assessment and evaluation of the law policy is not the main task of the court. Holmes wrote, “...it would be undesirable, if judges had to renew the law. This is not their function”.

In 1909, Harvard Law School Professor J. Gray published a paper “On the Nature and Sources of Law”, in which he concluded, “What the courts decide is the law, because by interpreting the ambiguous text of the law they develop the position of the legislator, they legislate themselves” [Gray, J.C., 1948, pp. 84, 173]. J. Gray went on to make a significant and controversial addition: precedents are not law either, as they allow a certain amount of judicial discretion [Gray, J.C., 1948, p. 125]. J. Gray, in my opinion, adopts the point of view of the discussion concept of the integration of right and wrong, the heterogeneous social regulators of public relations synthesized into a single system of law the norms of law, judicial precedents, moral principles, scientific doctrines, etc. [Gray, J.C., 1948, pp. 123–124, 307–308]. Moreover, J. Gray suggested an unconvincing hierarchy of sources of law, in which he put the heterogeneous social regulators – laws, precedents, scientific doctrines and customs on the same level. In cases where these are inapplicable he suggested applying the principles of morality [Gray, J.C., 1948, pp. 288–289, 302]. J. Gray's last conclusion convinces me even more that his arguments are based on the discussion concept of an integrative understanding of law, according to which in a single system of law the heterogeneous social elements – right and wrong – are in theory unconvincingly synthesized.

Roscoe Pound, dean of Harvard Law School, became known in 1908 after the publication of the famous article “Mechanical Jurisprudence” [Pound, R., 1908, p. 605]. The concept developed by R. Pound explored public and private interests and the balance between them. R. Pound called this approach to law “sociological jurisprudence”, or “legal pragmatism” [Pound, R., 1908, p. 609]. R. Round suggested that the dynamic

development of law cannot be achieved without “judicial lawmaking”. In R. Pound’s opinion, the principle of separation of powers only means that for the courts, lawmaking is not a primary function and has at best, a secondary character. The courts only supplement and modify the norms of the law [Pound, R., 1922, p. 105]. At the same time, the actual practice of developing and applying case law does not allow us to share the following conclusion of R. Pound: “The main reason why the case law doctrine as a source of law has been successful is that it, like no other doctrine, combines a certainty of law with its capacity for development” [Pound, R., 1921, p. 182]. I think that another conclusion is in theory more convincing and in practice more realistic – that innumerable problems of applying “judicial precedents” in practice often lead to uncertain law and uncertain judicial practice. At the same time, I would like to note that R. Pound opposed the radical type of “judicial lawmaking” and did not agree with the authors who were in favour of completely depriving judges of such a prerogative.

U.S. Supreme Court Judge Benjamin Cardozo had views close to those of R. Pound. B. Cardozo’s most famous book “The Nature of the Trial” was published in 1921. B. Cardozo, following O. Holmes and R. Pound, considered the judicial function above of as an achievement of substantial rationality – justice and public benefit [Cardozo, B.N., 1921].

Finishing a brief analysis of the positions of the supporters of judicial lawmaking, we cannot ignore the work of K. Llewellyn – the new leader of the movement that supported “judicial lawmaking” in the United States in the 30–40s. In 1930, K. Llewellyn expressed the following opinion: the law is how judges and other government officials really behave in relation to disputes [Llewellyn, K.N., 1996, p. 3]. Unlike the prediction theory of O. Holmes, K. Llewellyn argued that it was not the prediction of court decisions, but the court decisions themselves that were the essence of the law [Green, M.S., 2005, p. 1928]. Moreover, K. Llewellyn emphasized: there is no precedent that the court could not ignore if need be [Llewellyn, K.N., 1996, p. 180]. This position seems unconvincing, and not one supported by proper argument.

I would defend the following thesis: since law is an equal measure for all, both law and jurisprudence should seek certainty; consequently, the stability and expectation of legal relations, i. e. of all of life’s processes. In accordance with the, in my opinion, theoretically debatable, objective and teleological method of law interpretation – *ex nunc*, following which in the processes of law interpretation it is necessary to take into account contemporary realities and needs of society, the European Court of Human Rights in its real practice follows the concept of evolutionary interpretation of law. Thus, the European Court of Human Rights has repeatedly expressed the following position: “the Convention is not a stagnant legal instrument, but is open to interpretation in the light of the present day”; “the object and purpose of the Convention, as a legal instrument protecting human rights,

requires that its rules be interpreted and applied in such a way as to make its guarantees effective and enforceable” [Tumanov, V.A., 2001, c. 90–91]. From the same theoretical standpoint, R. Ryssdal, retired President of the European Court, on November 1, 1998, stated: the European Convention on Human Rights should be interpreted and applied as a living instrument following the development of our societies and not necessarily according to the intentions of the “founding fathers” in 1950 [Ryssdal, R., 1999]. R. Ryssdal’s reservation seems very typical: I will immediately add and emphasise that “...an evolutionary interpretation, following the development of our societies, should not become judicial activism...”.

In my opinion, it is the application of the objective and teleological method of law interpretation – *ex nunc* that results in judicial activism. In this connection, the conclusion of P.-Y. Monjal, Professor at François Rabelais University of France, on the jurisprudence of the European Court of Human Rights in relation to the Convention is also very revealing: “an unexpected turn of events characterized by a disregard for the sovereignty of States’ Parties... **the Convention’s technique of interpretation in strict accordance with the general theory of law can only consist in a literal understanding by the European Court of Human Rights of the exact meaning of the Convention and its corresponding explanations...** There are three separate opinions of judges on this mode of action of the European Court of Human Rights, **largely based on the practice of the UN International Court of Justice (The Hague) in this area, which, unlike the Strasbourg Court, has a legal framework** (primarily international customs of law. – *V.E.*) **for the adoption of provisional measures. The judges who wrote the separate opinion argue that the Court of Strasbourg has thus extended its competence through lawmaking rather than judicial action** [Monjal, P.-Y., 2015, p. 44].

One of the most active supporters of “judicial lawmaking” in Russia is P.A. Guk, who defended in 2012 his thesis “Judicial practice as a form of judicial rulemaking in the legal system of Russia: general theoretical analysis” for his Doctor of Law degree. In the author’s abstract of his dissertation, P.A. Guk formulated, in my opinion, a very unconvincing conclusion in theory, that “A judicial precedent is a judicial decision of the highest judicial authority in a specific case, made within the framework of... a legal procedure (court proceedings), containing a legal provision (court norm), published in official collections and having an imperative to be applied to similar cases in the future” [Guk, P.A., 2012, p. 12]. But is it really the case?

Firstly, in Russia, “the highest judicial authority on a specific case” is the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation. According to, for example, part 4 of Article 391.12 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation, **“the instructions of the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation are binding” only “for the court which**

re-examines the case". Secondly, the Supreme Court of the Russian Federation also adopts decisions of the Plenum (Article 126 of the Constitution of the Russian Federation) in order to develop unified judicial practice in Russia. According to Clause 2 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of December 19, 2003, No. 23 "On Judicial Decision", "when establishing contradictions between the norms of law to be applied in the consideration and resolution of a case, **courts should take into consideration the explanations of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation...**". Thirdly, the notion of "statutory provision" is undefined from the perspective of legal theory. In fact, law contains primarily principles and rules of law. And finally, in Russia, courts of all levels, when considering specific cases, do not develop "judicial precedents of law", but "court positions"– the views, opinions of the court on any issues related to their competence, which by their nature belong to a type of wrong (unrecht). The "court's positions" are first and foremost developed both in the processes of consideration of individual disputes and adoption of judicial acts, administration of justice, and as a result of court activities not related to the administration of justice. An example of this is the adoption of decisions by the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation.

The past and present experience of England is also very typical. Relevant literature traditionally views England as a state where "court precedents" are predominantly "sources of law". In the process of examining in greater depth the forms of national English law, this conclusion is, in my opinion, controversial. "Judicial lawmaking" and the separation of powers are topics that are most directly related. The change in English scholars' approach to the problem of separation of powers is quite revealing. For example, N. Barber writes: "Opinions have changed dramatically – from the almost ubiquitous scepticism typical of 1960–1970 regarding the applicability of the example of separation of powers to the prevailing view of contemporary authors, according to which this principle is in fact directly related to the Constitution of the country" [Barber, N.W., 2001, p. 59]. The principle of separation of powers is well recognized as a general principle of constitutionalism, applicable to all constitutions and at all times [Barber, N.W., 2001, p. 59]. E. Barendt in his work "Separation of Powers and Constitutional Rule" (1995) wrote enthusiastically, that the task of the principle of separation of powers is to protect individual freedom, since separation of powers becomes an obstacle to tyranny and despotism on the part of the state [Barendt, E., 1995, pp. 605–606].

I believe that the abolition of the judicial function of the House of Lords and the establishment of Supreme Court in England under the Constitutional Reform Act 2005 are strong legal proof of the conclusions drawn. In this regard, N. Barber argued that the principle of separation of powers, "... which had previously been rejected and hardly discussed in the scien-

tific and legal spheres, has gradually taken its place in British studies on constitutional law. **It is now perceived as a principle underpinning the Constitution...** [Barber, N., 2012, p. 17].

Under this theoretical approach, I.Yu. Bogdanovskaya's characteristic conclusion seems reasonable: "There are three stages in the evolution of the judicial precedent... The first stage of formation as a source of English law took several centuries (from XI to XIX century). The second: in XIX century, the principle of *stare decisis* finally established judicial precedent as a source of law. **The third stage in the evolution of case law (since the second half of the twentieth century) is due to the development of statutory law and case law of interpretation**" [Bogdanovskaya, I.Yu., 2012, p. 16]. Finally, I.Yu. Bogdanovskaya convincingly summarizes, "Judicial precedent, having played a historical role in the formation and development of legal systems of "common law", is gradually changing its position in the system of sources" [Bogdanovskaya, I.Yu., 2012, p. 26]. It seems necessary only to clarify the thesis of I.Yu. Bogdanovskaya "...is gradually changing its position in the system of sources". I think that, in theory, it is more accurate to draw another conclusion: the "judicial precedent of law" is gradually transformed into one of the types of wrong – the "position of the court", binding only on the parties to a given dispute, developed primarily in the process of consideration and resolution of individual disputes by the courts as a result of interpretation of the principles and rules of law.

Discussion and Conclusion

The above general scientific, philosophical, theoretical, legal and practical arguments allow us to draw several conclusions. I propose:

1. To treat as wrong the social regulators of public relations that have been developed for an indefinite or a definite number of their subjects, characterized by their optionality, non-compliance, lower degree of social connection and interdependence, rather than by "arbitrariness" and "separation" of subjects of public relations.

2. To classify two kinds of wrong. The first type of wrong is the social regulators of public relations formed between an indefinite number of their subjects, such as moral and religious norms, "soft" right, "quasi-right", etc.

The second type of wrong is the social regulators of public relations established between a fixed number of their constituents, in particular, individual contracts, individual judicial acts, "court positions", etc.

3. Not to integrate either the principles and rules of law, or the principles and rules of wrong, into a single system of law.

4. To distinguish legal regulators of legal relations, which are characterized by commitment, enforcement, greater degree of interconnection and interdependence, from social regulators of public relations.

5. According to the scientifically grounded concept of integrative law, only homogeneous social phenomena – above all the principles and norms

of law realized practised by the state and contained in single, multilevel and developing system of forms of national and international law – should be considered as law.

6. To consider, as the initial elements of the system of law, the principles of law – the fundamental regulators of legal relations, system-forming, expressing regularities and the generalization of the most typical to be, above all, the norms of law.

7. To differentiate between two types of “judicial lawmaking” – “moderate” and “radical”. In essence, the “moderate” type of “judicial lawmaking” by numerous researchers (in particular, F. Gény) is limited, firstly, by its assumption of only being outside the law; secondly, by its results being obligatory only for the participants of this process, in each particular case – *ex post*.

8. It is in theory more reasonable to consider a “moderate” type of “judicial lawmaking” as one of the types of the wrong (*unrecht*) – “court positions” developed as a result of the court’s interpretation of the principles and norms of law in the process of consideration and resolution of a particular case, which are binding only on the participants of the case – *ex post*.

9. To introduce the concept of “judicial wrong-making” instead of “judicial lawmaking”.

10. To regard the “radical” kind of “judicial lawmaking”, from general scientific and philosophical positions, as being debatable and counterproductive.

References

- Alekseev, S.S., 1972. *Problemy teorii prava: osnovnye voprosy obshchey teorii sotsialisticheskogo prava* = [Problems of the theory of law: main issues of the General theory of socialist law]. Course of lectures. In 2 vols. Sverdlovsk: Izd-vo Sverdl. yurid. in-ta. (In Russ.)
- Alekseev, S.S., 1989. *Obshchie dozvoleniya i obshchie zaprety v sovetskom prave* = [General permissions and General prohibitions in Soviet law]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)
- Bachinin, V.A., 2001. [Wrong (negative law) as a category and social reality]. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 5, pp. 14–20. (In Russ.)
- Bacon, F., 1937. *O printsipakh i nachalakh* = [Principles and origins]. Moscow: SOTsEKGIZ. (In Russ.)
- Barber, N., 2012. [The separation of powers and the British Constitution]. *Pravo* = [Right], 1, pp. 3–17. (In Russ.)
- Barber, N.W., 2001. Prelude to the separation of powers. *Cambridge Law Journal*, 60, pp. 59–88. (In Eng.)
- Barendt, E., 1995. Separation of powers and constitutional Rule. *Public Law*, 4, pp. 599–619. (In Eng.)

- Baytin, M.I., 2005. *Sushchnost' prava (sovremennoe normativnoe pravoponimanie na grani dvukh vekov)* = [The essence of law (modern normative legal understanding on the verge of two centuries)]. Monograph. 2nd ed. Moscow: ID "Pravo i gosudarstvo". (In Russ.)
- Bogdanovskaya, I.Yu., 2012. [Judicial precedent in the countries of "common law": Peculiarities of development]. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 5, pp. 16–29. (In Russ.)
- Braibant, G., 1988. *Frantsuzskoe administrativnoe pravo* = [French administrative law]. Translated from French. D.I. Vasilyev, V.D. Karpovich. Ed. S.V. Bobotov. Moscow: Progress. (In Russ.)
- Bülow, O., 1995. Statutory Law and the Judicial Function. *The American Journal of Legal History*, 39(1), pp. 71–94. (In Eng.)
- Cardozo, B.N., 1921. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press. (In Eng.)
- Cherdantsev, A.F., 1999. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Textbook. Moscow: Yurayt. (In Russ.)
- Cherdantsev, A.F., 2012. *Logiko-yazykovye fenomeny v yurisprudentsii* = [Logico-linguistic phenomena in jurisprudence]. Monograph. Moscow: Norma; Infra-M. (In Russ.)
- Curran, V.G., 2001. Fear of formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany Judicial Methodology's Impact on Substantive Law. *Cornell International Law Journal*, 35, pp. 101–188. (In Eng.)
- Dawson, J.P., 1968. *Oracles of the Law*. Harvard: Ann Arbor, University of Michigan Law School. (In Eng.)
- Duxbury, N., 1997. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press. (In Eng.)
- Dworkin, R., 2004. *O pravakh user'ez* = About Rights Seriously. Translated from English by M.D. Lakhuti, L.B. Makeeva. Ed. L.B. Makeeva. Moscow: ROSSPEN. (In Russ.)
- Erlich, E., 1917. Judicial Freedom of Decision its Principles and Objects. *Science of legal Method. Selected Essays by Various Authors*. Boston. (In Eng.)
- Erlich, E., 2002. *Fundamental principles of the sociology of law*. Brunswick; London: Transaction Publishers. (In Eng.)
- Ershov, V.V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennyh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of social relations]. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Gadzhiev, G.A., 2013. *Ontologiya prava (kriticheskoe issledovanie yuridicheskogo kontsepta deystvitel'nosti)* = [Ontology of law (critical study of the legal concept of reality)]. Moscow: Norma; Infra-M. (In Russ.)

- Gény, F., 1954. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2nd ed. Paris, 1954. (In Fr.) [An English translation by Louisiana State Law Institute 1963].
- Gnaeus Flavius, 1906. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Carl Winter's Universitätsbuchhandlung. (In Germ.)
- Gordienko, T.G., 2000. [Principles of rights – based law and legal systems]. In: V.V. Nevinskiy, ed. *Lichnost' i gosudarstvo na rubezhe vekov* = [Individual and state at the turn of the century]. Collection of scientific works articles. Barnaul: Izd-vo Altayskogo gos. un-ta. Pp. 39–60. (In Russ.)
- Gray, J.C., 1948. *The Nature and Sources of the Law*. 2nd ed. (In Eng.)
- Green, M.S., 2005. Legal Realism as Theory of Law. *William and Mary Law Review*, 46(6), pp. 1917–2000. (In Eng.)
- Grey, T.C., 1989. Holmes and Legal Realism. *Stanford Law Review*, 41, pp. 787–870. (In Eng.)
- Guk, P.A., 2012. *Sudebnaya praktika kak forma sudebnogo normotvorchestva v pravovoy sisteme Rossii: Obshcheteoreticheskiy analiz* = [Judicial practice as a form of judicial rulemaking in the legal system of Russia: General Theoretical analysis]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Hart, H.L.A., 1961. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press (3rd ed. 2012). (In Eng.)
- Hart, H.L.A., 2007. *Ponyatie prava* = [The concept of law]. Translated form English. Ed. E.V. Afonasin, S.V. Moiseev. St. Petersburg: Izd-vo S.-Peterb. un-ta. (In Russ.)
- Heck, P., 1948. The jurisprudence of interests. *The Jurisprudensce of Interests*. Selected Writings of M. Rumelin, P. Heck, P. Oertmann, H. Stoll, J. Binder, H. Isay. Translated and edited by M. Magdalena Schoch. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Pp. 32–48. (In Eng.)
- Hegel, H.W.F., 1990. *Filosofiya prava* = [Philosophy of law]. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Herget, J.E. and Wallace, S., 1987. The german free law movement as the source of american legal realism. *Virginia Law Review*, 73, pp. 399–455. (In Eng.)
- Jhering, R. von., 2006. Goal in law. *Izbrannye trudy* = [Selected works]. In 2 vols. Volume 1. St. Petersburg, Yurid. tsentr Press. (In Russ.)
- Kant, I., 1963. *Sochineniya* = [Works]. In 6 vols. Volume 1. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Kellogg, F.R., 2006. *Oliver Wendell Holmes, jr., legal theory and judicial restraint*. Cambridge University Press. (In Eng.)

- Kelsen, H., 1990. On the theory of interpretation. *Legal Studies*, 10, pp. 127–135. (In Eng.)
- Kelsen, H., 2007. *General theory of law and state*. Cambridge: Harvard University Press. (In Eng.)
- Kohler, J., 2006. *Shekspir s tochki zreniya prava (Sheylok i Gamlet)* = [Shakespeare from the point of view of law (Shylock and Hamlet)]. Moscow: Volters Kluver. (In Russ.)
- Konovalov, A.V., 2019. *Printsipy grazhdanskogo prava: metodologicheskie i prakticheskie aspekty issledovaniya* = [Principles of civil law: methodological and practical aspects of research]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Kozelsky, Ya.P., 1959. [Philosophical proposals]. *Yuridicheskie proizvedeniya progressivnykh russkikh mysliteley: Vtoraya polovina XVIII veka* = [Legal works of progressive Russian thinkers: the Second half of the XVIII century]. Moscow: Yurid. lit. Pp. 307–430. (In Russ.)
- Kudryavtsev, V.N. and Razumovich, N.N., eds., 1987. *Chistoe uchenie o prave Gansa Kel'zena* = [The pure doctrine of law by Hans Kelsen]. To the XIII Congress of the International Association of legal and social philosophy (Tokyo, 1987). Collection of translations. Volume 1. Moscow: INION RAN. (In Russ.)
- Llewellyn, K.N., 1996. *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*. (In Eng.)
- Lukasheva, E.A., 1970. [Principles of socialist law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = [Soviet State and Law], 6, pp. 21–29. (In Russ.)
- Merryman, J.H. and Pérez-Perdomo, R., 2007. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. Stanford University Press. (In Eng.)
- Monjal, P.-Y., 2015. Can be challenged by the European fundamental rights? *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 5, pp. 39–49. (In Russ.)
- Pound, R., 1908. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, 8, pp. 605–623. (In Eng.)
- Pound, R., 1921. *The Spirit of the Common Law*. Francestown, New Hampshire: Marshall Jones Company Publishers. (In Eng.)
- Pound, R., 1922. *An Introduction to the Philosophy of law*. New Haven, Ct.: Yale University Press. (In Eng.)
- Radbruch, G., 1915. *Vvedenie v nauku prava* = [Introduction to the science of law]. Translated by M.M. Ostrovskaya, I.Z. Shteynberg. Moscow: Trud. (In Russ.)
- Radbruch, G., 2004. *Filosofiya prava* = [Philosophy of law]. Moscow: Mezhdunar. otnosh. (In Russ.)

Saïlles, R., 1954. Preface. *Gény F. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2nd ed. Pp. LXXXIV–LXXXV. (In Fr.). [An English translation by Louisiana State Law Institute. 1963].

Shersenevich, G.F., 1907. *Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava* = [Textbook of Russian civil law]. Reprint 1995. Moscow: Spark. (In Russ.)

Sokolnikova, V.A., 2013. [The Concept of non-law in Hegel's philosophy]. *Probely v rossiyskom zakonodatel'stve* = [Gaps in Russian Legislation], 6, pp. 71–74. (In Russ.)

Tikhomirov, L.A., 1998. *Monarkhicheskaya gosudarstvennost'* = [Monarchic statehood]. Moscow: Oblizdat; Alir. (In Russ.)

Tumanov, V.A., 2001. *Evropeyskiy Sud po pravam cheloveka. Ocherk organizatsii i deyatel'nosti* = [European Court of human rights. Outline of the organization and activities]. Moscow: Norma. (In Russ.)

Tushnet, M., 1977. The Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes on the Supreme Judicial Court. *Virginia Law Review*, 63, pp. 975–1052. (In Eng.)

Vaskovsky, E.V., 1997. *Rukovodstvo k tolkovaniyu i primeneniyu zakonov* = [Guide to the interpretation and application of laws]. Moscow: Gorodets. (In Russ.)

Voronov, A.F., 2009. *Printsipy grazhdanskogo protsessa: proshloe, nastoyashchee, budushchee* = [Principles of civil procedure: past, present, and future]. Moscow: Gorodets. (In Russ.)

Zolotukhina, N.M., 2018. *Politiko-pravovaya mysl' XVI v.: Maksim Grek o prave, spravedlivosti, zakonnosti i pravosudii*. [Political and legal thought of the XVI century: Maxim Grek on law, justice, legality and justice]. Monograph. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)

Information about the author / Информация об авторе:

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 [**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]. E-mail: evv@rsuj.ru

Специальный закон о толковании права – веление времени!

И.А. Фаргиев*

** Верховный суд Республики Ингушетия, г. Магас, Россия
fargiev@yandex.ru*

Введение. В результате российской правовой реформы образовалась новая правовая система, важной составляющей которой является способность юриста давать толкование различных форм национального и международного права, реализуемых в государстве. Научные представления о толковании права имеют значительные пробелы, что затрудняет его практическое использование.

Теоретические основы. Методы. Теоретической основой исследования послужили работы российских и зарубежных ученых о толковании права. Методы исследования – системный, исторический, формально-логический, сравнительный, интерпретации правовых и философских идей.

Результаты исследования. В статье представлены суждения автора относительно проблемных вопросов теории и практики толкования права, которые являются предметом постоянного внимания ученых-юристов, правотворческих и правоприменительных органов. Автор обосновывает необходимость принятия специального закона о нормативных правовых актах, в котором следовало бы дать определение «толкования права», установить процедуру толкования права, закрепить круг субъектов толкования, урегулировать и другие важные научно-прикладные вопросы.

Обсуждение и заключение. Термин «толкование» в современном законодательстве употребляется для официального уяснения и разъяснения содержания норм и принципов только права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Все иные интерпретации права, именуемые доктринальным, обыденным, профессиональным и т. п., могут называться толкованием права условно. Используя научные выводы о диалектической связи права с философией и социологией, историей и политикой, экономикой и идеологией и пр., автор делает вывод о необходимости принятия специального закона о толковании права.

Ключевые слова: право, история толкования права, толкование права, цель и субъекты толкования права, толкование и конкретизация права

Для цитирования: Фаргиев И.А. Специальный закон о толковании права – веление времени! // Правосудие. 2020. Т. 2, № 2. С. 29–48. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.29-48

Special Act on the Interpretation of Law – Dictates of the Time!

Ibragim A. Fargiev*

* *Supreme Court of the Republic of Ingushetia, Magas, Russia*
For correspondence: *fargiev@yandex.ru*

Introduction. As a result of the Russian legal reform, a new legal system was formed; an important feature of which is the power of a lawyer to interpret various forms of national and international law implemented by the state. The scientific understanding of the interpretation of the law has significant gaps which make it difficult to apply in practice.

Theoretical basis. Methods. The theoretical basis of the study was the work of Russian and foreign scientists on the interpretation of law. Research methods were as follows: systematic, historical, formally logical, comparative approaches, interpretation of legal and philosophical ideas.

Results. The article presents the author's opinions on problematic issues of the theory and practice of interpretation of law, which are the subject of constant attention of legal scholars, law-makers and law enforcement agencies. The author justifies the need to adopt a special law on normative legal acts, which should give a legal definition of "interpretation of law", establish a procedure for the interpretation of law, fix the range of subjects of interpretation and other important scientific and applied issues.

Discussion and Conclusion. The term "interpretation", in modern legislation, is used to address the issue of official clarification and explanation of the content of norms and principles of international law employed in developing a multi-level system of forms of national and/or international law, which is then implemented by the state. Other interpretations of the law, referred to as doctrinal, ordinary, professional, etc, can be called a conditional interpretation of the law. Using scientific conclusions about the dialectical relationship of law with philosophy and sociology, history and politics, economics and ideology, etc, the author came to conclusion that there is a need to adopt a special law on the interpretation of law.

Keywords: law, history of interpretation of law, interpretation of law, purpose and subjects of interpretation of law, interpretation and specification of law

For citation: Fargiev, I.A., 2020. Special act on the interpretation of law – dictates of the time! *Pravosudie = Justice*, 2(2), pp. 29–48. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.29-48

Если бы наука могла избавиться от
всего лишнего и составить себя из од-
них понятий, она тем самым сделала бы
себя Наукой Божественной.

Г.В. Лейбниц

Введение

В результате продолжающейся российской правовой реформы произошло существенное изменение отечественного законодательства, соответствующего общепризнанным принципам и нормам международного права. В связи с этим образовалась сложная правовая система, требующая от лиц, причастных к правотворчеству и занимающихся правоприменением, системного юридического мышления. Важнейшей для этого круга лиц является их способность ориентироваться в принципах и нормах права, содержащихся в единой, многоуровневой и развиваю-

щейся системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве. Между тем научные представления сегодняшнего дня о толковании права имеют значительные пробелы, затрудняющие его практическое использование.

Теоретические основы. Методы

Теоретической основой исследования послужили работы российских и зарубежных ученых, принадлежащих к различным научным направлениям и школам и являющихся выразителями нередко противоположных суждений по обозначенной проблематике. В ходе исследования использовались методы структурного и функционального анализа, формально-юридический метод, методы историко-правового исследования, формально-логический метод толкования нормативных правовых актов. Особенности объекта и предмета научного анализа предопределили необходимость использования метода интерпретации правовых и философских идей.

Результаты исследования

Толкование права имеет глубокие исторические корни, свидетельством чему служит право Древнего Рима. В изучении и применении права юристы того времени широко использовали функцию *respondere* – ответы на вопросы, обращенные к ним со стороны магистратов, судей и отдельных граждан. «*Responsa*», т. е. «ответы», разъясняющие закон, отражавшие разные аспекты юридической жизни, формально основываясь на существующих нормах права, фактически видоизменяли их и превратились в самостоятельную ветвь римского права – *juris interpretatio*. Они имели равное действие с законами, наполняя «окаменевшие правила гражданского права новым содержанием» [Иоффе, О.С., 1962, с. 316], приспособляясь к экономическим условиям, значительно отличавшимся от тех, при которых они были созданы. Значение, придаваемое правом древних римлян толкованию норм, нашло отражение и в латинских терминах и изречениях, например: «*constructio legis non facit injuriam*» – толкование закона не порождает нарушения права; «*contemporanea expositio est optima et fortissima in lege*» – толкование закона в соответствии с его смыслом в момент издания считается в праве самым лучшим и авторитетным; «*eius est interpretari cuius est condere*» – тот, кто нечто сочиняет, тот и должен давать этому толкование, и т. д.

По прошествии многих сотен лет цель, средство изучения и преподавания права не изменились, и они совпадают: научить и научиться толковать закон. В начале изучения общей теории права будущие юристы знакомятся с положением, согласно которому толкование закона есть уяснение его смысла. Думается, что в таких сложных вопросах, как толкование и применение закона, а вначале – изучение и преподава-

ние, формула «уяснение смысла закона» рискует обесцениться, если ею ограничиться. Поэтому проблемы толкования права являются предметом постоянного внимания практикующих юристов и ученых на протяжении длительного времени и вызывают оживленные споры. Дискуссии ведутся по ряду вопросов, связанных с толкованием: а) о возможности толкования права при отсутствии ясности в понятии права; б) о термине «толкование права»; в) о субъекте и объекте толкования; г) о целях толкования; д) о толковании и реализации права; е) о толковании и конкретизации права; ж) о толковании права как научной деятельности и т. п.

Профессор А.В. Корнев [2016, с. 39] отмечает, что толкование призвано внести ясность в право, однако как этого добиться, если нет ясности в понимании того, что является правом? Следует отметить, что правильным пониманием права, его применением наряду с учеными [Алексеев, С.С., 1982; Марченко, М.Н., 2015; Новгородцев, П.И., 1904; Палиенко, Н.И., 1908; Шершеневич, Г.Ф., 1911] обеспокоены и правоприменители [Лебедев, В.М., 2003, с. 45]. Некоторые из них не без основания констатируют, что многие вопросы, относимые к научным достижениям в понимании права, не имеют прикладного значения, не могут использоваться органами публичной власти и их должностными лицами. Критически-снисходительное восприятие научных работ в понимании права значительно затрудняет его применение на практике и создает значительные трудности в профессиональном становлении юристов [Серков, П.П., 2018, с. 21].

Изучение специальной литературы показало, что право рассматривается через призму философии, социологии, истории, политики, экономики, идеологии. Стало модным при юридическом анализе этого феномена обращаться к теологии, лингвистике, модернизму, авангардизму, постмодернизму. Сегодня, кроме того, предлагается поразмышлять также о праве метамодерна как новой парадигме юридического мышления [Зорькин, В.Д., 2019; Бавсун, М.В. и Попов, Д.В., 2018].

Метамодернизм (метамордерн), по мнению сторонников названной теории, – возвышение над крайностями модернизма и постмодернизма в целях обозрения мира в единстве его многообразия и изучение реакции общества на вызовы времени с надвигающимися кризисами в области экологии, финансов, геополитики. Данный тройной кризис «в буквальном смысле слова накаляет культурные дебаты и провоцирует расшатывание догматов» [Вермюлен, Т. и Аккер, Р. ван ден, 2014]. Приверженец философско-правовых и теоретико-правовых основ российского конституционализма В.Д. Зорькин [2019], исследуя обозначенное научное направление, отмечает, что если не оспаривать предложенную авторами «кризисную триаду», то кризис права и демократии следует рассматривать в контексте геополитического кризиса. Важность предлагаемого метамодернистского подхода для правовой теории и прежде всего

для понимания права заключается, по мнению В.Д. Зорькина, в «расшатывании догматов», поскольку без преодоления устоявшихся теоретических стереотипов невозможно противостоять кризису в правовой сфере.

Высказанные суждения являются интересными, однако справедливости ради следует отметить, что задолго до обсуждения этой проблемы в праве «как новой парадигмы юридического мышления» отдельные ученые в юридической науке излагали главную идею метамодерна в праве, призывая расширить границы понимания права и его применения через изменившийся мир экономики, политики, идеологии и через динамично изменяющееся правосознание людей.

Так, современный апологет научно обоснованного интегративного правопонимания профессор В.В. Ершов еще в 1992 г. акцентировал внимание юридической общественности на необходимость поиска новых подходов к пониманию права в стремительно меняющемся мире. При этом он утверждал, что «защита прав граждан... требует теоретического осмысления понятия права, его соотношения с другими социальными нормами и государством» [Ершов, В.В., 1992]. В 2016 году данный исследователь бьет в научный набат, заявляя, что в конце XX и в начале XXI в. в России и в мире в целом произошли серьезные экономические, политические, правовые изменения, в связи с чем «возникла настоятельная необходимость теоретического переосмысления многих “безусловных”, “устоявшихся” и “неоспоримых” “истин” в правопонимании, выработке новых парадигм правотворчества и правопонимания» [Ершов, В.В., 2018, с. 5].

Диалектическая связь права с философией и социологией, историей и политикой, экономикой и идеологией и т. п., конечно же, бесспорна. Но стоит ли злоупотреблять этой связью? В аспекте оценки обсуждаемой проблемы удивительно современно звучит мысль родоначальника немецкой классической философии Иммануила Канта, стоявшего на грани эпох Просвещения и Романтизма, что «смещение границ различных наук ведет не к расширению этих наук, а к их искажению» [Кант, И., 2017, с. 4]. Попытка же отдельных исследователей привнесения в юридическую науку достижений из других областей знания, в том числе теологии, авангардизма, модернизма, постмодернизма, метамодерна и т. д., «может грозить усилением метафизических спекуляций» [Корнев, А.В., 2016, с. 43].

Существует множество определений права и исследований, посвященных данному вопросу. В России и в мире в целом сложились два основных типа правопонимания: позитивистское и интегративное, последний тип, в свою очередь, дифференцируется на два вида: научно дискуссионное и научно обоснованное.

Правовой (юридический) позитивизм – наиболее распространенный тип правопонимания: право рассматривается как результат только правотворческой функции государства, независимой от экономических и классовых отношений.

Научно-дискуссионные концепции интегративного правопонимания включают в понятие права как принципы и собственно правовые нормы, так и неправовые явления – нормы морали, позиции судов, судебный прецедент, и таким образом происходит смешение «права и не права».

Научно обоснованная концепция интегративного правопонимания характеризуется ограничением права прежде всего принципами и нормами только права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в данном государстве [Ершов, В.В., 2018, с. 57, 620–621]. На ее основе можно сделать важный вывод, что между законом и правом противоречий нет, что исключает допустимость, правомерность, саму логическую возможность подмены одного другим.

Не затрагивая достоинства и недостатки одних типов правопонимания в сравнении с другими, при исследовании вопросов толкования права автор опирается на научно обоснованную концепцию интегративного правопонимания, являющуюся наиболее перспективной для науки и практики, поскольку позволяет исключить несогласующиеся между собой крайности традиционных веками доминирующих типов правопонимания – естественно-правового, социологического и позитивистского.

При научно обоснованном виде интегративного правопонимания, выражающегося в принципах и нормах права, содержащихся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве, необходимость опровержения ошибочных суждений о том, что объектом толкования являются лишь нормы права, отпадает. Это обусловлено еще и тем, что существенные фрагменты спорных положений об объекте толкования подвергнуты анализу на страницах юридической печати [Ершов, В.В., 2019].

Современная юридическая фразеология в погоне за модой, чаще всего заграничной, привела ко многим несуразностям: акты декларативные и рекомендательные часто выдаются за императивные и нормативные, международно-правовые понятия привлекаются для характеристики внутригосударственных конфликтов, многие термины употребляются вообще в противоречии с их правовым смыслом [Беляев, В.Г., 2003, с. 62]. В связи с этим и другими причинами, которые изложены в серьезных монографических исследованиях [Вопленко, Н.Н., 2007; Петрушев, В.А., 2008; Хабриева, Т.Я., 2018; и др.], термин «толкование права» является дискуссионным и подробно анализируется в многочисленных научных трудах, поскольку точность правовых терминов имеет не одно лишь филологическое, стилистическое и терминологическое значение. Суть дискуссий сводится к следующим основным суждениям.

Одни исследователи полагают: толкование права – это интеллектуально-волевая деятельность по уяснению, познанию смысла правовых норм [Денисов, А.И., 1955, с. 58]. Другие уверены, что толкование есть

разъяснение смысла норм права [Голунский, С.А. и Строгович, М.С., 1940, с. 260]. В обоих случаях исследователи понимают толкование права узко: одни ограничивают его познанием лишь смысла правовых норм, оставляя без внимания тот факт, что к праву относятся и принципы права; вторые – разъяснением смысла правовых норм, но, как правильно отмечено в правовой литературе, «прежде чем “разъяснить смысл норм права”, очевидно, необходимо “уяснить смысл принципов и норм права”» [Ершов, В.В., 2019, с. 6].

Третий научный подход, согласно которому толкование права представляет собой диалектически взаимосвязанные стороны общего понятия правотолкования, заключающегося в его уяснении и разъяснении [Алексеев, С.С., 1982, с. 290], представляется наиболее убедительным.

В правовой литературе общепризнана мысль о том, что по субъекту разъяснения правового акта различают официальное и неофициальное толкование, причем значение того и другого не равнозначно. Официальное толкование исходит от компетентных государственных органов и является юридически обязательным. Неофициальное толкование не обладает властно-обязательной силой [Радько, Т.Н., Лазарев, В.В. и Морозова, Л.А., 2016]. Это многолетнее устоявшееся мнение нельзя признать обоснованным.

Анализ норм Конституции России (ч. 5 ст. 125) и действующего закона (п. 3 ч. 2 ст. 270, п. 3 ч. 2 ст. 288, ч. 2.1 ст. 289 ч. 4 ст. 291.14 АПК РФ; п. 3 ч. 2 ст. 330 ГПК РФ; ст. 33 КАС РФ; ч. 1 ст. 166 СК РФ и др.), в которых применяются понятия «толкование», «истолкование» права и «изучение судебной практики», позволяет утверждать, что толкование может быть только официальным, осуществляемым компетентными в этой области государственными органами или уполномоченными на то организациями.

Официальное толкование права, или просто толкование права по объему, подразделяется на нормативное и казуальное (индивидуальное). *Нормативное толкование* – официальное разъяснение, которое обязательно для всех лиц и органов, применяющих определенные принципы или нормы права. Официальное толкование может давать и сам орган, издавший соответствующую норму или принцип права. *Казуальное толкование* – такое разъяснение содержания правовых принципов и норм, которое дается в связи с рассмотрением конкретного юридического дела. Такое толкование называется казуальным, так как оно имеет силу только для данного конкретного случая (казуса).

Нормативное и казуальное разъяснения по своему содержанию подразделяются на судебные и административные. *Судебное толкование* – разъяснение смысла права, осуществляемое судами. Оно обеспечивает правильное понимание и единообразное применение права в деятельности судов. *Административное толкование* – разъяснение смысла права, которое дается исполнительными органами государства. Такое

толкование касается вопросов управления, труда, социального обеспечения и подобных.

Таким образом, хотя закон и не раскрывает содержание термина «толкование», употребляется этот термин только в вопросе официального уяснения и разъяснения содержания принципов и норм права, выработанных в единой правовой системе государства. Толкование, признаваемое в юридической литературе «неофициальным», не обладающее властно-обязательной силой, именуемое доктринальным, обыденным, компетентным, профессиональным и т. п., возможно называть толкованием права лишь условно. Связано это с тем, что все иные интерпретации права, называемые «неофициальным толкованием права», не отвечают тем требованиям, которые законодателем заложены в смысловую составляющую юридического института «толкования права».

В русской историко-правовой литературе также высказывалась мысль о недопустимости расширительного понимания толкования права. В частности, классик отечественной цивилистики Г.Ф. Шершеневич [1995, с. 56] полагал неправильным рассматривать толкование права как научную деятельность. Действительно, официальное толкование права не может рассматриваться как доктринальная деятельность, но оно должно опираться на созданные наукой и подтвержденные практикой ценности, т. е. доктринальность (научность) является составной частью официального толкования, для которого требуется государственный уровень интерпретации государственного веления. Свидетельством тому, что официальное толкование права опирается на созданные теорией и практикой ценности, является составной частью официального толкования, служат формулировки, используемые в постановлениях (определениях) Конституционного Суда Российской Федерации и в решениях Верховного Суда Российской Федерации.

Так, в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 1 декабря 2015 г. № 30-П «По делу о проверке конституционности частей 4, 5 и 5.1 статьи 35, частей 2 и 3.1 статьи 36 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и части 1.1 статьи 3 Закона Иркутской области «Об отдельных вопросах формирования органов местного самоуправления муниципальных образований Иркутской области» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» смысл Конституции России определяется «в ее *нормативно-доктринальном толковании...*»¹ (выделено мною. – И.Ф.). Аналогичная формулировка – «нормативно-доктринальное толкование» применяется, например, и в решении Верховного Суда Российской Федерации от 17 ноября 2016 г. № АКПИ16-907 «О признании недействующими отдельных положений Типовой схемы организации пропуска через государственную границу Россий-

¹ Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2016. № 2.

ской Федерации лиц, транспортных средств, грузов, товаров и животных в морских и речных (озерных) пунктах пропуска через государственную границу Российской Федерации»² (утв. приказом Министерства транспорта Российской Федерации от 22 декабря 2009 г. № 247).

В значительной мере проблемы ошибочного понимания толкования права в юридической литературе и производные от них недочеты правоприменения, отмеченные многократно в обзорах и справках³ высших, а также местных судов страны, могли бы быть устранены принятием специальных норм закона о толковании права. Это может быть отдельный закон или нормы, включенные в закон о нормативных правовых актах, в которых следовало бы дать легальное определение «толкования права», установить процедуру толкования права, закрепить круг субъектов толкования и урегулировать и другие важные научно-прикладные вопросы.

Крупный российский ученый-правовед Т.Я. Хабриева отмечает, что высшей формой отражения достижений юридической науки в сфере правотворчества стали законы о нормативных правовых актах, которые действуют в Италии, Японии, Болгарии, Казахстане, Беларуси, Узбекистане, Грузии, Азербайджане, ряде других государств. Отечественный Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации в инициативном порядке разработал проект такого закона еще в 1970-е гг., одна из его последних редакций положена в основу законопроекта «О нормативных правовых актах в Российской Федерации», который подготовлен Минюстом России и проходил стадию общественного обсуждения [Хабриева, Т.Я., 2015, с. 8]. В данном законопроекте глава 13 называется «Официальное толкование нормативных правовых актов», и в ней закреплено, что официальное толкование осуществляют органы, издавшие акт (аутентичное толкование), и органы, которым право на официальное толкование нормативных правовых актов предоставлено законодательством (делегированное толкование). Такое толкование производится исключительно в целях разъяснения содержания правовых норм и не может изменять их смысл. Оно является общеобязательным, его юридическая сила соответствует толкуемому акту. Кроме того, официальное толкование дается органами при рассмотрении конкретного дела (казуальное толкование), является обязательным для его участников, если иное

² Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 12.

³ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 (2018); Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2017); Справка по результатам изучения судебной практики по гражданским делам и делам, вытекающим из публичных правоотношений, по материалам апелляционной инстанции, делам об административных правонарушениях, рассмотренным Саратовским областным судом за четвертый квартал 2015 г. Доступ из информационно-поисковой системы «Гарант».

не установлено федеральным законом. В проекте обозначены и другие проблемы толкования права, имеющие научно-практическое значение⁴.

С сожалением приходится констатировать, что проблемы толкования права, имеющие важный прикладной характер, остаются длительное время без надлежащего внимания правотворческих органов. Это подтверждает, в частности, указанный проект закона, разработанный в 70-х гг. XX в., усовершенствованный в начале XXI в., однако до сих пор не принятый законодателем.

Необходимо отметить, что в одном из субъектов Российской Федерации принят закон, в котором нашли отражение отдельные вопросы толкования права. Таков Закон Республики Ингушетия от 7 декабря 1999 г. № 29-РЗ «О нормативных правовых актах Республики Ингушетия»⁵ (далее – Закон), определяющий понятие и виды нормативных правовых актов Республики, устанавливающий их соотношение между собой, порядок подготовки, опубликования, действия, разъяснения и систематизации, а также порядок толкования и способы разрешения юридических коллизий. Глава VII Закона называется «Официальное толкование нормативных правовых актов Республики Ингушетия». В ней дано понятие официального и неофициального толкования нормативных правовых актов Республики: согласно ч. 1 ст. 41 Закона официальное толкование нормативных правовых актов – разъяснение нормативных правовых актов правомочным нормотворческим органом Республики Ингушетия. Подобное толкование нормативных правовых актов осуществляется в случае обнаружения неясностей и различий в понимании положений нормативного правового акта, а также противоречий в практике его применения либо в целях восполнения имеющегося пробела в правовом регулировании. Официальное толкование нормативного правового акта, как это следует из ч. 2 названной статьи Закона, не может изменять смысл его норм и должно исходить как из целей и задач нормативного правового акта, так и из сложившейся практики правоприменения.

В части 3 ст. 41 Закона неофициальным толкованием нормативных правовых актов признается разъяснение, производимое организациями и лицами, не имеющими права официального толкования, которое не носит официального характера и не имеет обязательной юридической силы.

В указанном Законе перечислены субъекты толкования, а также урегулированы вопросы, связанные с запросами о толковании положений нормативных правовых актов, и ряд других проблем.

⁴ О проекте федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» // Журнал российского права. 2013. № 3.

⁵ Сборник законов Республики Ингушетия. Вып. № 6 (1999).

Очевидно, что данный Закон нельзя признать совершенным, поскольку он оставляет без внимания многие проблемы толкования права, являющиеся дискуссионными в отечественной правовой науке и имеющие важное прикладное значение для правотворческих и правоприменительных органов. В то же время опыт работы над данным Законом и его положения могут быть изучены более подробно учеными-юристами, практиками, а его отдельные положения учтены федеральным законодателем при разработке аналогичного специального закона о толковании права или о нормативных правовых актах Российской Федерации.

Относительно цели толкования права в разные исторические периоды в теории высказаны неодинаковые суждения. Так, русский ученый-юрист, философ права профессор Н.М. Коркунов [1897, с. 347] видел цель толкования в разъяснении смысла отдельных юридических норм. Другой русский исследователь полагал, что «...толкование имеет своей целью выяснить мысль нормы по ее выражению» [Шершеневич, Г.Ф., 1995, с. 56]. С точки зрения юридического позитивизма эти суждения безупречны, однако их нельзя применить к пониманию права на современном этапе развития общества, хотя бы потому, что право содержит не только «правовые нормы», но и принципы права. Более профессионально точными являются мысли немецкого исследователя Йозефа Колера, крупного специалиста в области сравнительного правоведения конца XIX и начала XX в., который считал, что задачей толкования законов должно быть поставлено не воспроизведение воли законодателя, а исследование цели закона и извлечение содержащихся в нем принципов права [Гамбаров, Ю.С., 1911].

В современной правовой литературе одни исследователи полагают, что «основная цель официального толкования-разъяснения – обеспечить единообразное понимание содержания норм права и достижение их одинакового применения» [Марченко, М.Н., 2016]; другие полагают, что цель толкования одна: «уяснение для себя и пояснение для других содержания воли, выраженной в праве» [Радько, Т.Н., Лазарев, В.В. и Морозова, Л.А., 2016].

Не вдаваясь в многочисленные описания подходов к проблеме сущности толковательного процесса, мы исходим здесь из общего, сложившегося в отечественной доктрине понятия толкования как уяснения и разъяснения права. В то же время в научной среде существует мнение, что толкование норм и принципов преследует также цель их правильной реализации на практике [Алексеев, С.С., 2009, с. 502; Лазарев, В.В. и Липень, С.В., 2015, с. 397; Оксамытный, В.В., 2012]. В другом случае утверждается, что «проблема толкования права выходит за рамки реализации права. Она имеет самостоятельное значение в процессе научного или обыденного познания государственно-правовой жизни» [Радько, Т.Н., Лазарев, В.В. и Морозова, Л.А., 2016].

Каждое из приведенных суждений содержит рациональное зерно. Необходимость ясного представления о содержании принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в данном государстве, возникает в ходе правотворческой и правоприменительной работы. Ни издавать новый акт, ни систематизировать имеющиеся, ни применять на практике соответствующие нормы и принципы права нельзя без знания подлинной воли законодателя, которая получила официальное выражение. Представляется, что субъект, которому предоставлено толковать право, самостоятельно уясняет его смысл и требования для реализации правовых норм и принципов либо решения иных задач, которые входят в круг его полномочий.

Сразу необходимо оговорить: законность и правопорядок в обществе исключают возможность смешения правотворческой и праворазъяснительной деятельности. Следовательно, встречающееся в работах отдельных исследователей мнение о том, что толкование обладает функциями «компенсации технических неясностей, неточностей и восполнения пробелов юридических норм» [Власенко, Н.А., 2008а, 2008б], теоретически несостоятельно и практически неприемлемо. Подобные суждения опасны еще и тем, что могут создавать условия для нарушения конституционного принципа разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную. В таких случаях на органы, не наделенные функциями принятия закона, возлагаются несвойственные им обязанности по «восполнению пробелов юридических норм», иначе говоря, имеет место создание новых норм. На подобную опасную тенденцию в Федеративной Республике Германия обращает внимание известный немецкий ученый-юрист профессор Бернд Рютерс, по утверждению которого «Германия превратилась из правового государства, основанного на принципе разделения властей, в “государство судей”» [Рютерс, Б., 2019, с. 45]. Причиной такой трансформации, по мнению исследователя, является стремительная динамика экономического и общественного развития, влекущая за собой невозможность своевременного законодательного урегулирования происходящих изменений в обществе, в связи с чем нередко проблемы нормотворчества перелгаются на специализированные суды и Федеральный конституционный суд [Рютерс, Б., 2019, с. 45].

Согласно ч. 2 ст. 36 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»⁶ основанием к рассмотрению дела о толковании Конституции является обнаружившаяся неопределенность в понимании ее положений. Применительно к делам

⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 13. Ст. 1447

о толковании в этом Законе не предусмотрены специальные условия или признаки допустимости запроса, как предусмотрено для иных категорий дел. В связи с этим в правовой литературе отмечается, что «Конституционный Суд, учитывая смысл закона и предназначение института толкования, возложил на себя право дополнять законодательные условия допустимости обращений интерпретационными правилами, сформулированными в так называемых “отказных” определениях» [Кравец, И.А., 2016]. Факт создания Конституционным Судом в отдельных случаях новых норм признается некоторыми судьями данного Суда⁷. Нельзя сказать, что указанная тенденция сопоставима с имеющей место в Германии, однако она должна настораживать, поскольку Конституционный Суд не может подменять законодателя. Недопустимость вторжения в компетенцию законодателя при рассмотрении своих дел сам Суд констатировал неоднократно. В частности, в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 4 февраля 1997 г. № 14-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Законодательного Собрания Владимирской области о толковании пункта “н” части 1 статьи 72 Конституции Российской Федерации» указано на отсутствие у данного Суда права создавать новые правовые нормы⁸.

Важным для науки и практики является разграничение толкования и конкретизации права, что обусловлено абстрактным и относительно определенным характером принципов и норм права, регулирующих многообразие правоотношений. Спорные вопросы проблемы соотношения толкования и конкретизации права изложены в последние годы в трудах ученых-юристов с подробным анализом недостатков, вытекающих из ошибочного понимания правотворческой и правоприменительной деятельности [Власенко, Н.А. и Залоило, М.В., 2016; Ершов, В.В., 2019; Залоило, М.В. и Малютин, Н.С., 2015].

В научном и практическом плане недопустимо смешение правовых категорий «толкование права» и «конкретизация права», поскольку это не совпадающие и требующие разграничения категории. Конкретизация права предусматривает развитие управомоченными правотворческими органами принципов и норм права, содержащихся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве. Толкование права, как было отмечено выше, – это уяснение правотворческими либо пра-

⁷ См.: Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Ю.М. Данилова «По делу о проверке конституционности частей первой и третьей статьи 1, частей первой, третьей и четвертой статьи 35 УПК РФ в связи с жалобами граждан А.В. Лушников, А.С. Пушкарева и И.С. Пушкарева». Доступ из информационно-поисковой системы «Гарант».

⁸ Доступ из информационно-поисковой системы «Гарант».

воприменительными органами для себя указанных принципов и норм права и их разъяснение для других.

Таким образом, толкование представляет собой особый вид деятельности государственных органов, должностных лиц, направленной на раскрытие смыслового содержания норм и принципов только права. Многие дискуссионные вопросы теории права могли бы быть сглажены и благоприятствовали бы созданию условий для успешной законодательной и особенно правоприменительной деятельности в случае принятия специального закона о нормативных правовых актах. В данном законе следует дать легальное определение «толкования права», установить процедуру толкования права, круг субъектов толкования и разрешить и другие важные вопросы, имеющие научно-прикладное значение.

Обсуждение и заключение

Как представляется, проведенное исследование позволяет сделать несколько итоговых выводов.

Первый. Толкование права, оказывающее серьезное влияние на правотворческую и на правореализационную практику, может быть только официальным. На сегодняшний день, хотя закона, раскрывающего содержание термина «толкование», не имеется, толкование осуществляется правотворческими и правоприменительными органами при официальном уяснении и разъяснении содержания норм и принципов только права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Второй. Диалектическая связь права с философией и социологией, историей и политикой, экономикой и идеологией и т. п. бесспорна, поэтому при толковании права следует разумно использовать достижения указанных наук в целях исключения смешения предметов различных наук.

Третий. Существуют многочисленные описания подходов к проблеме сущности толковательного процесса. Автор же исходит из понятия толкования как уяснения и разъяснения права для его реализации или решения иных задач, которые входят в круг полномочий субъекта толкования.

Четвертый. Благоприятные условия для успешной правотворческой и особенно правоприменительной деятельности могут быть созданы принятием специального закона о нормативных правовых актах, в котором необходимо дать легальное определение «толкования права», установить процедуру толкования права, закрепить круг субъектов толкования и урегулировать и другие важные научно-прикладные вопросы.

Список использованной литературы

- Алексеев С.С. Общая теория права. М. : Проспект, 2009. 565 с.
- Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 т. Т. 2. М. : Юрид. лит., 1982. 360 с.
- Бавсун М.В., Попов Д.В. Метамодерн в праве: осцилляция в точке Каннети. Статья 1. Пролиферация норм и разум // Научный вестник Омской академии МВД России. 2018. № 4. С. 62–67.
- Беляев В.Г. Уголовное право. Заметки доцента. Jus crimen. Волгоград, 2003. 403 с.
- Вермюлен Т., Аккер Р. ван ден. Что такое метамодернизм? // Двоеточие. 2014. № 23. URL: <https://dvoetochie.wordpress.com/2014/06/19/metamodernism/>
- Власенко Н.А. Правовая природа, виды и понятие правовых позиций суда // Российское правосудие. 2008а. № 9. С. 32–41.
- Власенко Н.А. Правовые позиции: понятие и виды // Журнал российского права. 2008b. № 12. С. 77–86.
- Власенко Н.А., Залоило М.В. Конкретизация и толкование права как творческое содержание судебной практики // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 43–47.
- Вопленко Н.Н. Толкование права. Волгоград : ВолГУ, 2007. 126 с.
- Гамбаров Ю.С. [Параграф] Толкование права // Гражданское право. Общая часть. СПб., 1911.
- Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. М., 1940. 304 с.
- Гринева А.В. Судебные правовые позиции. Теоретические вопросы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 24 с.
- Денисов А.И. Социалистическое право. М., 1955. 68 с.
- Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений : моногр. М. : РГУП, 2018. 628 с.
- Ершов В.В. Судебная власть в правовом государстве : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1992. URL: <https://www.dissercat.com/content/sudebnaya-vlast-v-pravovom-gosudarstve>
- Ершов В.В. Толкование и конкретизация административного процессуального права // Российское правосудие. 2019. № 5. С. 5–13.
- Залоило М.В., Малютин Н.С. Толкование как универсальные формы эволюции права // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 4. С. 84–89.
- Зорькин В.Д. Право метамодерна: постановка проблемы : лекция на IX Петерб. междунар. юрид. форуме (СПб., 16 мая 2019 г). URL:

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

Иоффе О.С. Из истории цивилистической мысли (юриспруденция Древнего Рима) // Проблемы гражданского и административного права. Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1962. С. 314–334.

Кант И. Предисловие ко второму изданию 1787 г. // Критика чистого разума. М., 2017. 784 с.

Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 4-е изд. СПб. : Изд. юрид. кн. магазина Н.К. Мартынова, 1897. 364 с.

Корнев А.В. Толкование права в контексте различных типов взаимопонимания // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 29–43.

Кравец И.А. Конституционное правосудие: теория судебного конституционного права и практика судебного конституционного процесса. М. : Юстицинформ, 2016. 40 с.

Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права : учебник : 5-е изд. М. : Юрайт, 2015. 512 с.

Лебедев В.М. Конституционные основы самостоятельности и независимости судебной власти. Статус судей Российской Федерации // Судебная власть России: история, документы : в 6 т. Т. 6. / О.Е. Кутафин, В.М. Лебедев, Г.Ю. Семигин. М. : Мысль, 2003. 803 с.

Марченко М.Н. Тенденции развития права в современном мире. М. : Проспект, 2015. 376 с.

Марченко М.Н. Теория государства и права : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2016. 640 с.

Новгородцев П.И. Из лекций по общей теории права. Часть методологическая. М. : Тип. Вильде, 1904. 109 с.

Оксамытный В.В. Общая теория государства и права. М. : Юнити-Дана, 2012. 511 с.

Палиенко Н.И. Учение о существе права и правовой связанности государства. Харьков : Тип. и лит. М. Зильберберг и с-вья, 1908. 351 с.

Петрушев В.А. Толкование права. М. ; Иркутск : ГОУ ВПО РПА Минюста России, 2008. 259 с.

Радько Т.Н., Лазарев В.В., Морозова Л.А. Теория государства и права : учебник для бакалавров. М. : Проспект, 2016. 564 с.

Рютерс Б. Государство судей: миф или реальность // Правосудие. 2019. № 2. С. 45–50.

Серков П.П. Правоотношение (Теория и практика современного правового регулирования) : моногр. : в 3 ч. Ч. 1. Грани правового неведомого. М. : Норма, 2018. 511 с.

Теоретические и практические проблемы правопонимания : материалы конференции (съезда, симпозиума). М.: РАП, 2010.

Хабриева Т.Я. Избранные труды : в 10 т. Т. 6. Теория толкования права. Теория правотворчества. Концепции развития законодательства / Российская акад. наук. М. : [б. и.], 2018. 472 с.

Хабриева Т.Я. Современное правотворчество и задачи юридической науки // Журнал российского права. 2015. № 8. С. 5–13.

Шершеневич Г.Ф. Общая теория права : учеб. пособие : в 2 т. Т. 1. Вып. 1. М. : Юрид. колледж МГУ, 1995. 308 с. (по изд. 1910–1912 гг.).

Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М. : Изд. бр. Башмаковых, 1911. 698 с.

References

Alekseev, S.S., 2009. *Obshchaya teoriya prava* = [General theory of law]. Moscow: Prospect. (In Russ.)

Alekseev, S.S., 1982. *Obshchaya teoriya prava* = [General theory of law]. Moscow: Yurid. lit., Volume 2. (In Russ.)

Bavsun, M.V. and Popov, D.V., 2018. Metamodernity in Law: Oscillation at Canetti Point. Article 1. Proliferation of Norms and Reason. *Nauchnyj vestnik Omskoj akademii MVD Rossii* = [Scientific Bulletin of Omsk Academy of Ministry of Internal Affairs of Russia], 4, pp. 62–67. (In Russ.)

Belyaev, V.G., 2003. *Ugolovnoe pravo. Zametki docenta. Jus crimen* = [Criminal law. Notes of Associate Professor. Jus crimen]. Volgograd, 2003. (In Russ.)

Denisov, A.I., 1955. *Socialisticheskoe pravo* = [Socialist law]. Moscow. (In Russ.)

Ershov, V.V., 2019. Interpretation and Specification of Administrative Procedure Law. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 5, pp. 5–13. (In Russ.)

Ershov, V.V., 1992. *Sudebnaya vlast' v pravovom gosudarstve* = [Judicial power in a legal state]. Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. Available at: <<https://www.dissercat.com/content/sudebnaya-vlast-v-pravovom-gosudarstve>>. (In Russ.)

Ershov, V.V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennyh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of public relations]. Monograph. Moscow: RGUP (In Russ.)

Gambarov, Y.S., 1911. [Paragraph] Interpretation of law. In: Gambarov, Y.S. *Grazhdanskoe pravo. Obshchaya chast'* = [The Civil law. Common part]. St. Petersburg. (In Russ.)

- Golunsky, S.A. and Strogovich, M.S., 1940. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Moscow. (In Russ.)
- Grineva, A.V., 2008. *Sudebnye pravovye pozicii. Teoreticheskie voprosy* = [Judicial legal positions. Theoretical questions]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Ioffe, O.S., 1962. [From the history of civilistic thought (jurisprudence of Ancient Rome)]. *Problemy grazhdanskogo i administrativnogo prava* = [Problems of civil and administrative law]. Leningrad: Izd-vo Leningr. un-ta. (In Russ.)
- Kant, I., 2017. Preface to the second edition of 1787. *Kritika chistogo razuma* = [Criticism of pure reason]. Moscow. (In Russ.)
- Khabrieva, T.Y., 2015. Contemporary Law-Making and the Role of Juridical Science. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 8, pp. 5–13. (In Russ.)
- Khabrieva, T.Y., 2018. *Izbrannye trudy. V 10 t. T. 6. Teoriya tolkovaniya prava. Teoriya pravotvorchestva. Konceptii razvitiya zakonodatel'stva* = [Selected works. In 10 vols. Volume 6. Theory of interpretation of law. Law-making theory. Concepts of legislation development]. Moscow. (In Russ.)
- Korkunov, N.M., 1897. *Lekcii po obshchej teorii prava* = [Lectures on General theory of law]. 4th ed. St. Petersburg: Izd. yurid. kn. magazina N.K. Martynova. (In Russ.)
- Kornev, A.V., 2016. Interpretation of law in the context of various methods of law cognition. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 8, pp. 29–43. (In Russ.)
- Kravets, I.A., 2016. *Konstitucionnoe pravosudie: teoriya sudebnogo konstitucionnogo prava i praktika sudebnogo konstitucionnogo processa* = [Constitutional justice: theory of judicial constitutional law and practice of judicial constitutional process]. Moscow: Yusticinform. (In Russ.)
- Lazarev, V.V. and Lipen, S.V., 2015. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Textbook. 5th ed. Moscow, Yurait. (In Russ.)
- Lebedev, V.M., 2003. Constitutional bases of independence and independence of the judiciary. Status of judges of the Russian Federation. In: O.E. Kutafin, V.M. Lebedev, G.Yu. Semigin. *Sudebnaya vlast' Rossii: istoriya, dokumenty* = [Judicial power of Russia: history, documents]. In 6 vols. Volume 6. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Marchenko, M.N., 2015. *Tendencii razvitiya prava v sovremennom mire* = [Trends in the development of law in the modern world]. Moscow: Prospekt. (In Russ.)
- Marchenko, M.N., 2016. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Textbook. 2nd ed., revised and expanded. Moscow: Prospekt. (In Russ.)

- Novgorodtsev, P.I., 1904. *Iz lekcij po obshchej teorii prava. Chast' metodologicheskaya* = [From lectures on General theory of law. Part methodological]. M.: Tip. Vil'de. (In Russ.)
- Oxamitny, V.V., 2012. *Obshchaya teoriya gosudarstva i prava* = [General theory of state and law]. Moscow: Yuniti-Dana. (In Russ.)
- Palienko, N.I., 1908. *Uchenie o sushchestve prava i pravovoj svyazannosti gosudarstva* = [The Doctrine of the essence of law and the legal connectedness of the state]. Khar'kov: Tip. i lit. M. Zil'berberg i s-v'ya. (In Russ.)
- Petrushev, V.A., 2008. *Tolkovanie prava* = [Interpretation of the law]. Moscow; Irkutsk: GOU VPO RPA Minyusta Rossii. (In Russ.)
- Rad'ko, T.N., Lazarev, V.V. and Morozova, L.A., 2016. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Textbook for bachelors. Moscow: Prospect. (In Russ.)
- RAP, 2010. *Teoreticheskie i prakticheskie problemy pravoponimaniya* [Theoretical and practical problems of legal understanding]. Proceedings of the Conference (Congress, Symposium). M.: RAP. (In Russ.)
- Rüthers, B., 2019. *Gosudarstvo sudej: mif ili real'nost'* = The state of the judiciary: myth or reality. *Pravosudie* = Justice, 2, pp. 45–50. (In Russ.)
- Serkov, P.P., 2018. *Pravootnoshenie (Teoriya i praktika sovremennogo pravovogo regulirovaniya). V 3 ch. Ch. 1 Grany pravovogo nevedomogo*. = [Legal relationship (Theory and practice of modern legal regulation)]. In 3 pts. Part 1. Facets of the legal unknown. Monograph. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Shershenevich, G.F., 1911. *Obshchaya teoriya prava* = [General theory of law]. Moscow: Izd. br. Bashmakovyh. (In Russ.)
- Shershenevich, G.F., 1995. *Obshchaya teoriya prava* = [General theory of law]. Textbook. In 2 vols. Volume 1, no. 1. Moscow: Yuridicheskij kolledzh MGU. (In Russ.)
- Vermeulen, T. and Acker, R. van den, 2014. What is metamodernism? *Dvoetochie* = [Colon], 23. Available at: <<https://dvoetochie.wordpress.com/2014/06/19/metamodernism/>>. (In Russ.)
- Vlasenko, N.A. and Zaloilo, M.V., 2016. Concretization and Interpretation of Law as the Creative Content of Judicial Practice. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 8, pp. 43–47. (In Russ.)
- Vlasenko, N.A., 2008a. Legal Nature, Types and the Concept of the Courts' Legal Views. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 9, pp. 32–41. (In Russ.)
- Vlasenko, N.A., 2008b. Legal positions: concept and types. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 12, pp. 77–86. (In Russ.)

Voplenko, N.N., 2007. *Tolkovanie prava* = [The interpretation of the Law]. Volgograd: VolGU. (In Russ.)

Zaloilo, M.V. and Malyutin, N.S., 2015. Interpretation and specification as universal forms of evolution of law. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava* = Actual Problems of Russian Law, 4, pp. 84–89. (In Russ.)

Zorkin, V.D., 2019. *Pravo metamoderna: postanovka problemy* = [Metamodern law: problem statement]. Lecture at the IX St. Petersburg international legal forum (St. Petersburg, 16 may 2019). Available at: <<http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=86>>. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Фаргиев Ибрагим Аюбович, Председатель Верховного суда Республики Ингушетия (386001, Россия, г. Магас, ул. Кайсына Кулиева, д. 2), доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации [**Ibragim A. Fargiev**, Chairman of the Supreme Court of the Republic Ingushetia (2 Kajsyna Kulieva St., Magas, 386001, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation]. E-mail: fargiev@yandex.ru

УДК 343.1

DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.49-66

Судебные решения в российском уголовном процессе: актуальные теоретические и практические проблемы

М.В. Беляев*, **О.В. Качалова****

** Казанский филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Казань, Россия*

*** ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия
oksana_kachalova@mail.ru*

Введение. Значимость судебных решений в уголовном судопроизводстве детерминирована отражением в них основных этапов и результатов уголовно-процессуальной деятельности. По качеству судебных решений оценивается справедливость правосудия, способность государства эффективно защищать права и свободы личности.

Теоретические основы. Методы. Объектом исследования являются правоотношения, возникающие, изменяющиеся и прекращающиеся в связи с принятием судебных решений. Методологическую основу исследования составляют всеобщий диалектический метод познания, метод включенного наблюдения, методы анализа и синтеза, структурно-функциональный метод.

Результаты исследования. Авторы приходят к выводу о том, что основные институциональные признаки судебных решений (процессуальная форма, регламентированные законом требования к содержанию, порядок вынесения, обязательность для исполнения, особый порядок их проверки и пересмотра) обусловлены их резолютирующим характером, а также спецификой гносеологической деятельности суда при их вынесении. Принятие судебного решения – сложный механизм, состоящий из совокупности разнообразных структурных элементов, находящихся друг с другом во множественных прямых и косвенных взаимосвязях.

Обсуждение и заключение. Судебное решение как акт судебной власти должно отражать ее основные свойства: самостоятельность, независимость, регулятивный и правоприменительный характер, ситуационность, целенаправленность, объективность. Судебные решения в их совокупности должны отвечать требованиям полноты судебной власти. Важнейшим свойством судебного решения является его соответствие требованиям правовых норм. К числу признаков правового характера судебного решения следует отнести: релевантность решения иерархичности правовых предписаний, регулирующих его форму, содержание и порядок вынесения; надлежащее толкование норм права, примененных при принятии данного решения. Обоснованность судебного решения построена на объективной семантической связи между результатами доказывания, которые находят свое отражение в описательно-мотивировочной части решения, и прямыми выводами суда по существу рассматриваемого вопроса в резолютивной части. Чем выше необходимый уровень доказанности при принятии решения и чем четче регламентированы процедуры доказывания и принятия решения, тем выше степень обоснованности судебного решения.

Ключевые слова: судебное решение, судебный акт, обоснованность, мотивированность, свойства судебного решения, судебная власть, справедливость

Для цитирования: Беляев М.В., Качалова О.В. Судебные решения в российском уголовном процессе: актуальные теоретические и практические проблемы // Правосудие. 2020. Т. 2, № 2. С. 49–66. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.49-66

Judicial Decisions in Russian Criminal Proceedings: Current Theoretical and Practical Problems

Maxim V. Belyaev*, Oksana V. Kachalova**

**Kazan Branch, Russian State University of Justice, Kazan, Russia*

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

For correspondence: oksana_kachalova@mail.ru

Introduction. The importance of judicial decisions in criminal proceedings is determined by their observance of the established stages of such criminal proceedings. The quality of judicial decisions determines the fairness of justice, and the ability of the state to effectively protect the rights and freedoms of the individual.

Theoretical Basis. Methods. The object of the study is the legal relationship arising, changing and resolving, in connection with the adoption of court decision. The methodological basis of the research is the universal dialectical method of cognition, including observation, methods of analysis and synthesis, structural and functional method.

Results. The authors came to the conclusion that the main institutional features of judicial decisions (procedural form, requirements to the content regulated by the law, the procedure for making, binding, special procedure for their verification and review) are determined by their nature, as well as by the specifics of the epistemological activity of the court when making them. Judicial decision making is a complex mechanism consisting of a set of various structural elements that correspond with one another in various multiple direct and indirect relationships.

Discussion and Conclusion. Judicial decision as an act of judicial power should reflect its basic properties: independence, regulation and law enforcement, decisiveness and objectivity. Judicial decisions taken together must meet the full requirements of the judiciary. The most important property of a court decision is its compliance with the requirements of legal norms. Among the features of the legal nature of the judgment should include: the relevance of the hierarchy of legal regulations governing its form, its content and procedure, and the proper interpretation of the rules of law applied in making this decision. The validity of the court decision is based on an objective semantic link between the results of the evidence, which are reflected in the descriptive and motivational part of the decision, and the direct conclusions of the court on the merits of the issue under consideration in the operative part. The higher the level of proof required in making a decision and the more clearly regulated the procedure of proof and decision-making – the higher the degree of fairness of the court decision.

Keywords: judicial decision, a judicial act, the validity, motivation, properties, judicial decisions, judiciary, justice

For citation: Belyaev, M.V. and Kachalova, O.V., 2020. Judicial decisions in Russian criminal proceedings: current theoretical and practical problems. *Pravosudie = Justice*, 2(2), pp. 49–66. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.49-66

Введение

Значимость судебных решений в уголовном судопроизводстве детерминирована отражением в них основных этапов и результатов уго-

ловно-процессуальной деятельности. Ограничение основополагающих прав и свобод человека в уголовном судопроизводстве осуществляется только на основании судебных решений. Судебные решения оцениваются обществом с позиций обоснованности и справедливости, способности должным образом разрешить возникший социальный конфликт, достичь баланса между интересами общества и частными интересами, обеспечить реальную защиту прав и свобод лиц, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства. По качеству судебных решений оценивается справедливость правосудия, способность государства эффективно защищать права и свободы личности. Ежегодно судами Российской Федерации в уголовном судопроизводстве принимаются сотни тысяч решений. В среднем по каждому уголовному делу принимается более 20 судебных решений (не считая решений, выносимых при исполнении приговора). Значимость судебных решений трудно переоценить. Как верно отмечают западные исследователи, один только приговор имеет множество целей, среди которых – наказание правонарушителей, сокращение преступности, исправление и реабилитация правонарушителей, защита общества, возмещение правонарушителями ущерба лицам, пострадавшим от совершенных ими преступлений, и т. д. [Freixo, I., 2019, p. 473].

Отсутствие единого методологического подхода к пониманию общей правовой природы различных судебных решений и их социальной значимости, общности основных требований, предъявляемых к ним, недостаточность правового регулирования необходимых свойств судебного решения, ненадлежащая правовая регламентация процедуры принятия различных судебных решений приводят к вынесению судебных решений, не способных надлежащим образом регулировать возникающие уголовно-процессуальные отношения. Важнейшей проблемой является и обеспечение законности судебных решений. Нередко суд, принимая решения, считает необходимым соблюсти лишь нормы Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации¹, не учитывая положения Конституции Российской Федерации, общепризнанные принципы и нормы международного права, что не позволяет в должной степени обеспечить данными решениями достижение задач уголовного судопроизводства.

Теоретические основы. Методы

Объектом исследования являются правоотношения, возникающие, изменяющиеся и прекращающиеся в связи с принятием судебных решений. Методологическую основу исследования составляют всеобщий диалектический метод познания, позволивший изучить предмет исследования во взаимосвязи с другими правовыми явлениями, а так-

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : принят Государственной Думой 22 нояб. 2001 г. : по состоянию на 8 янв. 2019 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

же общенаучные и частнонаучные методы. Целенаправленное изучение предмета познания с применением эмпирического метода научного исследования – включенного наблюдения – позволило установить особенности вынесения судебных решений в уголовном судопроизводстве, а применение метода обобщения – определить основные закономерности этого процесса. Посредством методов анализа и синтеза, структурно-функционального метода научного познания выявлены содержательные особенности различных свойств судебных решений.

Результаты исследования

Вопросы, касающиеся различного вида решений в уголовном процессе, стали предметом серьезных научных исследований, начиная с семидесятых годов прошлого века [Лупинская, П.А., 1976; Грошевой, Ю.М., 1979]. В этот период впервые в советской уголовно-процессуальной науке подверглись серьезному исследованию теоретические и практические вопросы, касающиеся правовой природы решений в уголовном судопроизводстве, их признаков и видов.

Неизменным вниманием уголовно-процессуальной науки пользовались проблемы обеспечения законности и обоснованности приговора. С конца пятидесятих годов XX в. было опубликовано немало работ, посвященных приговору [Агеева, Г.Н., 1957; Перлов, И.Д., 1960; Фаткулин, Ф.Н., 1965; Мирецкий, С.Г., 1989; Петрухин, И.А., 2009; Чайковская, М.А., 2013; Загорский, Г.И., 2017]. С начала XXI в. предметом более пристального внимания со стороны исследователей стали вопросы характеристики отдельных видов решений в уголовном судопроизводстве. По этой проблематике было защищено немало диссертаций [Князев, А.А., 2004; Подольский, М.А., 2007; Трахов, Р.А., 2010; Червоткин, А.С., 2013; Барова, М.А., 2014; Ершова, Н.С., 2014]. Спустя более чем 30 лет с учетом современных реалий развития уголовно-процессуального права была переиздана работа П.А. Лупинской «Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика» [Лупинская, П.А., 2010]. В честь 95-летия со дня рождения П.А. Лупинской вышел в свет коллективный труд ученых-процессуалистов Московской государственной юридической академии «Доказывание и принятие решений в состязательном уголовном судопроизводстве» [Масленникова, Л.Н., ред., 2017]. Проблемы обеспечения качества судебных решений привлекают внимание зарубежных ученых [Глинська, Н.В., 2015; Марочкин, О.И., 2015; Слюсарчук, Х.Р., 2017] и исследователей – специалистов в области других отраслей права [Пономаренко, В.А., 2007; Загайнова, С.К., 2008; Тузов, Н.А., 2006].

Тем не менее на сегодняшний день остается неразрешенным целый ряд проблем общего и частного характера, имеющих большое теоретическое и практическое значение, есть настоятельная необходимость глубокого теоретического анализа уголовно-процессуальных проблем требова-

ний, предъявляемых к судебным решениям, моделей принятия различного вида судебных решений, системного исследования всей совокупности факторов, позволяющих совершенствовать законодательство и правоприменительную практику в рассматриваемой сфере деятельности.

П.А. Лупинская рассматривала решение в уголовном судопроизводстве как облеченный в установленную законом процессуальную форму правовой акт, в котором должностные лица, ответственные за производство по делу, в пределах своей компетенции в определенном законом порядке дают ответы на возникающие по делу правовые вопросы и выражают властное волеизъявление о действиях, вытекающих из установленных обстоятельств и предписаний закона, направленных на достижение задач уголовного судопроизводства [Лупинская, П.А., 1976, с. 14].

Полагаем, что в современном понимании категория «судебное решение» имеет многоаспектный характер: оно может быть рассмотрено в материальном смысле (заключение суда по определенному вопросу), в процессуальном (самостоятельный, вынесенный для разрешения данного вопроса процессуальный акт либо часть иного процессуального акта, отражающего судебное действие, в ходе которого было принято соответствующее процессуальное решение); с точки зрения теории права (акт индивидуального правового регулирования, являющийся одним из видов правоприменительных актов, а также юридический факт, порождающий возникновение, изменение либо прекращение соответствующих процессуальных прав и обязанностей). Институциональными признаками судебных решений, отличающими их от многочисленных выводов и заключений суда в ходе уголовного судопроизводства, являются их характер (завершают определенные этапы эпистемологической деятельности суда, имеют результирующе-обобщающее значение, влекут юридически значимые последствия) и процессуальная форма [Беляев, М.В., 2018е, с. 79–80]. Судебное решение как акт реализации судом своих полномочий должно отражать основные свойства судебной власти.

К числу признаков каждого судебного решения, отражающего свойства судебной власти, относятся: самостоятельный и независимый характер (решение принимается в условиях, исключающих воздействие на суд; судьи независимы, подчиняются только закону, руководствуются внутренним убеждением, основанным на анализе всей совокупности обстоятельств дела, законе и совести; суд при принятии решения независим от вышестоящих судов в толковании права: решения каждой судебной инстанции имеют одинаковую силу); ситуационность (решение выносится для разрешения конкретного правового конфликта на основании процессуального акта обращения уполномоченного на то участника уголовного судопроизводства); целенаправленность (волевой осознанный акт, разрешающий конкретный правовой конфликт и направленный на защиту в каждом конкретном уголовном деле прав и законных интересов личности, общества, государства); объективность (принима-

ется не субъективно-произвольно, а в рамках правовых норм, определяющих порядок его принятия, форму и содержание, а также в рамках правовых предписаний, обозначающих границы усмотрения суда; выносится с учетом позиций сторон; носит мотивированный характер); обязательность (имеет обязательный характер и подлежит безусловному исполнению лицами, которым оно адресовано, обеспечивается принудительным образом); регулятивный характер (оказывает регулирующее воздействие на возникающие в каждом конкретном деле уголовно-процессуальные правоотношения путем уточнения и конкретизации содержания и смысла правовых норм применительно к его участникам, может определять дальнейшее движение уголовного дела); правоприменительный характер (является результатом толкования права).

Внутренними свойствами любого судебного решения, отражающими его юридическую сущность и содержание, являются его правовой характер, обоснованность, справедливость и мотивированность. Изначально выступая требованиями, которые предъявляются к судебным решениям, при их реализации правовой характер, обоснованность, справедливость и мотивированность этих решений становятся их свойствами. Не могут быть рассмотрены в качестве правовых свойств судебных решений их разумность и целесообразность, поскольку они не относятся к правовым категориям [Ершов, В.В., 2013, с. 30].

Традиционно выступая в качестве одного из основных свойств судебного решения, законность в современных условиях уже не отвечает потребностям времени, поскольку формально означает лишь соблюдение требований нормативных правовых актов, что не охватывает всей совокупности правовых норм, регулирующих процесс принятия решения и его содержание. Теоретически обоснованным и практически необходимым представляется определение в качестве важнейшего свойства судебного решения его соответствия требованиям правовых норм (правовой характер судебного решения). Важнейшими признаками, определяющими содержание такого свойства судебного решения, как его соответствие требованиям правовых норм, являются релевантность решения иерархичности правовых предписаний, регулирующих его форму, содержание и порядок вынесения; надлежащее толкование норм права, примененных при принятии данного решения; соответствие судебного решения требованиям правовых норм, регулирующих порядок и основания его вынесения, содержание и форму; относительный характер соответствия судебного решения правовым предписаниям [Беляев, М.В., 2018f, с. 6–9].

Пределы соответствия судебных решений предписаниям правовых норм не носят абсолютного характера: нарушение норм уголовно-процессуального права может иметь незначительный характер, не влияющий на существо разрешаемых судебным решением вопросов, не затрагивающий права и правовые интересы участников уголовного судопроизводства; в принятом решении могут содержаться опечатки и ошибки

технического характера, не влияющие на существо решения; допущенные в ходе предыдущего производства по делу нарушения могут быть устранены судом, возможные ограничения и умаления прав участников уголовного судопроизводства компенсируются и восстанавливаются в ходе дальнейшего производства по уголовному делу [Беляев, М.В., 2018f, с. 10–13]. Проблемы иерархичности правовых норм при принятии решений являются общими для многих стран [Monyakane, M.M.M.-E., 2019].

Обоснованность судебного решения построена на объективной семантической связи между результатами доказывания, которые находят свое отражение в описательно-мотивировочной части решения, и прямыми выводами суда по существу рассматриваемого вопроса в резолютивной части. Выводы суда обо всех вопросах, подлежащих разрешению, являются прямо и непосредственно вытекающими из исследования доказательств. Степень обоснованности судебного решения не является неизменной категорией: ее содержание варьируется в зависимости от вида принимаемого судебного решения. Она обусловлена уровнем доказанности фактических обстоятельств дела, необходимым для принятия соответствующего решения, и может быть охарактеризована с качественной и количественной сторон. Качественные характеристики степени обоснованности детерминированы предметом и пределами доказывания (определением круга фактических обстоятельств, подлежащих установлению и необходимых для принятия соответствующего решения). Чем больше обстоятельств необходимо установить для принятия того или иного процессуального решения, тем выше степень его обоснованности с качественной точки зрения. Количественный аспект степени обоснованности зависит от количества и степени достаточности совокупности доказательств, позволяющих принять то или иное решение. Наибольшей степенью обоснованности как в качественном, так и в количественном измерении, исходя из их аксиологической сущности, должны обладать итоговые судебные решения, разрешающие уголовное дело по существу (приговор, решение о прекращении уголовного дела или уголовного преследования, постановление о применении принудительных мер медицинского характера и др.). Степень необходимой обоснованности промежуточных судебных решений несколько ниже, чем у итоговых, но она также не является неизменной для различных групп судебных решений [Беляев, М.В., 2018а, с. 21–24]. Между процедурой доказывания и принятия соответствующего вида решения и его обоснованностью существует прямая связь. Чем выше необходимый уровень доказанности при принятии решения и четче регламентирована процедура доказывания и принятия решения, тем выше степень обоснованности судебного решения.

Структура мотивирования судебного решения представляет собой совокупность находящихся друг с другом во взаимосвязи элементов, определяющих в каждом конкретном случае уровень мотивированности различного вида судебных решений. Необходимыми элементами структу-

ры мотивирования являются ее объекты, субъекты мотивирования и их деятельность, а также критерии мотивированности вынесенного решения. Объектами мотивации выступают элементы, на которые направлена мотивационная деятельность суда: фактические обстоятельства, доказательства (а также иные материалы уголовного дела), правовая оценка обстоятельств, находящаяся в неразрывной логической связи с предыдущими объектами, доводы сторон. Основным субъектом мотивации при принятии судебных решений является суд, однако деятельность участников уголовного судопроизводства, которые являются сторонами, действуют с определенной степенью активности, представляют свои доводы по рассматриваемому вопросу, во многих случаях оказывает существенное влияние на мотивационную деятельность суда. Алгоритм действий суда по мотивированию принятого решения отражает гносеологическую и мыслительно-логическую деятельность суда по принятию решения и включает в себя последовательное разрешение следующих вопросов: какие фактические обстоятельства были установлены; какими доказательствами либо материалами они подтверждаются и отвечают ли представленные доказательства требованиям относимости, допустимости и достоверности; какова юридическая квалификация и значение установленных обстоятельств, каковы позиции и доводы сторон относительно установленности фактических данных и их юридической квалификации; составляют ли установленные обстоятельства в их совокупности основания и условия для принятия решения по рассматриваемому вопросу; каковы присутствующие в деле сопутствующие факторы, которые могут повлиять на принятие решения (особенности личности лица, в отношении которого принимается соответствующее решение, условия его проживания, состояние здоровья, факторы технического и организационного характера и т. д.); какое именно решение принимается с учетом вышеуказанных обстоятельств. Структура мотивирования различных судебных решений неодинакова. Уровень должной мотивированности определяется уровнем необходимой доказанности.

Справедливость является свойством не только приговора, но и иных судебных решений. Справедливость судебного решения необходимо связывать с соразмерностью сути решения фактическим обстоятельствам произошедшего, установленным при его принятии. Эта соразмерность, определяемая рамками закона, отражает существо принятых в обществе мировоззренческих категорий и нравственных ценностей. Справедливость приговора, а также иного итогового судебного решения обусловлена правильным и адекватным разрешением уголовно-правового конфликта при соблюдении баланса частных и публичных интересов. Справедливость иных судебных решений измеряется соразмерной реакцией суда на обстоятельства, послужившие поводом для вынесения решений [Беляев, М.В., 2018с, с. 149–152]. Идеальная модель уголовно-процессуальной деятельности строится на отсутствии

антагонизма между материальным и процессуальным аспектами справедливости. С позиций современного понимания назначения уголовного судопроизводства и его аксиологической сущности при возникновении антагонизма приоритет должен отдаваться процессуальным аспектам, поскольку именно они определяют систему гарантий, позволяющих снизить степень вероятности осуждения невиновного до минимума [Беляев, М.В., 2018с, с. 149–152].

Принятие судебного решения и вынесение судебного акта – сложный процесс, в ходе которого осуществляется разноуровневое взаимодействие субъектов уголовно-процессуальных отношений. Системный анализ различных условий, факторов, обстоятельств, определяющих процесс и результат принятия судом решения в уголовном судопроизводстве, позволяет признать наличие единого, достаточно сложного механизма принятия судом решения, состоящего из совокупности разнообразных и разноплановых структурных элементов, находящихся друг с другом во множественных прямых и косвенных взаимосвязях. К числу структурных элементов механизма принятия судебного решения могут быть отнесены: субъекты деятельности по принятию решений, обладающие определенным кругом полномочий; объект судебного решения; цели и средства вынесения решения; основания и условия принятия судебного решения; этапы принятия судебного решения; факторы, влияющие на принятие судебных решений.

Этапами принятия судебного решения являются анализ повода к принятию судебного решения, в качестве которого выступает некая правовая ситуация, требующая своего разрешения; установление фактических обстоятельств, необходимых для принятия решения (в первую очередь оснований и условий для вынесения судебного акта); выбор нормы права, подлежащей применению; вынесение и оформление решения [Беляев, М.В., 2019, с. 12–15]. Ю.М. Грошевой подчеркивал особое значение элементов судейского знания в механизме принятия решений [Грошевой, Ю.М., 1979, с. 43–48].

Принятие судом процессуального решения представляет собой результат процесса получения, проверки, оценки и анализа информации. На этапе анализа повода к принятию судебного решения обработка полученной информации осуществляется на гносеологическом уровне: суд получает и оценивает информацию, которая в самом первоначальном виде позволяет определить необходимость принятия решения в конкретной ситуации. В данном случае доказывание фактических обстоятельств дела, как правило, не производится; в этих ситуациях принимается решение организационно-распорядительного характера. Основной вид деятельности суда на этапе установления фактических обстоятельств, необходимых для принятия решения, в первую очередь оснований и условий для вынесения судебного акта, – познание и оценка фактических обстоятельств. Фактические обстоятельства, подлежа-

щие установлению при принятии судебных решений, могут быть весьма разнообразными и содержательно различаются в зависимости от того, подлежит ли применению посредством принимаемого решения уголовно-правовая либо уголовно-процессуальная норма. Деятельность суда по установлению фактических обстоятельств осуществляется исключительно в правовых рамках и приобретает вид уголовно-процессуального доказывания. Правовые границы доказывания обозначены тем, что закон определяет виды доказательств, посредством которых могут быть установлены фактические обстоятельства, их свойства и требования, предъявляемые к ним, способы собирания доказательств и их проверки, правила оценки доказательств, а также предмет доказывания. Доказывание, осуществляемое судом, имеет специфические особенности, обусловленные функциями и особенностями процессуального статуса данного участника процесса. Состязательность уголовного судопроизводства, предполагающая, что основной массив доказательственной информации предоставляется суду сторонами, означает, что изначально фактические обстоятельства представляются суду в интерпретации сторон. Суд минимальным образом участвует в собирании доказательств; бремя доказывания возлагается на сторону обвинения; суд включается в процесс собирания доказательств, как правило, только в определенных случаях, когда усилий сторон недостаточно для установления фактических обстоятельств, необходимых для принятия того или иного судебного решения. Задача суда – дать собственную оценку представленным сторонами доказательствам, обеспечить, чтобы сторонами был представлен такой объем доказательств, который в своем количественном и качественном измерении позволил бы суду принять правильное решение. При проверке и оценке представляемых сторонами доказательств суд должен прийти к убеждению, что обстоятельства, дающие основание принять то или иное решение, установлены в полной мере, а в противном случае – обеспечить дальнейшее собирание необходимых доказательств [Беляев, М.В. и Качалова, О.В., 2018, с. 29–30]. Пределы доказывания при принятии каждого из процессуальных решений обусловлены необходимым для вынесения решения уровнем знаний о фактических обстоятельствах дела и зависят от вида и характера принимаемого решения. Уровень необходимых знаний о фактических обстоятельствах, выступающих основанием для принятия решения, определяет уровень доказанности и уровень обоснованности судебного решения [Беляев, М.В., 2018d, с. 110–112].

Выбор правильной нормы права, основанный на совокупности установленных обстоятельств дела, предопределяет правильность выносимого судом решения. Этот выбор происходит в результате осуществления мыслительной логической деятельности, в ходе которой суд делает умозаключения о соответствии установленных фактов содержанию материальных или процессуальных норм. Выбор надлежащей правовой

нормы для принятия решения осуществляется в двух плоскостях: с позиций определения полного объема правового регулирования и иерархичности правовых норм, подлежащих применению, а также с позиций уровня дискреционности полномочий суда при выборе правовой нормы. В зависимости от уровня дискреционности полномочий суда при принятии решения, обусловленного степенью определенности правовых норм, подлежащих применению, необходимо выделить *три модели принятия судебных решений*: абсолютно определенную, относительно определенную и альтернативную. Модель принятия судебного решения на основании абсолютно определенных императивных правовых норм не предполагает возможности выбора вариантов поведения, способ действия суда четко определен содержанием нормы. В этом случае правильность принимаемого решения целиком зависит от того, насколько верно установлены фактические обстоятельства дела. Принимая решение на основе относительно определенной нормы права (при наличии в диспозиции правовой нормы формулировок «может», «вправе» и т. п.), суд на основе конкретных фактических обстоятельств дела выбирает возможный вариант поведения. Дискреционные полномочия суда в этом случае ограничены оценкой фактических обстоятельств дела. При наличии признаков, в совокупности составляющих основания для принятия такого решения, право суда трансформируется в обязанность его вынести. Модель принятия судебного решения, основанная на альтернативных нормах права, предполагает возможность выбора одного из нескольких возможных вариантов при одних и тех же фактических обстоятельствах дела. Эта модель принятия судебного решения может применяться при выборе мер пресечения, видов и размера наказания в обвинительном приговоре суда и т. д. [Беляев, М.В., 2019, с. 16–17].

Предпосылки и условия для принятия различных решений в упрощенных, усложненных и ординарных формах уголовного судопроизводства могут значительно отличаться. Эти отличия касаются двух аспектов судебных решений: процедур, в рамках которых исследуются фактические обстоятельства дела, выступающие в качестве основания для принятия решения, и содержания решения, которое, в свою очередь, детерминировано особенностями процедуры его принятия. Однако требования, предъявляемые к судебным решениям, не зависят от формы уголовного судопроизводства; это означает, что форма уголовного судопроизводства должна позволять выносить обоснованные, мотивированные, справедливые по сути решения, отражающие основные свойства судебной власти. Приговор, вынесенный в особом порядке, отличается от приговора, постановленного в рамках ординарной процедуры, с точки зрения характера обоснованности и содержания мотивированности.

Возможность вынесения обоснованного решения в особом порядке судебного разбирательства обусловлена в том числе и полнотой установления необходимых для того условий и оснований, которое осуществ-

вляется в судебном заседании. Полагаем необходимым предоставление суду права допросить в судебном заседании, проводимом в особом порядке, подсудимого и потерпевшего, в том числе по вопросам, касающимся квалификации содеянного. Такой подход позволит существенно оптимизировать процесс рассмотрения таких дел без ущерба для процессуальных гарантий участников судопроизводства. Особенно важным мог бы стать допрос для устранения сомнений суда в случаях, когда обвиняемый на стадии предварительного расследования отрицал свою виновность в совершении преступления.

Обсуждение и заключение

Подводя итоги исследования, можно сделать следующие выводы.

1. Основные институциональные признаки судебных решений (процессуальная форма, регламентированные законом требования к содержанию, порядок вынесения, обязательность для исполнения, особый порядок их проверки и пересмотра) детерминированы их резолютирующим характером, а также спецификой гносеологической деятельности суда при их вынесении, осуществляемой в процессуальной форме.

2. Судебное решение как акт судебной власти должно отражать ее основные свойства: самостоятельность, независимость, регулятивный и правоприменительный характер, ситуационность и целенаправленность (выносятся для разрешения конкретного правового конфликта на основании процессуального акта обращения уполномоченного на то участника уголовного судопроизводства), объективность.

3. Судебные решения должны соответствовать совокупности требований полноты судебной власти: приниматься в условиях, когда суд в ходе рассмотрения уголовного дела либо разрешения определенного вопроса не ограничен в возможности осуществлять познавательную деятельность в полном объеме, имеет надлежащий процессуальный инструментарий для осуществления судебного контроля на всех этапах уголовного судопроизводства [Беляев, М.В., 2017, с. 139–140].

4. Важнейшим свойством судебного решения является его соответствие требованиям правовых норм (правовой характер судебного решения).

Обоснованность судебного решения построена на объективной семантической связи между результатами доказывания, которые находят свое отражение в описательно-мотивировочной части решения, и прямыми выводами суда по существу рассматриваемого вопроса в резолютивной части. Чем выше необходимый уровень доказанности при принятии решения и чем четче регламентирована процедура доказывания и принятия решения, тем выше степень обоснованности судебного решения.

Принятие судебного решения – сложный процесс, состоящий из совокупности разнообразных структурных элементов, находящихся друг с другом во множественных прямых и косвенных взаимосвязях. К числу структурных элементов механизма принятия судебного решения от-

носятся: а) субъекты деятельности по принятию решений, обладающие определенным кругом полномочий; б) объект судебного решения; в) цели и средства вынесения решения; г) основания и условия принятия судебного решения; д) этапы принятия судебного решения; е) факторы, влияющие на принятие судебных решений. Пороки любого из указанных элементов могут повлечь за собой неправосудность решения в целом.

Список использованной литературы

Агеева Г.Н. Приговор советского суда – акт социалистического правосудия / под ред. П.А. Лупинской ; М-во высш. образования СССР, Всесоюз. юрид. заоч. ин-т. М., 1957. 46 с.

Барова М.А. Уголовно-процессуальный механизм вынесения судебных решений в досудебном производстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2014. 35 с.

Беляев М.В., Качалова О.В. К вопросу об активности суда в состязательном уголовном судопроизводстве // Уголовная юстиция. 2018. № 11. С. 28–30.

Беляев М.В. Обоснованность судебных решений в уголовном судопроизводстве // Российский судья. 2018а. № 3. С. 20–24.

Беляев М.В. О мотивированности судебных решений в уголовном процессе // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2018b. № 2 (4). С. 116–124.

Беляев М.В. О свойствах судебных решений в уголовном процессе // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 12. С. 135–140.

Беляев М.В. О справедливости судебных решений в уголовном судопроизводстве // Библиотека криминалиста. 2018с. № 3. С. 147–153.

Беляев М.В. Предмет и пределы доказывания при принятии решений в уголовном судопроизводстве // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. 2018d. № 3. С. 108–115.

Беляев М.В. Судебные решения в российском уголовном процессе: теоретические основы, законодательство и практика : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019. 55 с.

Беляев М.В. Юридическая сущность судебных решений в уголовном судопроизводстве // Российское правосудие. 2018е. № 7. С. 78–85.

Беляев М.В. Является ли законность свойством судебных решений? // Российское правосудие. 2018f. № 3. С. 5–14.

Глинська Н.В. Концетуальні засади визначення та забезпечення стандартів доброякісності кримінальних процесуальних рішень : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2015. 42 с.

- Грошевой Ю.М. Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. Харьков : Вища щкола, 1979. 144 с.
- Доказывание и принятие решений в состязательном уголовном судопроизводстве : моногр. / отв. ред. Л.Н. Масленникова. М. : Норма : Инфра-М, 2017. 384 с.
- Ершова Н.С. Обоснованность итоговых уголовно-процессуальных решений суда первой инстанции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. 30 с.
- Ершов В.В. Право и неправо: дискуссионные вопросы теории и практики // Российское правосудие. 2013. № 1. С. 24–31.
- Загайнова С.К. Судебные акты в гражданском и арбитражном процессе: теоретические и прикладные проблемы : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2008. 50 с.
- Загорский Г.И. Постановление приговора. Проблемы теории и практики. 2-е изд. М. : Проспект, 2017. 208 с.
- Князев А.А. Законная сила судебного решения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. 29 с.
- Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и формы. М. : Юрид. лит., 1976. 168 с.
- Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Норма : Инфра-М, 2010. 240 с.
- Марочкін О.І. Мотивування процесуальних рішень слідчого. Київ : Національна академія прокуратури України, 2015. 214 с.
- Мирецкий С.Г. Приговор суда. М. : Юрид. лит., 1989. 112 с.
- Перлов И.Д. Приговор в советском уголовном процессе. М. : Госюриздат, 1960. 263 с.
- Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию. М. : Проспект, 2009. 192 с.
- Подольский М.А. Судебные решения в досудебном производстве по уголовному делу: вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2007. 25 с.
- Пономаренко В.А. Мотивированность судебного решения в гражданском и арбитражном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 24 с.
- Слюсарчук Х.Р. Стандарти доказування у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2017.
- Трахов Р.А. Обоснованность решений суда первой инстанции в российском уголовном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2010. 26 с.

- Тузов Н.А. Мотивирование и преюдиция судебных актов. М. : РАП, 2006. 152 с.
- Фаткуллин Ф.Н. Обвинение и судебный приговор. Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1965. 532 с.
- Чайковская М.А. Свойства приговора. М. : Проспект, 2013. 174 с.
- Червоткин А.С. Промежуточные судебные решения в уголовном судопроизводстве. М. : Проспект, 2017. 375 с.
- Червоткин А.С. Промежуточные судебные решения и порядок их пересмотра в российском уголовном процессе. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. 204 с.
- Freixo I. Colloquium report: sentencing / strafzumessung – comparative insights // Criminal Law Forum. 2019. Vol. 30. P. 473–478. URL: <https://doi.org/10.1007/s10609-019-09377-7>
- Monyakane M.M.M.-E. The danger for an underestimation of necessary precautions for the admissibility of admissions in section 219a of the South African Criminal procedure act 51 of 1977 // Criminal Law Forum. 2019. URL: <https://doi.org/10.1007/s10609-019-09381-x>

References

- Ageeva, G.N., 1957. *Prigovor sovetskogo suda – akt socialisticheskogo pravosudiya* = [The verdict of the Soviet court is an act of socialist justice]. Ed. P.A. Lupinskaya. M-vo vyssh. obrazovaniya SSSR, Vsesoyuz. yurid. zaoch. in-t. Moscow. (In Russ.)
- Barova, M.A., 2014. *Ugolovno-processual'nyj mekhanizm vyneseniya sudebnyh reshenij v dosudebnom proizvodstve* = [Criminal procedure mechanism for making court decisions in pre-trial proceedings]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. N. Novgorod. (In Russ.)
- Belyaev, M.V. and Kachalova, O.V., 2018. On the activity of the court in adversarial criminal proceedings. *Ugolovnaya yusticiya* = Russian Journal of Criminal Law, 11, pp. 28–30. (In Russ.)
- Belyaev, M.V., 2017. Protection of court holdings in criminal procedure. *Aktual'nyye problemy rossiyskogo prava* = Actual Problems of the Russian Law, 12, pp. 135–140. (In Russ.)
- Belyaev, M.V., 2018a. On the motivation of judicial decisions in the criminal process *Yuridicheskaya nauka i pravookhranitel'naya praktika* = Legal Science and Law Enforcement Practice, 2, pp. 116–124. (In Russ.)
- Belyaev, M.V., 2018b. Reasonableness of court judgments in criminal proceedings. *Rossiyskiy sud'ya* = Russian judge, 3, pp. 20–24. (In Russ.)

- Belyayev, M.V., 2018c. [On the fairness of judicial decisions in criminal proceedings]. *Biblioteka kriminalista* = [Criminalist's Library], 3, pp. 147–153. (In Russ.)
- Belyayev, M.V., 2018d. The subject and limits of proof in decision-making in criminal proceedings. *Vestnik Vostochno-Sibirskogo instituta MVD Rossii* = Vestnik Eastern Siberia Institute of the Ministry of the Interior of the Russian Federation, 3, pp. 109–116. (In Russ.)
- Belyayev, M.V., 2018e. Legal Essence of Judicial Decisions in Criminal Proceedings. *Rossiyskoye pravosudiye* = [Russian Justice], 7, pp. 78–85. (In Russ.)
- Belyayev, M.V., 2018f. Is the property of legality of judicial decisions? *Rossiyskoye pravosudiye* = [Russian Justice], 3, pp. 5–14. (In Russ.)
- Belyayev, M.V., 2019. *Sudebnyye resheniya v rossiyskom ugolovnom protsesse: teoreticheskiye osnovy, zakonodatel'stvo i praktika* = [Judicial decisions in Russian criminal proceedings: theoretical foundations, legislation and practice]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Chajkovskaya, M.A., 2013. *Svoystva prigovora* = [Properties of the sentence]. Moscow. (In Russ.)
- Chervotkin, A.S., 2017. *Promezhutochnye sudebnye resheniya v ugolovnom sudoproizvodstve* = [Interim judicial decisions in criminal proceedings]. Moscow: Prospekt. (In Russ.)
- Chervotkin, A.S., 2013. *Promezhutochnye sudebnye resheniya i poryadok ih peresmotra v rossiyskom ugolovnom protsesse* = [Interim judicial decisions and the procedure for their review in Russian criminal proceedings]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Ershov, V.V., 2013., Law and “not law”: debating points of theory and practice. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 1, pp. 24–31. (In Russ.)
- Ershova, N.S., 2014. *Obosnovannost' itogovykh ugolovno-processual'nykh resheniy suda pervoy instancii* = [Validity of final criminal procedural decisions of the court of first instance]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Fatkullin, F.N., 1965. *Obvinenie i sudebnyy prigovor* = [Accusation and judicial sentence]. Kazan': Izd-vo Kazan. Un-ta. (In Russ.)
- Freixo, I., 2019. Colloquium report: sentencing / strafzumessung-comparative insights. *Criminal Law Forum*, 30, pp. 473–478. Available et: <<https://doi.org/10.1007/s10609-019-09377-7>>. (In Eng.)
- Glin'ska, N.V., 2015. *Konceptual'ni zasadi viznachennya ta zabezpechennya standartiv dobroyakisnosti kriminal'nih procesual'nih rishen'* = [Conceptual bases for determining and ensuring standards of good

quality of criminal procedural decisions]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Harkiv. (In Ukr.)

Groshevoj, Yu.M., 1979. *Sushchnost' sudebnyh reshenij v sovetskom ugolovnom processe* = [The essence of judicial decisions in the Soviet criminal process]. Har'kov: Vishcha shchkola. (In Russ.)

Knyazev, A.A., 2004. *Zakonnaya sila sudebnogo resheniya* = [The legal force of a court decision]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Lupinskaya, P.A., 1976. *Resheniya v ugolovnom sudoproizvodstve. Ih vidy, sodержanie i formy* = [The Decisions in criminal proceedings. Their types, content and forms]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)

Lupinskaya, P.A., 2010. *Resheniya v ugolovnom sudoproizvodstve: teoriya, zakonodatel'stvo, praktika* = [Decisions in criminal proceedings: theory, legislation, practice]. 2nd ed., reprint. and add. Moscow: Norma; Infra-M. (In Russ.)

Marochkin, O.I., 2015. *Motivuvannya procesual'nih rishen' slidchogo* = [Motivation of the investigator's procedural decisions]. Kiiv: Nacional'na akademiya prokuraturi Ukraini. (In Ukr.)

Maslennikova, L.N., ed., 2017. *Dokazyvanie i prinyatie reshenij v sostyazatel'nom ugolovnom sudoproizvodstve* = [Proving and decision-making in adversarial criminal proceedings]. Monograph. Moscow: Norma; Infra-M. (In Russ.)

Miretsky, S.G., 1989. *Prigovor suda* = [The Verdict of the court]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)

Monyakane, M.M.M.-E., 2019. The danger of underestimating the necessary precautions for the admissibility of admissions in section 219a of the South African Criminal procedure law 51 of 1977. *Criminal Law Forum*. Available at: <<https://doi.org/10.1007/s10609-019-09381-x>>. (In Eng.)

Perlov, I.D., 1960. *Prigovor v sovetskom ugolovnom processe* = [Sentence in the Soviet criminal process]. Moscow: Gosyurizdat. (In Russ.)

Petruhin, I.L., 2009. *Opravdatel'nyj prigovor i pravo na reabilitaciyu* = [Acquittal and the right to rehabilitation]. Moscow: Prospekt. (In Russ.)

Podolsky, M.A., 2007. *Sudebnye resheniya v dosudebnom proizvodstve po ugolovnomu delu: voprosy teorii i praktiki* = [Judicial decisions in pre-trial proceedings in a criminal case: questions of theory and practice]: Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Ekaterinburg. (In Russ.)

Ponomarenko, V.A., 2007. *Motivirovannost' sudebnogo resheniya v grazhdanskom i arbitrazhnom processe* = [Motivation of a court decision in civil and arbitration proceedings]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Slyusarchuk, H.R. 2017. *Standarti dokazuvannya u kriminal'nomu provadzhennii* = [Standards of evidence in criminal proceedings]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Lviv. (In Ukr.)

Trakhov, R.A., 2010. *Obosnovannost' reshenij suda pervoj instancii v rossijskom ugolovnom processe* = [The validity of decisions of the court of first instance in the Russian criminal process]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Krasnodar. (In Russ.)

Tuzov, N.A., 2006. *Motivirovanie i prejudiciya sudebnyh aktov* = [Motivation and the prejudicial effect of judicial acts]. Moscow: RAP. (In Russ.)

Zagajnova, S.K., 2008. *Sudebnye akty v grazhdanskom i arbitrazhnom processe: teoreticheskie i prikladnye problemy* = [Judicial acts in civil and arbitration proceedings: theoretical and applied problems]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Ekaterinburg. (In Russ.)

Zagorsky, G.I., 2017. *Postanovlenie prigovora. Problemy teorii i praktiki* = [Resolution of the sentence. Problems of theory and practice]. 2nd ed. Moscow: Prospect. (In Russ.)

Информация об авторах / Information about the authors:

Беляев Максим Владимирович, профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин Казанского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (420088, Россия, г. Казань, 2-я Азинская ул., д. 7а) [**Maxim V. Belyaev**, Professor of Criminal Legal Disciplines Department, Kazan Branch, Russian State University of Justice (7a 2nd Azinskaya St., Kazan, 420088, Russia)].

Качалова Оксана Валентиновна, главный научный сотрудник, руководитель научного направления исследования проблем уголовного судопроизводства Центра исследования проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), доктор юридических наук, доцент [**Oksana V. Kachalova**, Chief Researcher, Head of Problems of the Criminal Justice Research, Center for the Study of Justice Issues, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Law), Associate Professor]. E-mail: oksana_kachalova@mail.ru

Заявленный вклад авторов:

Беляев Максим Владимирович – сбор и систематизация данных, анализ и обобщение результатов исследования.

Качалова Оксана Валентиновна – обзор литературы по исследуемой проблеме, научное руководство.

УДК 349.6

DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.67-86

Суд и охрана окружающей среды в США

Л.И. Брославский*

** Юридическая фирма Z.L. Broslavsky & Wienman,
г. Лос-Анджелес, США
LazarBros@aol.com*

Введение. Статья посвящена одной из актуальнейших проблем мирового сообщества, решение которой требует объединения всех государств, – охране окружающей среды. В промышленно развитых странах сформировалась самостоятельная экологическая функция. Она должна выполняться всеми органами государственной власти, при этом особая роль принадлежит судам.

Теоретические основы. Методы. Теоретическую основу исследования составили труды ученых, изучавших политическую и юридическую системы России и США. Использован метод сравнительного анализа судебной практики США и России в сфере охраны окружающей среды.

Результаты исследования. Организационная структура судебной власти в США обусловлена особенностями американского федерализма: действуют две параллельные системы судебных органов – федеральная и штатов. Природоохранное право США включает в себя законодательные и другие нормативные правовые акты (писаное право) и общее (прецедентное) право. В США накоплена большая судебная практика, представляющая несомненный интерес для российских специалистов.

Обсуждение и заключение. Эффективная деятельность судебных органов позволит обеспечить законность в сфере экологии, охрану окружающей среды и защиту конституционного права граждан на благоприятную, здоровую окружающую среду как неотъемлемую часть более широкой категории – качества жизни человека.

Ключевые слова: охрана окружающей среды, Конгресс США, Верховный Суд США, общее право, судебный пересмотр актов законодательной и исполнительной власти, ответственность независимо от вины причинителя вреда, судебное решение, штрафные выплаты

Для цитирования: Брославский Л.И. Суд и охрана окружающей среды в США // Правосудие. 2020. Т. 2, № 2. С. 67–86. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.67-86

Court and Environment Protection in USA

Lazar I. Broslavsky*

* Z.L. Broslavsky & Wienman, Los Angeles, USA

For correspondence: LazarBros@aol.com

Introduction: The article discusses one of the essential problems the global community faces that demands international solutions – environmental protection. Environmental policies have become one of the important government functions in industrialized countries, and are needed to be carried out by all branches of power. The judicial branch is one of them.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of the research is the works of scientists of the political and legal systems of Russia and the United States. The author used a comparative analysis of Russian and American court practices relating to environmental protection.

Results. There are two separate and parallel court systems in the United States, Federal and State. US environmental law includes statutes and regulations (written laws by legislative and executive branches) and common law (precedent law through judicial decisions). The structure and practice of the American court systems is of interest and potential use to Russian scholars and professionals.

Discussion and Conclusion. Legal actions in court are essential to ensure compliance with the law, environmental protection, and safeguarding of the constitutional right of citizens to live in a safe and healthy environment as an indispensable part of the quality of life.

Keywords: environment protection, Congress USA, Supreme Court USA, common law, judicial review, strict liability, court decision, punitive damages

For citation: Broslavsky, L.I., 2020. Court and Environment Protection in USA. *Pravosudie = Justice*, 2(2), pp. 67–86. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.67-86

Введение

Организационная структура судебной власти в США имеет свои особенности по сравнению с российской. Это обусловлено спецификой американского федерализма. Особенность организации судебной власти заключается в том, что это так называемый двойной федерализм (dual federalism): действуют две параллельные, самостоятельные системы законодательных, исполнительных и судебных органов – федеральные и штатов. В США нет отдельной системы арбитражных судов. Все споры, включая хозяйственные споры между юридическими лицами, рассматриваются судами общей юрисдикции. Функции Конституционного Суда выполняет Верховный Суд США. В систему федеральных судов входят 94 федеральных окружных суда (U.S. district courts), 13 апелляционных федеральных судов (U.S. Courts of Appeals) и Верховный Суд США – высший судебный орган, состоящий из девяти человек: председатель (chief justice) и восемь членов Суда (justices).

Все федеральные судьи назначаются президентом США и работают пожизненно либо до добровольного ухода в отставку.

Федеральные суды не являются высшей инстанцией по отношению к судам штатов. Функционируя с ними параллельно, они рассматривают дела по первой инстанции. Эти функции возложены на окружные

федеральные суды, решения которых могут быть обжалованы в апелляционные федеральные суды, а решения последних – в Верховный Суд США. Что же касается судебной системы штатов, то каждый штат имеет свою систему судов – двух- или трехступенчатую, независимую от федеральной. Федеральные суды рассматривают дела, связанные с соблюдением, исполнением и применением федерального законодательства, а суды штатов – соответственно законодательства данного штата.

Теоретические основы. Методы

Теоретическую основу исследования составили труды ученых, изучавших политическую и юридическую системы России и США. Использован метод сравнительного анализа судебной практики США и России в сфере охраны окружающей среды.

Результаты исследования

В области экологии действуют и федеральные законы, и законы штатов. Исходя из этого гражданские, административные и уголовные дела относятся к юрисдикции и федеральных судов, и судов штатов. Особенности государственного устройства США предполагают противостояние органов власти штатов и федерации. Арбитром при разрешении возникающих в связи с этим споров является суд. В судебной практике о разграничении компетенции федеральных органов и органов штатов в области охраны окружающей среды перед судом стоит задача определить, не противоречит ли деятельность отдельных штатов общенациональным интересам и не нарушили ли федеральные органы суверенные права штата.

Отправной точкой при разрешении таких споров является Конституция. Десятая поправка к ней, принятая в 1791 г., гласит: «Полномочия, не предоставленные настоящей Конституцией Соединенным Штатам и пользование которыми не возбранено отдельным штатам, остаются за штатами или народом». Отсюда следует фундаментальное положение американской политико-правовой системы, которым руководствуется суд при рассмотрении споров между штатами и федерацией. Законодательство является прежде всего прерогативой штатов; полномочия органов федеральной власти ограничены, они вправе принимать законы только в предоставленных Конституцией пределах.

По классическому определению известного французского правоведа Рене Давида, «компетенция федеральных органов – исключение, которое всегда должно основываться на определенной статье Конституции» [Давид, Р., 1988, с. 344]. Исключением является предусмотренное ст. IV, параграф 3 (2) Конституции право Конгресса регулировать федеральную собственность. Применительно к теме настоящей статьи необходимо отметить, что это положение явилось основанием для принятия федеральных законов о целинных и залежных землях, национальных

лесах и заповедниках, добыче нефти на морском шельфе. В статье I, параграф 8 (3) Конституции закреплена так называемая торговая оговорка, согласно которой Конгресс имеет право регулировать торговые отношения с иностранными государствами и между штатами. Соответственно, согласно ст. II, параграф 2 (2) Конституции президенту предоставлено право заключать международные договоры. Это право реализуется путем заключения международных договоров (соглашений, конвенций). В качестве примера двустороннего соглашения можно привести Договор между США и Канадой «О качестве атмосферного воздуха» (The Air Quality Agreement), подписанный 13 марта 1991 г. президентом США и премьер-министром Канады. США – участник многочисленных многосторонних глобальных соглашений и конвенций по вопросам защиты окружающей среды и сохранности природных ресурсов, направленных на решение проблем, связанных с глобальным потеплением и изменением климата, разрушением озонового слоя планеты Земля, межграницной транспортировкой вредных отходов, защитой вымирающих видов животного и растительного мира, обеспечением сохранности экосистем Арктики и Антарктики и др.

В центре внимания мирового сообщества после принятия в декабре 2015 г. Парижского соглашения по вопросам изменения климата находится позиция США, занимающих первое место в мире по объему выбрасываемых в атмосферу парниковых газов. Парижское соглашение подписано Бараком Обамой, бывшим тогда президентом США. Нынешний президент Дональд Трамп, действуя в пределах своих полномочий, принял решение о выходе США из Парижского соглашения. Согласно установленным правилам формальный выход США из соглашения состоялся после принятия соответствующего решения Европарламента, и с 1 февраля 2020 г. США не несут каких-либо обязательств по реализации его положений.

Международные договоры об охране окружающей среды заключаются не только федеральным правительством в лице президента США как главы исполнительной власти, но и штатами – субъектами федерации. Это вытекает из Конституции США, закрепляющей лишь исключительные права, относящиеся только к компетенции федерального правительства (к примеру, связанные с обороной страны). Штаты широко используют свое право заключать международные договоры с другими странами и отдельными регионами зарубежных стран по различным вопросам социально-экономической жизни общества: торговля, транспорт, сельское хозяйство, туризм и др. Среди таковых – и вопросы экологии.

Например, штат Калифорния заключил в 2013 г. договор с канадской провинцией Квебек о купле-продаже квот на эмиссию парниковых газов (Cap-and-Trade Agreement) [Murthy, Sh., 2019]. В июне 2017 г. Калифорния заключила соглашение с Китаем о мероприятиях по сокращению выброса в атмосферу парниковых газов [Brown, M., 2017].

Интересно, что политика действующих в настоящее время правительств ряда штатов США (в том числе штатов Нью-Йорк, Вашингтон и др.) в отношении Парижского соглашения расходится с политикой нынешнего федерального правительства президента США Дональда Трампа. Это тоже является предметом конфликтов, разрешение которых относится к компетенции Верховного Суда США, и заслуживает отдельного анализа.

Предметом судебных споров, связанных с охраной окружающей среды, являются главным образом дела, связанные с толкованием торговой оговорки применительно к хозяйственным отношениям внутри страны. Это обусловлено тем, что они являются объектом регулирования и федеральными законами, и законами отдельных штатов.

Исторический опыт показал необходимость создания системы федерального законодательства в тех сферах социально-экономической жизни общества, где требуется проведение единой политики в масштабах всей страны. К ним относится и окружающая среда. Торговая оговорка явилась основанием создания и развития действующей в настоящее время системы федерального природоохранного законодательства.

Разумеется, необходимость правового регулирования на уровне штатов, региональном и локальном (муниципальном) сохраняется. Это обусловлено различными природными и социально-экономическими особенностями отдельных регионов страны, в которых отличаются: климат, растительный и животный мир, рельеф, количество и объем водоемов и источников питьевой воды, ветры и воздушные потоки, уровень урбанизации и инфраструктура городов и других населенных пунктов, развитие и характер промышленного и сельскохозяйственного производства, залежи полезных ископаемых и энергоресурсов, наличие мегаполисов и крупных городов, плотность населения и расово-этнический и национальный состав жителей, а также уровень их доходов и др.

Согласно Конституции США неотъемлемое право штатов – принятие законов, обеспечивающих безопасность, здоровье и благосостояние граждан. Благоприятная, здоровая окружающая среда является одним из необходимых элементов достижения этих целей. В то же время принятие природоохранных законов, федеральных и штатов, имеющих один и тот же предмет правового регулирования, является потенциальным источником конфликтов интересов, и такие конфликты нередко имеют место. Во-первых, между интересами двух штатов, когда один штат принимает определенный закон, который, однако, не отвечает интересам другого штата. Во-вторых, между интересами какого-либо штата и федерации. Споры, вытекающие из такого рода конфликта интересов, разрешаются федеральными судами.

В соответствии с выработанной судами доктриной «торговая оговорка» законы штатов и нормативные правовые акты органов регионального и локального самоуправления признаются неконституционными,

если они «существенным образом, прямо или косвенно, вторгаются и служат препятствием свободному развитию торговых отношений между штатами».

Рассмотрим судебное дело, которое обычно приводится в американских учебниках по экологическому праву, ставшее поэтому хрестоматийным¹.

Ассоциация компаний по добыче залегающего на поверхности угля обратилась с иском в федеральный суд, оспаривая правомерность закрепления на федеральном уровне ряда положений Закона США 1977 г. «О контроле за добычей полезных ископаемых на поверхности» (Surface Mining Control and Reclamation Act). Само право Конгресса принять этот Закон не ставилось под сомнение. Суд должен был только установить, не превысил ли Конгресс свои полномочия, имея в виду, что законодательство об использовании природных ресурсов традиционно является прерогативой штатов.

Руководствуясь торговой оговоркой, суд признал оспариваемые положения Закона правомерными, поскольку добыча угля затрагивает экономические и экологические интересы различных штатов: развитие сельскохозяйственного производства в стране; опасность загрязнения водных объектов, находящихся на территории разных штатов. Суд отметил необходимость утверждения обязательных федеральных стандартов как необходимого средства предотвращения экологического вреда, поскольку добыча угля сама по себе представляет негативное воздействие на окружающую среду.

Более того, даже при отсутствии федеральных законов органы законодательной и исполнительной власти штатов, регионального и локального управления не вправе принимать законодательные и другие правовые акты в сфере экологии, препятствующие свободной торговле, поскольку это противоречит духу Конституции.

В судебной практике доктрина «торговой оговорки» широко применяется как средство против дискриминационных мер, в том числе связанных с охраной окружающей среды, принимаемых в целях протекционизма бизнеса своего штата.

Рассмотрим судебное дело, когда закон одного штата нарушил экономические интересы хозяйствующих субъектов, находящихся в другом штате².

Легислатура штата Нью-Джерси приняла Закон, запрещающий ввоз и переработку на территории штата мусора и отходов из других штатов. Между тем достаточно широкое распространение получил бизнес, связанный с обращением мусора и других отходов жизнедеятельности людей. Частные компании, специализирующиеся на переработке отходов потребления, заключали с муниципалитетами городов, в том числе находящихся в других штатах, договоры о выполнении работ по вывозу этих отходов и,

¹ Hodel v. Virginia Surface Mining & Recl. Assn. (1981).

² City of Philadelphia v. New Jersey.

соответственно, очистке мест их накопления. Такая практика представляла взаимный экономический интерес и для заказчиков, и для исполнителей. Она была эффективным средством против загрязнения окружающей среды и давала возможность использовать земельные участки после их очистки по определяемому муниципалитетами городов целевому назначению. Кроме того, вместо их уничтожения отходы потребления использовались как вторсырье для производства новой продукции, а также как источники энергии.

В исковом заявлении указывалось, что эти положения Закона штата Нью-Джерси являются антиконституционными, поскольку они препятствуют свободной торговле на территории страны. Ответчик – штат Нью-Джерси в свою очередь заявил, что Закон направлен на защиту окружающей среды, здоровья и благосостояния жителей штата и что ответственность за это возложена действующим законодательством на органы штата.

Суд не согласился с доводами ответчика и указал, что оспариваемые положения Закона штата противоречат торговой оговорке и являются дискриминационными. Установление ограничений хозяйственных отношений между штатами по географическому признаку следует признать неконституционным. Здесь нет противостояния между экономическими и экологическими интересами различных штатов: все отходы, образовавшиеся как в штате Нью-Джерси, так и в других штатах, наносят вред окружающей среде.

Эта трактовка является общепризнанной в судебной практике, однако возможны и исключения, например введение карантина (quarantine laws), запрещающего ввоз на определенную территорию ядовитых веществ.

В сложившейся судебной практике признается также право органов штатов, регионального и локального управления принимать законодательные и другие нормативные правовые акты, хотя и ограничивающие свободную торговлю, но запрещающие ввоз продукции, материалов и веществ, представляющих угрозу для здоровья людей, живых организмов и природных богатств.

Верховный Суд США признал конституционным Закон штата Индиана, запрещающий транспортирование на территории штата мертвых животных. Закон принят в целях предотвращения распространения заразных болезней и эпидемий.

Другой пример.

Федеральный суд признал конституционным Закон штата Мэн, запрещающий ввоз из других штатов живой приманки для ловли рыбы. Это могло бы привести к появлению новых пород рыбы, и в результате смешения с ними могли бы погибнуть ценные местные породы рыбы.

Представляет интерес судебное дело, по которому оспаривалась правомерность нормативного правового акта, принятого на муниципальном уровне.

Муниципалитет г. Чикаго издал ордонанс, запрещающий продажу содержащих фосфаты моющих средств. Изготовители требовали его отмены, заявив, что ордонанс препятствует свободной торговле. Суд отказал в удовлетворении иска, указав в своем решении, что, несмотря на такого рода ограничение торговли, положительный эффект данного положения неизмеримо больше. Цель ордонанса – охрана экологии, обеспечение чистоты и улучшения качества воды в реке Иллинойс и озере Мичиган.

Эту доктрину принято называть «balancing test». При рассмотрении споров, связанных с разграничением компетенции федерации и штатов, суды руководствуются следующими принципами. Первый: Конгресс США имеет неограниченное право издавать природоохранные законы, относящиеся к взаимоотношениям между штатами. Второй: ограничение, введение в определенные рамки законодательной инициативы штатов. Конгресс США имеет на это право независимо от того, принял он по этому вопросу закон или нет. За ним во всех случаях сохраняется преимущественное право законодательного регулирования в области экологии, если затронуты интересы различных штатов. Последнее слово всегда остается за Конгрессом. Он вправе разрешить штатам принять закон по определенному вопросу, несмотря на то что суды признавали такое решение незаконным. И наоборот: Конгресс в любое время вправе принять закон, в результате которого законы штатов по этому вопросу должны признаваться недействительными, хотя до того суды находили их конституционными.

Законы Конгресса не лишают штаты законодательной инициативы при одном условии – законы штатов не должны противоречить федеральным законам. Это положение закреплено в Конституции США (ст. VI Supremacy Clause), установившей верховенство принятых Конгрессом США федеральных законов. Следовательно, при рассмотрении конкретных дел в случаях, когда имеет место коллизия между нормой закона штата и федерального закона, закон штата считается недействительным.

Таким образом, ни Конституция, ни Верховный Суд США не дают критериев разграничения компетенции федерации и отдельных штатов и не определяют, по каким вопросам принимаются федеральные законы, а по каким – законы штатов. Поэтому, учитывая, что экология – предмет законодательного регулирования и федерации, и штатов, Верховный Суд США предлагает судам рассматривать споры о правомерности применения торговой оговорки и выносить решения, основываясь не на правовой норме, а исходя в каждом конкретном случае из хозяйственной целесообразности, экономических и социальных факторов (case-by-case basis).

В США нет федеральных УК, ГК и ГПК, они принимаются каждым отдельным штатом. Поскольку федеральные суды и суды штатов – неза-

висимые друг от друга судебные системы, каждая из них руководствуется своими собственными гражданско-процессуальными нормами. Федеральные суды рассматривают дела в соответствии с федеральным законом – Федеральными правилами гражданского процесса (Federal Rules of Civil Procedure). Каждый штат принимает свой гражданско-процессуальный закон, обычно ГПК.

Эти общие для правовой системы США положения находят отражение и при рассмотрении гражданско-правовых споров в области охраны окружающей среды и дел о применении административной и уголовной ответственности за совершение экологических правонарушений. Подсудность рассматриваемых судами дел определяется исходя из правила общей юрисдикции (general jurisdiction). Повышение роли судебной власти в области охраны окружающей среды обычно связывают с концом 1960-х гг., когда в США произошла, как принято говорить, «зеленая революция» и сложилась действующая система природоохранного законодательства. Судебная практика формирует общественное мнение и является одним из факторов, определяющих государственную экологическую политику. Деятельность суда не ограничивается разрешением споров: судебные прецеденты являются источником права и призваны заполнять «правовой вакуум». Роль судебной власти возросла, причем как в правоохранительной, так и правообразующей сферах.

Важным этапом в развитии экологического права США явилось рассмотренное федеральным судом в 1965 г. дело по иску общественной экологической организации к федеральному органу государственного управления³.

Ответчик – Федеральная комиссия по энергетике выдала компании Consolidated Edison разрешение на сооружение системы электроснабжения в горах штата Нью-Йорк на берегу реки Гудзон. Граждане выступили против реализации указанного проекта, поскольку это могло бы стать причиной значительного экологического вреда, уничтожения природных богатств уникального заповедного места. Они создали временную Ассоциацию (Scenic Hudson Preservation Conference), призванную добиться запрещения названных работ в этой местности.

Федеральная комиссия отклонила протест граждан и отказалась пересмотреть вопрос об отмене этого разрешения. Тогда Ассоциация обратилась с иском в федеральный суд, который согласился с доводами Ассоциации, признанной истцом по делу, и обязал Комиссию пересмотреть вопрос о целесообразности выдачи разрешения.

В итоге компания отказалась от сооружения системы электроснабжения в данном месте.

Решение суда кардинальным образом изменило судебную практику. В нем впервые было сформулировано требование, что государственные органы при утверждении проектов и программ, а также выдаче раз-

³ Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Commission.

решений (сертификатов, лицензий) на проведение определенных работ должны учитывать наряду с технико-экономическими также экологические факторы.

Принятие такого рода решений должно основываться на предварительном анализе возможного негативного воздействия на качество окружающей среды, который должен быть доведен до широкой общественности. Все это позволило обеспечить всесторонний и эффективный государственный надзор и общественный экологический контроль. Соответствующие положения были затем закреплены в Законе «О национальной политике в области охраны окружающей среды» (National Environmental Policy Act – NEPA), принятом Конгрессом США в декабре 1969 г. и введенном в действие с 1 января 1970 г.⁴ Этот Закон стал поворотным пунктом в деле охраны окружающей природной среды и началом современного этапа развития природоохранного законодательства США⁵.

Судебные решения стали прецедентами для предъявления связанных с охраной окружающей среды исков общественными экологическими организациями. Начиная с середины 1960-х гг. такие иски постоянно рассматриваются американскими судами. Более того, большинство исков, связанных с причинением экологического вреда, предъявляется экологическими организациями. Они изменили судебную практику, традиционно ориентированную на защиту индивидуальных интере-

⁴ 42 U.S.C. & 7401–7671q.

⁵ В 1970–1990-х годах в развитие Закона NEPA были приняты основополагающие федеральные природоохранные законы по отдельным сферам окружающей среды, а также о контроле за производством, транспортированием, хранением и использованием отдельных видов продукции и веществ, являющихся потенциальными источниками негативного воздействия на окружающую среду. На базе этих законов сложилась действующая в настоящее время система правового регулирования в области охраны окружающей среды. В их числе законы: «О чистоте атмосферного воздуха» 1970 г., с дополнениями 1977 и 1990 гг. (Clean Air Act – CAA); «О чистоте вод» 1972 г., с дополнениями 1977 и 1987 гг. (Clean Water Act – CWA); «О консервации и утилизации отходов» 1976 г., с дополнениями 1986 г. (Resource Conservation and Recovery Act – RCRA); «О пригодности питьевой воды» 1974 г. (Safe Drinking Water Act – SDWA); «Об охране живой природы» 1973 г. (Endangered Species Act – ESA); «О контроле токсичных веществ» 1976 г. (Toxic Substances Control Act – TSCA); «О предотвращении загрязнения окружающей среды» 1990 г. (Pollution Prevention Act – PPA); «О пестицидах» 1996 г. (Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act – FIFRA); «О загрязнении окружающей среды в результате утечки нефти» 1990 г. (Oil Pollution Act – OPA); «Об устранении последствий, компенсациях и возмещении вреда, причиненного окружающей среде» с дополнениями 1986 г. (Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act – CERCLA). Сокращенно этот Закон обычно называют Superfund или CERCLA. В связи с международным терроризмом, представляющим собой серьезную угрозу человечеству, следует отметить важную роль принятого в США Закона «О безопасности жизни и здоровья людей и мерах по предотвращению угрозы биотерроризма» 2002 г.

сов, – возмещение вреда, причиненного определенным субъектам права: физическим и юридическим лицам. Соответствующие дополнения были внесены в основополагающие законы.

Природоохранное право (законодательство) США – это комплекс законодательных и иных нормативных правовых актов, основополагающих и текущего нормотворчества (так называемое писаное право), и судебных прецедентов, т. е. ранее принятых по аналогичным делам судебных решений, на которые ссылаются стороны и которыми руководствуется суд при вынесении решения по конкретному делу в случаях, когда в действующем законодательстве нет соответствующей правовой нормы (общее, прецедентное право).

Общее право не только «прокладывает дорогу» писаному праву, но и дополняет его. Это означает, что возможна ситуация, когда те или иные отношения регулируются одновременно законом, федеральным и (или) штата, и положениями общего права. Рассмотрим такой пример применительно к возмещению экологического вреда. По американскому праву в отличие от российского возмещение причиненного вреда осуществляется в виде не только взыскания положительного ущерба и упущенной выгоды (компенсационные выплаты), но и взыскания с нарушителя штрафных выплат (punitive damages). Они взыскиваются в пользу истца, если суд установит, что действия или бездействие нарушителя носили умышленный, злостный характер или имели место преступная небрежность, различные формы принуждения и обмана либо иные отягчающие обстоятельства. Взыскание компенсационных выплат предусмотрено законодательством.

Другое дело – взыскание штрафных выплат. В случаях, когда в результате экологического правонарушения вред причинен физическим и юридическим лицам и иски предъявляются в защиту частных интересов, штрафные выплаты взыскиваются в соответствии с гражданскими кодексами штатов.

Так, в течение нескольких лет принадлежащая крупной корпорации Engineering, Inc. шахта по добыче минералов в скалах Graves Mountain, штат Джорджия, сбрасывала в близлежащие земли сточные воды с повышенной концентрацией кислот, в том числе серной кислоты. Это было вызвано высокой кислотогенерирующей способностью содержащих пирит скальных пород. Несмотря на многочисленные жалобы владельцев земельных участков, надлежащая очистка сточных вод не производилась. В результате степень загрязнения почвы оказалась такой, что эти земли стали непригодными для использования в сельскохозяйственных целях, и землевладельцы обратились с иском в суд. Жюри вынесло вердикт, согласно которому корпорация – ответчик по делу должна была уплатить 23 землевладельцам в возмещение причиненного вреда компенсации на общую сумму 47 000 долл. и сверх того – штрафные выплаты в размере 45 млн долл. Суд первой инстанции, рассмотрев дело по существу и руководствуясь Гражданским ко-

дексом штата Джорджия, в конечном итоге снизил размер штрафных выплат до 4,35 млн долл. Апелляционный суд оставил это решение в силе⁶.

Если в результате экологического правонарушения вред причинен неопределенному кругу лиц (загрязнение водоема, подземного источника питьевой воды, выброс в атмосферу токсичных загрязняющих веществ, представляющих опасность для здоровья жителей населенного пункта, и т. п.) и, следовательно, иск предъявляется в защиту общественных интересов (экологический вред), штрафные выплаты взыскиваются в соответствии с положениями общего права. Разумеется, взысканные средства должны быть направлены исключительно на решение экологических проблем.

Взыскание судом штрафных выплат исключительно важно, когда в результате нарушения природоохранного законодательства происходят экологические катастрофы, имеющие долгосрочное негативное воздействие на окружающую среду и жизнедеятельность людей, а весь объем причиненного вреда невозможно не только оценить, но и предвидеть. Штрафные выплаты, перечисляемые в бюджет, становятся важным источником возмещения экологического вреда, а также вреда, причиненного гражданам и организациям правонарушителями, а не государством.

В качестве таких классических примеров можно привести дивившиеся в течение многих лет дела о юридической ответственности судоходной компании Exxon Shipping, а также корпорации Exxon Mobil, в состав которой эта компания входила.

24 марта 1989 г. следовавший в порт Long Beach, Южная Калифорния (крупнейший грузовой порт США), супертанкер Exxon Valdez, на борту которого находилось примерно 55 млн галлонов (210 тыс. куб. м) сырой нефти, потерпел аварию в заливе Prince William Sound, в 100 милях (161 км) юго-восточнее Анкориджа – крупнейшего города штата Аляска. Был причинен колоссальный экологический вред: нефтью были покрыты воды океана общей площадью примерно 11 тыс. кв. миль (28 тыс. кв. км) протяженностью вдоль береговой линии приблизительно 1300 миль (2100 км), в том числе 900 миль (1448 км) с очень высокой степенью загрязнения, представляющей серьезную опасность для людей и живой природы. В водах залива, бывших до этого нетронутыми заповедными местами дикой природы, погибли 300 тюленей, 3000 морских выдр, 250 лысых орлов, 22 кита, 250 тыс. перелетных птиц и миллиарды икриных яиц лосося и сельди. Естественно, последствия этой экологической катастрофы отразились на популяции этих и других биологических видов. Многомиллиардные убытки невозможно было оценить в денежном выражении, поскольку загрязнение океанских вод оказало долгосрочное воздействие на окружающую среду и, соответственно, экономику и жизнедеятельность населения близлежащих территорий. Федеральное правительство и правительство штата Аляска предъявили

⁶ Johansen v. Combustion Eng'g, Inc., 170 F.3d 1320, 1336 (11th Cir. 1999).

гражданские иски. Было достигнуто мировое соглашение, в соответствии с которым ответчики обязались перечислить в доход бюджета (федеральный и штата) в течение 10 лет в возмещение экологического вреда компенсационные и штрафные выплаты на общую сумму 900 млн долл. Причем особо оговаривалось право истцов предъявить позднее дополнительные требования на сумму до 100 млн долл. в возмещение экологического вреда, который к моменту рассмотрения дела не мог быть выявлен. Общая сумма штрафов, подлежащих взысканию в бюджет, составила 1,1 млрд долл. Тысячи истцов, в том числе граждане, компании, и прежде всего рыболовные и по переработке рыбы, организации и муниципалитеты, предъявили иски о возмещении понесенных ими убытков. Ответчики – корпорация и компания выплатили в добровольном порядке без судебного разбирательства миллионы долларов в возмещение причиненного ущерба, включая уже фактически причиненный ущерб и будущие экономические потери, вызванные ухудшением качества окружающей среды. Принимая решение о компенсационных выплатах непосредственно понесшим убытки жителям Аляски, суд учитывал, что рыболовство в прибрежных водах, подвергшихся значительному загрязнению, было полностью запрещено на весь сезон 1989 г., а это, в свою очередь, весьма болезненно отразилось на всей экономической инфраструктуре районов, где лов и переработка рыбы – основная отрасль индустрии. Корпорация и компания обязались также внести 50 млн долл. в финансируемый компаниями нефтяной индустрии специальный фонд, средства которого используются для разработки и реализации мероприятий по предотвращению утечки нефти [Брославский, Л.И., 2019, с. 272–279].

Дела, связанные с охраной окружающей среды, довольно редко доходят до Верховного Суда США. Тем не менее вынесенные Верховным Судом решения оказали серьезное влияние на реализацию государственной экологической политики. Так, большой общественный резонанс вызвало решение Верховного Суда от 2 апреля 2007 г. Это было первое рассмотренное Верховным Судом дело о выбросе в атмосферу парниковых газов (*Massachusetts, et al., Petitioners v. Environmental Protection Agency*).

Суть дела состояла в следующем. Ряд экологических организаций обратились в Агентство по охране окружающей среды (Environmental Protection Agency – EPA) с петицией об утверждении во исполнение Закона «О чистоте атмосферного воздуха» обязательных нормативов, направленных на сокращение выброса в атмосферу парниковых газов, и прежде всего содержащейся в выхлопных газах автотранспортных средств двуокиси углерода, а также метана и др.⁷ Эти требования основывались на том, что автотран-

⁷ EPA – самостоятельный федеральный орган в рамках исполнительной власти, на который возложено решение природоохранных задач. Его возглавляет руководитель (Administrator), назначаемый президентом США как главой исполнительной власти и одобряемый Конгрессом.

спорт – один из серьезных источников выброса в атмосферу парниковых газов. Его деятельность способствует глобальному потеплению, которое оказывает негативное воздействие на экологию и причиняет вред здоровью людей. По данным EPA, наибольшая доля выброса в атмосферу двуокиси углерода в США приходится на транспорт, и прежде всего автотранспорт. Ежегодно все автотранспортные средства страны преодолевают расстояние более 3 трлн миль (4,8 трлн км). При такой дальности автопробега примерно за 10 лет человек мог бы добраться до ближайшей звездной системы – Альфа Центавра. При этом каждая автомашина в течение года выбрасывает в атмосферу 4,6 т двуокиси углерода [Greenberg, P., 2020].

EPA отклонило петицию, аргументируя это тем, что, во-первых, оно не вправе устанавливать обязательные правила и нормативы, связанные с глобальным потеплением; и, во-вторых, проблема глобального потепления и изменения климата как результат деятельности человека вообще и выброса в атмосферу парниковых газов в частности является достаточно спорной. Правительства нескольких штатов, ряд органов местного самоуправления и экологических организаций обратились в федеральный суд, который отказал в удовлетворении иска.

В конечном итоге дело было рассмотрено Верховным Судом США. Он должен был решить два вопроса: первый – имеет ли EPA право согласно названному Закону устанавливать нормативы выброса выхлопных газов для новых моделей автотранспортных средств; второй – имеет ли EPA свободу выбора, т. е. право принимать решение о необходимости и целесообразности закрепления таких нормативов.

Исходя из положений данного Закона, Верховный Суд вынес следующее решение: выброс в атмосферу парниковых газов следует рассматривать как загрязнение воздуха, являющееся причиной экологического вреда, а также вреда, причиняемого жизни и здоровью людей; нормативно-техническое регулирование выброса парниковых газов – не только право, но и обязанность EPA, и поэтому отказ EPA от принятия обязательных стандартов, исходя из возложенных на него законом функций, является неправомерным и должен рассматриваться как невыполнение возложенных на EPA обязанностей.

Во исполнение решения Верховного Суда и на основе проводимых исследований EPA утвердило план и ведет работу по утверждению обязательных федеральных стандартов, направленных на ограничение выброса в атмосферу парниковых газов. Так, EPA по согласованию с Министерством транспорта утвердило федеральные стандарты, закрепляющие нормативы расхода топлива автотранспортными средствами в зависимости от дальности пробега. Начиная с 2016 г., расход топлива не должен превышать в среднем 35,5 mpg, т. е., израсходовав один галлон топлива, автомашина должна пройти 35,5 миль (57,13 км). Для легковых автомашин этот показатель – 39 mpg (62,8 км), а для внедорожников и пикапов – 30 mpg (48,3 км).

Цель последовательного ограничения выброса в атмосферу парниковых газов – стимулирование автопроизводителей искать новые конструктивные решения, направленные на уменьшение количества потребления энергоресурсов.

Правотворчество суда – отличительная черта американской правовой системы. На базе судебной практики формулируются правовые доктрины (концепции), на которые обычно ссылаются в мотивировочной части принятого судом решения. Например, доктрина *strict liability*, т. е. гражданско-правовая ответственность независимо от вины причинителя вреда. Массив законодательства, в том числе природоохранного, постоянно растет и развивается. Однако идеи общего права и даже способ мышления составляют саму суть, «плоть и кровь» американской правовой системы. Законодательные и иные правовые нормы по-настоящему входят в систему американского права лишь после того, как они неоднократно применялись и истолковывались судами. Судебные решения весьма объемны, поскольку в них, даже при наличии соответствующих норм законодательства, наряду со ссылкой на эти правовые нормы приводятся судебные прецеденты как обоснование принятого судом решения.

Многие специалисты в сфере экологии считают необходимым содержащиеся в решении Верховного Суда положения закрепить законом Конгресса. Их оппоненты настаивают на запрещении ЕРА регулировать выброс парниковых газов, поскольку это отрицательно скажется на экономике. Приведенное решение Верховного Суда базируется на толковании действующего Закона. Однако в случае запрещения Законом регулировать деятельность, связанную с выбросом парниковых газов, решение Верховного Суда теряет силу.

Есть три главные силы, деятельность которых оказывает непосредственное воздействие на качество окружающей среды, предотвращение ее ухудшения и грозящей деградации: 1) промышленность, сельское хозяйство, транспорт и другие отрасли экономики; 2) государственные органы власти и управления; 3) граждане и создаваемые ими общественные экологические организации.

Государственные органы, действуя в рамках своих полномочий, призваны принять оптимальное решение, найти своего рода компромисс между требованиями экологических организаций, с одной стороны, и отраслей экономики – с другой. И если такое решение не найдено, то в результате этого или ухудшается качество окружающей среды, или создаются неоправданные препятствия развитию экономики. Руководители предприятий промышленности, прежде всего добывающей, нефтеперерабатывающей и строительной, нередко оспаривают нормативы стандартов, заявляя, что они слишком «жесткие» и препятствуют их производственно-хозяйственной деятельности. Общественные экологические организации, наоборот, требуют дальнейшего ужесточения этих нормативов, ут-

верждая, что в противном случае поставленные природоохранными законами задачи не будут решены. Естественно, что при этом возникают конфликты. Суд является арбитром, призванным их разрешать.

Суд не вправе «подменять» своими решениями нормы законов, т. е. брать на себя функции законодательной власти. Ведь принятие законов, федеральных и штатов, а также внесение в них изменений и дополнений – исключительное право органов законодательной власти: Конгресса США и legislatures штатов. Задача суда – защита законных прав и интересов, как частных, так и общественных (в нашем случае экологический вред). Суд должен определить правомерность и обоснованность действий или бездействия органов власти и управления, юридических и физических лиц и, установив, имело ли место несоблюдение, нарушение или невыполнение предусмотренных законом обязательств, вынести соответствующее решение.

В настоящее время одна из актуальнейших и насущных проблем мирового сообщества – обеспечение надлежащего качества и безопасности окружающей среды в условиях изменения климатических условий, вызванных глобальным потеплением. Специалисты предупреждали об этом еще в 1970-х гг. Однако лишь в последние несколько лет начались практические мероприятия, направленные на: уменьшение негативного воздействия на окружающую природную среду в результате хозяйственной и иной деятельности человека; адаптацию к изменяющимся климатическим условиям и создание благоприятной среды обитания человека XXI в., соответствующей достигнутому уровню развития цивилизации.

В работах специалистов и в СМИ все чаще говорится о сложившейся на планете чрезвычайной климатической ситуации (climate emergency) и необходимости незамедлительных действий как на мировом, так и на национальном уровнях. И это не комплекс рассчитанных на определенный срок мероприятий, а перестройка экологической, энергетической и всей экономической политики, базирующаяся на поддержке граждан и массовом общественном движении.

В рамках настоящей статьи закономерен вопрос о роли судебной власти в проведении этой политики. В последние годы общественные экологические организации, выступающие за проведение целенаправленной борьбы с глобальным потеплением и изменением климата, все чаще прибегают к судебной защите с тем, чтобы уменьшить все возрастающее давление на окружающую среду в результате выброса в атмосферу парниковых газов.

Весьма показательным следующее дело, рассмотренное федеральным судом США.

В 2008 году жители поселения Kivalina, штат Аляска, предъявили иск более чем к 20 энергетическим компаниям в связи с тем, что в результате их деятельности, способствующей глобальному потеплению, значительно уменьшилась высота ледяного барьера, являющегося естественным буфе-

ром, защищающим поселение от наводнений. Это создает серьезную угрозу жизнедеятельности людей. Суд первой инстанции отказал в удовлетворении иска. Федеральный апелляционный суд и Верховный Суд США не нашли оснований для пересмотра дела. При этом апелляционный суд подчеркнул, что дела, связанные с выбросом парниковых газов, подпадают под действие Закона «Об охране атмосферного воздуха» и к ним не применимо прецедентное (общее) право, в частности доктрина «public nuisance».

Названная доктрина выработана в судебной практике Великобритании, а затем США и других стран, в которых действует система общего права. Суть ее в том, что собственник, арендатор и другой законный владелец недвижимости имеет полное право эффективно пользоваться ею, соблюдая установленные законодательством правила и не нарушая интересов других субъектов права. В случаях создания препятствий, неудобств, различного рода помех со стороны других субъектов права, означающих вмешательство (*interference*) в его жизнедеятельность и, следовательно, ограничение, ущемление права пользования, такой субъект признается потерпевшим и вправе прибегать к судебной защите.

Эту правовую категорию можно сравнить с негаторным иском по российскому гражданскому праву, но только когда речь идет об устранении нарушений, препятствующих осуществлению права пользования или распоряжения имуществом.

Что же касается категории «*nuisance*», то она шире, поскольку направлена не только на защиту прав, связанных с владением и использованием недвижимостью, но и на защиту здоровья и безопасности граждан, действующего правопорядка, сложившегося нормального образа жизни. «*Nuisance*» подразделяется на «*private nuisance*» и «*public nuisance*». В первом случае речь идет о нарушении частных интересов, во втором – общественных, к которым и относятся рассматриваемые дела, связанные с глобальным потеплением. Приведенная характеристика доктрины «*nuisance*» полностью относится к судебным делам, связанным с защитой личных, частных интересов. «*Public nuisance*» предполагает неоправданное вмешательство (*interference*), нарушающее общественные интересы; имеется в виду ограничение, ущемление права неопределенного круга лиц пользоваться недвижимостью, которая находится в их владении на законном основании. В американском праве есть два вида «*nuisance*»: «*nuisance in fact*», или «*nuisance per accidens*», и «*nuisance per se*». Первый вид – это отдельные, конкретные нарушения, второй – нарушения частных и/или общественных интересов, продолжающиеся в течение какого-то периода времени.

Причинение экологического вреда бесспорно является нарушением общественных интересов. Однако для привлечения какого-либо хозяйствующего субъекта к гражданско-правовой ответственности и предъявления исковых требований о возмещении убытков истцы должны доказать не только факт и характер причиненного им вреда, но и при-

чинную связь между наступившими для истцов негативными последствиями и, соответственно, материальными потерями и деятельностью каждого ответчика. Только такое решение суда будет обоснованным. Более того, по нашему мнению, для решения в судебном порядке проблемы негативных последствий глобального потепления и, соответственно, изменения климатических условий нет перспективы. Это задача других ветвей государственной власти – законодательной и исполнительной. Суд должен действовать только в пределах своей компетенции и выполнять функции, присущие судебной власти, исходя из принципа разделения властей.

Обсуждение и заключение

Таким образом, в зависимости от субъектного состава и основания можно выделить следующие *виды рассматриваемых судами США дел*:

1) о разграничении полномочий Конгресса США и легислатур отдельных штатов, а также органов законодательной и исполнительной власти; о несоответствии законов штатов федеральным законам;

2) о признании недействительными нормативных актов органов управления. Особая разновидность последних – дела о правомерности принятия стандартов и других обязательных документов технического регулирования и обоснованности закрепленных в них норм, требований и правил. В отношении судебных дел первых двух видов применяется термин *judicial review* – судебный пересмотр актов законодательной и исполнительной власти, т. е. проверка их обоснованности, правомерности и законности;

3) о невыполнении органами исполнительной власти своих обязанностей принять нормативные правовые акты на основе и в развитие законодательных актов;

4) о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью граждан и имуществу (собственности) физических и юридических лиц;

5) о возмещении экологического вреда;

6) о применении административной ответственности и административно-правовых санкций за нарушение природоохранного законодательства;

7) об уголовной ответственности за совершение экологических преступлений.

Представляется, что анализ судебной практики США, касающейся охраны окружающей среды, представляет интерес для специалистов современной России, перед которой стоят те же экологические проблемы и где система государственной власти также построена в соответствии с принципом разделения властей. В современных условиях неуклонно возрастает роль судебной власти в деле охраны среды обитания человека и защиты конституционного права граждан на благоприятную окружающую среду. Ее качество – неотъемлемая часть качества

жизни людей цивилизованного общества. Граждане и создаваемые ими общественные экологические организации должны всемерно использовать предоставленные ими законом права и обращаться в суд с исками о защите как своих личных интересов (возмещение вреда, причиненного их здоровью и собственности в результате нарушения хозяйствующими субъектами экологических требований), так и общественных интересов (экологический вред).

Экологическое и правовое воспитание – необходимый элемент системы образования. Требуется подготовка квалифицированных кадров юристов, специализирующихся в области экологии. В этой связи представляет интерес система подготовки юристов в американских университетах. Она в значительной степени основана на анализе судебных решений по большинству учебных дисциплин, в том числе экологического и даже конституционного права. Профессора обычно указывают в списке литературы, обязательной для изучения данного предмета, наряду с учебниками (textbooks) также учебные пособия (supplements), содержащие детальный анализ судебных решений, и прежде всего Верховного Суда США, ставших хрестоматийными и широко используемыми сторонами в обоснование своих позиций в судебных спорах, а судами – при вынесении решений.

Идея проста – приучить будущих юристов мыслить, делать критический анализ судебных дел, находить убедительные аргументы в пользу той или иной точки зрения, позиции. Таким способом студенты познают суть права, его концепции и доктрины. Кроме того, практически по каждому предмету студенты должны наряду со сдачей экзамена подготовить исследование определенной проблемы (research papers), основанное, как правило, на анализе судебной практики. Такую практическую направленность на закрепление получаемых знаний было бы целесообразно применять при подготовке российских юристов.

Список использованной литературы

Брославский Л.И. Зарубежное экологическое право : природоохранное законодательство США : учеб. пособие. М. : Инфра-М, 2019. 300 с.

Давид Р. Основные правовые системы современности. М. : Прогресс, 1988. 496 с.

Brown M. California, China sign climate deal after Trump's Paris exit // AP News. 2017. June 6. URL: <https://apnews.com/9c3ede893ff84df2a04f16a78415d93d/California,-China-sign-climate-deal-after-Trump-Paris-exit>

Greenberg P. A Climate Diet for the New Year // The New York Times. 2020. January 1.

Murthy S. California's Cap-and-Trade Agreement with Quebec // Environmental & Energy Law Program. URL: <https://eelp.law.harvard.edu/2019/11/californias-cap-and-trade-agreement-with-quebec-surviving-constitutional-scrutiny/>

References

Broslavskij, L.I., 2019. *Zarubezhnoe ekologicheskoe pravo: prirodoohrannoe zakonodatel'stvo SShA* = [Foreign environmental law: the environmental laws of the United States]. Textbook. Moscow: Infra-M. (In Russ.)

David, R., 1988. *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti* = [The main legal systems of our time]. Moscow: Progress. (In Russ.)

Brown, M., 2017. California, China sign climate deal after Trump's Paris exit. *AP News*, June 6. Available at: <<https://apnews.com/9c3ede893ff84df2a04f16a78415d93d/California,-China-sign-climate-deal-after-Trump-Paris-exit/>>. (In Eng.)

Greenberg, P., 2020. A Climate Diet for the New Year. *The New York Times*, January 1. (In Eng.)

Murthy, S., 2019. California's Cap-and-Trade Agreement with Quebec. *Environmental & Energy Law Program*. Available at: <<https://eelp.law.harvard.edu/2019/11/californias-cap-and-trade-agreement-with-quebec-surviving-constitutional-scrutiny/>>. (In Eng.)

Информация об авторе / Information about the author:

Брославский Лазарь Израилевич, консультант юридической фирмы Z.L. Broslavsky & Wienman (США, г. Лос-Анджелес), кандидат юридических наук, доцент [**Lazar I. Broslavsky**, Consultant to a law firm Z.L. Broslavsky & Wienman (Los Angeles, USA), PhD (Law), USA]. E-mail: LazarBros@aol.com

Категории – атрибут научной и социально-преобразовательной деятельности

С.С. Антюшин* **

* *ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия*

** *Академия военных наук, г. Москва, Россия*
serg.ant@list.ru

Введение. Познание – атрибут жизни любого человека, неотъемлемый компонент культуры, необходимое условие социального прогресса, в котором категории имеют ключевое мировоззренческое и методологическое значение. Но сущность и функции категорий вызывают в научной среде и разночтения. Отсюда вытекает важность осмысления происхождения, сущности и значения категорий.

Теоретические основы. Методы. В целях как можно более полного и глубокого осмысления сущности, роли, типов и функций категорий необходимо рационально использовать системный, диалектический методы, семантический анализ.

Результаты исследования. Рассмотрение поставленных вопросов повышает убежденность в том, что категории – важнейшие инструменты, ориентиры, основания и результаты познавательной деятельности. Значение категорий в научно-исследовательской работе, в обеспечении повседневной жизни общества, а также в развитии специальных систем знаний и в реализации конкретных видов социальной практики весьма высоко. Оно определяется местом категорий в тезаурусе науки и социального воспроизводства, в организации жизненно важных видов общественной деятельности, которые невозможны вне теоретической, политической, организационной однозначности. Более полное и глубокое понимание места категорий раскрывается в происхождении, этимологии как самого понятия «категория», так и сущности тех или иных категорий. Большое значение также имеют типология категорий, установление функций и границ их применения. Важным результатом исследования представляется вывод о том, что категории в конечном счете не дают повода для принципиальных противоречий между исследователями различных специальностей. Напротив, искреннее и умелое использование категорий дает возможность цельного восприятия действительности и эффективного взаимодействия.

Обсуждение и заключение. Осмысление категорий становится важным фактором развития науки и общества. Полученные выводы предоставляют дополнительные возможности развития науки, техники, совершенствования общественных отношений.

Ключевые слова: категория, познание, научная деятельность, социальное воспроизводство, этимология, класс, разряд, типология

Для цитирования: Антюшин С.С. Категории – атрибут научной и социально-преобразовательной деятельности // Правосудие. 2020. Т. 2, № 2. С. 87–103. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.87-103

Categories – an Attribute of Scientific and Socio-transformative Activity

Sergey S. Antyushin * **

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

** *Academy of Military Sciences, Moscow, Russia*

For correspondence: serg.ant@list.ru

Introduction. Cognition is an essentially human attribute; a cultural entity and a precondition for social progress, in which categorisation and methodological significance play a key role. But the essence and functions of such categories can also cause disagreement in the scientific community. Hence the importance of understanding the origin, essence and meaning of categories by implication.

Theoretical Basis. Methods. In order to fully and thoroughly comprehend the essence, role, types and functions of categories, it is necessary to employ rational systemic and dialectic methods, and also semantic analysis.

Results. After due consideration of these issues, there was a increased conviction that categories are the most important tools, guidelines, foundations and outcomes of cognitive activity. The importance of categories in scientific research, in ensuring day-to-day life of society, as well as in the development of special knowledge systems and the implementation of specific types of social practice, is high. It is determined by the place of categories in the lexicon of science and social reproduction, in the organization of essential social activities, all of which would be impossible without having a theoretical, political and organizational uniqueness. A more complete and deeper understanding of the place of categories can be found in their origin and etymology, in the very concept of "category" and in the essence of certain categories. Of great importance is also the typology of categories, as well as the functions and limits of their application. An important result of the study is the conclusion that categories do not ultimately give rise to fundamental contradictions between researchers of various specialisations: On the contrary, good and skilful use of categories makes it possible to gain a full perception of reality and interaction.

Discussion and Conclusion. Understanding categories has become an important factor in the development of science and society. These findings present further opportunities for the development of science, technology, and the improvement of social relationships.

Keywords: category, cognition, scientific activity, social reproduction, etymology, class, rank, typology

For citation: Antyushin, S.S., 2020. Categories – an attribute of scientific and socio-transformative activity. *Pravosudie = Justice*, 2(2), pp. 87–103. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.87-103

Введение

Любая значимая для общества социально-преобразовательная и познавательная деятельность вряд ли могла бы стать эффективной, позволить избежать противоречий, если бы осуществляющие ее субъекты – отдельные люди, коллективы, народы – не действовали в определенной мере согласованно, не говорили «на одном языке» или, по крайней мере, не понимали бы друг друга. Вероятность развития ситуации при потере контакта между участниками реализации единого проекта описана в Ветхом Завете, в 11 главе книги «Бытие» (Бытие, 11: 1–9) [Библия или Книги Священного Писания Ветхаго и Новаго Завѣта, с. 11].

Ключевыми элементами социального тезауруса были и остаются наиболее общие и значимые понятия, отражающие важнейшие достижения человека в осмыслении действительности и своего места в ней, характеризующие уровень развития культуры. Первостепенное значение в рациональной рефлексии (активности высокопрофессионального уровня; деятельности, влияющей на общественное мировоззрение, на судьбы стран и народов) имеют понятия, обладающие статусом закона, обозначающие самые значимые процессы и явления природы и общества. Это категории, пристальное внимание к которым отмечается на протяжении нескольких тысячелетий, начиная от самых древних текстов (Вед, Библии и др.) до всех современных значимых документов. Без них немислимы научные исследования.

Однако нередко возникают противоречивые ситуации, в том числе и непосредственно в сфере науки, в связи с различными вариантами экспликации понятия «категория». Авторы и сторонники одного из таких вариантов считают именно его верным, «научным»; остальные попадают в разряд неверных (чаще по умолчанию, но, вероятно, можно встретить и подобие обоснования данной позиции). Поэтому важно, во-первых, как можно более точно определять сущность, области применения и функции категорий; во-вторых, разобраться в природе противоречий вокруг трактовки содержания и статуса категорий; в-третьих, определить возможности преодоления противоречий.

Теоретические основы. Методы

В соответствии с поставленными целями в центре внимания – понятие «категория». Для более полного и точного понимания содержания понятия, представления о значении категорий в культуре – в широком смысле и в частных проявлениях, в становлении и развитии науки, совершенствовании общественных отношений – важно обратиться к этимологической реконструкции, к первоначальному содержанию понятия во время его возникновения. Предстоит рассмотреть направления и результаты трансформации понятия, сравнить его современные модусы, ситуации и области использования. В связи с многозначностью взаимосвязанных задач анализ требует рационального сочетания системного и диалектического методов с семантическим анализом и элементами герменевтики, обращения к древним языкам, примерам трактовки и использования категорий в прошлом и в современности.

Результаты исследования

Познание в жизни любого человека и существовании человеческой цивилизации играет фундаментальную роль.

Накапливание опыта, выработка вариантов реакции на те или иные внешние воздействия, угрозы, обстановку, изменения среды и т. д. характерны для всех живых систем. Случаи удачных реакций на внешние воздействия влекут постепенные, очень медленные изменения этих систем. Так биологические организмы реализуют свою способность адаптироваться к изменяющимся условиям, в том числе совершенствуют систему рефлексов.

Человек, социальные системы тоже накапливают опыт и используют свои адаптивные способности и также совершенствуются. Однако процессы эти происходят в основном осознанно, и накопление опыта можно свести к познанию. Таким образом, познавательная деятельность – неотъемлемая сторона повседневной жизни социума на всех уровнях, во всех формах его проявления и социального воспроизводства в самом широком значении; а научно-исследовательская составляющая познания, направленная на всемерное изучение социальных процессов, целей, способов и законов общественного развития, в сущности – проявление рефлексии общества.

Значение категорий как элементов научной рефлексии невозможно выявить, не разобравшись в происхождении этого не просто важного класса понятий, а элементов лексики, обладающих самым высоким статусом. Существует несколько групп категорий; им соответствует несколько трактовок (определений) данного понятия. Поэтому важно как можно более ясно представлять себе сущность понятия «категория», которая связана с его этимологией.

I. Генезис и этимология понятия «категория» определяют значимость категорий как класса понятий, наделенных особым содержанием.

Возникло понятие в Древней Греции. Оно сложилось из двух слов. Первая часть – слово «ката» (др. греч. κατὰ) имело много смыслов. Оно указывает на направленность «сверху вниз», «под землю», «к чему-либо»; может соответствовать предлогу «под», может переводиться как наречие «относительно», «против», «согласно», «сообразно», «приблизительно»; может указывать на кого-то: говорить о ком-то, клясться кем-то, хвалить кого-то; может использоваться при указании на время: что-то делать «в течение» дня, недели¹. И это далеко не все варианты использования этого слова.

В основе второй части понятия лежит древнегреческое слово «агора» (др. греч. ἀγορά) – народное собрание. Эта же основа используется для обозначения того, что происходит в народном собрании, места собрания, площади, места суда (и даже рынка или базара); того, что продается на рыночной площади, на базаре, и выражения некоторых иных смыслов².

¹ Вейсман А.Д. Греческо-русский словарь. Репринт V-го издания 1899 г. М. : Греко-латинский кабинет, 2006. С. 664–665.

² Там же. С. 10.

Понятий с использованием двух рассмотренных слов несколько: *κατηγορος*, *κατηγοροῦν*, *κατηγορικὸς*. Собственно «категория» (*κατηγορία*) в древнегреческом языке означала «обвинять», «говорить против кого-либо», «упрекать», «порицать», но также и «доказывать», «показывать», «утверждать»³.

Древние греки придавали этому понятию большое значение, используя его в очень важных процессах, касающихся достижения справедливости, выявления истины. При этом человеку, доказывающему свою правоту или верную, по его мнению, позицию, важно было высказываться предельно точно. Преследуя цель обнажить несправедливые устремления нарушителей законов, по которым тогда жили древние греки, а может, и раскрыть преступные действия, обвинитель был вынужден стремиться не просто к убедительности, а к правдивости, говорить об истине. Для этого он должен был использовать только самые важные и точно определенные понятия. Неудивительно, что и в философских спорах, и в первых научных трактатах – т. е. в тех или иных формах реализации рационального знания, которое и в античности имело высокую ценность, – требовались точность, наглядность, доказательность. Статус категорий повышался, а их содержание уточнялось и становилось все более строгим.

Важную роль в трансформации системы смыслов понятия «категория» сыграл авторитет Аристотеля, который пренебрег множеством смыслов этого понятия, сосредоточившись на таких, как «доказывать», «высказываться», «утверждать». Понятием *κατηγορία* он назвал десять общих признаков, характеризующих бытие и любые составляющие его части (фрагменты). Правда, если «сущность», «количество», «соотнесенность» (отношение), «качество» в своей работе, которая так и называется – «Категории», он рассматривал сравнительно подробно [Аристотель, 1978, с. 55–79], то остальные шесть категорий он перечисляет в четвертой [Аристотель, 1978, с. 79] и в девятой [Аристотель, 1978, с. 79] главах.

Римская культура восприняла многое из древнегреческой, и в латинском языке понятие «категория» получило свое дальнейшее развитие и произошло закрепление высокого информационного статуса категорий. Однако римляне, во-первых, пошли, скорее, по стопам Аристотеля, делая акцент на возможность «выразить», «высказать», «провозгласить» мысль, и, во-вторых, использовали поначалу слова собственно латинского языка с основой «*praedico*» («объявлять во всеуслышание», «провозглашать», «говорить», «упоминать с похвалой», «прославлять» и др.⁴, а иногда и «пре-

³ Вейсман А.Д. Указ. соч. С. 693.

⁴ Петрученко О.А. Латинско-русский словарь. Репринт 9-го издания 1914 г. М. : Эксмо, 2017. С. 479.

достерегать», «предписывать»⁵); например, «praedicamentum». Впрочем, позже, когда латинский из национального становится языком теологов и богословов, философов и ученых, в период Схоластики, Ренессанса в традицию входит транслитерация с греческого – *categoria*. Это слово использовалось для обозначения (класса) ключевых понятий какой-либо теории, используется в словосочетании «логическая категория»⁶.

Важность выявления, формулирования и «канонизации» в философско-научном тезаурусе фундаментальных понятий утверждается как сама собой разумеющаяся атрибутивная составляющая рационального мышления. Многие мыслители включались в эту работу и обогатили лексикон исследовательской и теоретической деятельности новыми категориями. Это обусловлено непрерывным усложнением системы знаний, характера и форм научного познания, методологии исследований.

Одним из самых ярких и авторитетных исследователей-теоретиков традиционно считают И. Канта. В отличие от Аристотеля, он группирует категории, выделяя четыре класса по три категории или по три пары категорий: количества – единство, множество, всеобщность; качества – реальность, отрицание, ограничение; отношения – принадлежность и самостоятельность, причинность и зависимость, общение (взаимодействие между действующим и страдающим); модальности: возможность – невозможность, существование – несуществование, необходимость – случайность [Кант, 1999, с. 119].

По мере развития европейской науки и культуры понятие «категория» проникло и утвердилось в различных европейских языках и сегодня прочно занимает место в философской и научной лексике: без него не обходится ни одна научная дисциплина, ни одна форма рационального знания. Смыслы «обвинение», «порицание» в этом процессе, растянувшимся на многие сотни лет, окончательно исчезли. Вместе с тем вследствие усложнения научно-исследовательской деятельности, появления новых областей изучения действительности становится все больше категорий, возникают их новые типы.

В английском языке словом «категория» (*category*) обозначают класс или деление вещей (*class or division of things*)⁷, это еще также «подразделение», «руководитель», «заголовок», «список», «порядок», «звание», «сортировка» (*division, head, heading, list, order, rank, sort*)⁸. С немецкого языка это понятие (*die Kategorie*) переводится как «класс», «разряд», а

⁵ Петрученко О.А. Указ. соч. С. 488.

⁶ Большой латинско-русский словарь по материалам словаря И.Х. Дворецкого. URL: <http://linguaeterna.com/vocabula/alph.php>

⁷ Concise edition Dictionary and Thesaurus Webster's Reference Library. Glasgow: Geddes & Grosset, 2011. P. 51.

⁸ Ibid. P. 383.

также как спортивная категория⁹, во французском *catégorie* – разряд, тип, класс¹⁰.

Точно найти соответствие элементов понятийно-терминологических систем в различных языках порой невозможно. Так, в немецком языке русскому понятию «категория» в той или иной мере соответствует не только *die Kategorie*, но и *der Begriff* (понятие, представление, идея)¹¹, *das Fachwort* (специальное выражение, термин)¹².

Таким образом, первоначальные смыслы греческой основы понятия «категория» претерпели за два с лишним тысячелетия развития европейского рационального знания существенные изменения. В большинстве смысловых систем оно используется для обозначения какого-либо класса или разряда объектов, признаков, как правило, социальных процессов и отношений (в повседневном быту, в социальном обеспечении, в спорте и др.). Но помимо широкого (и сравнительно «неспециального») применения понятия «категория» оно традиционно остается актуальным в «специальных» формах рационального знания – в науке, философии.

II. Сущность понятия «категория» даже исследователями трактуется не всегда одинаково. Усматривая верно первоначальные смыслы понятия, авторы в конечном итоге подчиняют трактовку содержания своим поставленным задачам. Так, категорию могут считать синонимом понятия «класс» как центральный элемент классификации [Артамонов, В.Н., 2016, с. 107].

Как ни парадоксально, но одним из последствий стремления к строгому определению содержания понятия «категория» стало возникновение нескольких значений этого понятия. В отечественной научно-теоретической и научно-практической деятельности сложилась именно такая ситуация. В значительной мере она отражает общемировую практику рационального мышления, реализованного в таких формах, как философия и наука.

Греческое *Katēgoría* (означавшее в античности высказывание, обвинение, признак) в философии – общие фундаментальные понятия, отражающие наиболее существенные, закономерные связи и отношения реальной действительности. Будучи формами и организующими принципами процесса мышления, категории воспроизводят свойства и отношения бытия¹³. Так категорию определяли до 90-х гг. прошлого века.

⁹ Немецко-русский словарь : 80 000 сл. / под ред. А.А. Лепинга и Н.П. Страховой. 5-е изд., стереотип. М. : Сов. энцикл., 1968. С. 483.

¹⁰ Французско-русский словарь / авт.-сост. В.А. Скакун. Мн. : Харвест, 2007. С. 80.

¹¹ Немецко-русский словарь. С. 128.

¹² Там же. С. 284.

¹³ Философский энциклопедический словарь / редкол.: С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-оглы, Л.Ф. Ильичев и др. 2-е изд. М. : Сов. энцикл., 1989. С. 254.

В постсоветский период развития философии существенных изменений не наступило и не должно было наступить, потому что большинство отечественных и зарубежных исследователей стремились прежде всего к объективной истине.

В XXI веке «категория» – это предельно общее понятие, которое образуется «...как последний результат отвлечения (абстрагирования) от предметов, их особенных признаков. Для него уже не существует более общего, родового понятия, и, вместе с тем, он обладает минимальным содержанием, т. е. фиксирует минимум признаков охватываемых предметов. Однако это такое содержание, которое отображает фундаментальные, наиболее существенные связи и отношения объективной действительности и познания. Каждое философское направление вырабатывает и использует набор собственных К. (т. е. категорий. – С.А.). В диалектическом материализме, например, К. являлись понятия материи, сознания, качества, количества, сущности, явления, необходимости, случайности и др.; в объективном идеализме – идеи, мирового разума, бытия, небытия, противоречия; в экзистенциализме – экзистенции, трансценденции, свободы; в позитивизме категориальный статус обретают понятия протокольного предложения, верификации и т. д. Своя система К. присуща и каждой конкретной науке»¹⁴.

В некоторых источниках категорией называют «научное понятие, выражающее наиболее общие свойства и связи явлений действительности. Категории качества и количества»¹⁵, «...наиболее общее логическое понятие, выражающее одну из основных форм бытия или одно из его основных отношений»¹⁶. Те же источники предлагают и вариант иного значения слова «категория», под которым понимают группу, разряд, степень.

Большое значение имеет воспроизводство и широкое распространение системы смыслов в ходе научных исследований и конференций, в учебной литературе. С одной стороны, утверждается статус категорий [Кафырин, Е.А., 2019, с. 112–114; Михалкин, Н.В., 2015, с. 461]; с другой стороны, в рамках специальных знаний (например, о войне, военном искусстве, военной безопасности; соответственно, категории «война», «военная безопасность») с учетом прежнего опыта [Сунь-Цзы, 2018, с. 23; Макиавелли, Н., 2017, с. 158–159, 248; Клаузевиц, К. фон, 2018, с. 47–51] уточняется содержание известных категорий [Тюшкевич, С.А., 2002, с. 13], возникают новые [Антюшин, С.С., 2004, с. 19–20].

¹⁴ Всемирная энциклопедия: Философия / гл. науч. ред. и сост. А.А. Грицанов. М. : АСТ ; Мн. : Харвест : Современ. лит., 2001. С. 475.

¹⁵ Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка : ок. 100 000 сл., терм. и фразеол. выражений / под ред. проф. Л.И.Скворцова. 27-е изд., испр. М. : АСТ : Мир и образование, 2013. С. 413.

¹⁶ Большой словарь иностранных слов. М. : ЮНВЕС, 2001. С. 291.

Таким образом, понятие «категория» в философских текстах, рассуждениях, определениях, учебниках по философским дисциплинам (в том числе относительно конкретных областей знания, социальной проблематики) представляется абсолютно естественным, привычным, само собой разумеющимся. Категории эти могут быть классифицированы по нескольким основаниям. Например, по разделам философского знания, в которых они возникли и наиболее часто употребляются: онтологические – бытие, субстанция, время; гносеологические – знание, познание, истина; этические – добро, зло, справедливость и др.

За основание деления можно принять наиболее яркие философские школы и течения: русская религиозная философия (категории Всеединство, Соборность, София), немецкая классическая философия (Абсолют, трансцендентальность), марксистская философия (диалектика, материя, противоречие), позитивизм (позитивные науки, принцип верификации), экзистенциализм (экзистенция, переживание, пограничная ситуация) и др.

Кроме того, своя специфика системы категорий сформирована в различных дисциплинах (учебных) философского цикла: «Основы философии», «Философия истории», «Методология и методика научных исследований», «Логика», «Философия права» и др.

Категории, именуемые нередко философскими, в действительности употребляются в самых различных областях знания. Например, в экономике [Никитчанов, Б.Ф., 1992, с. 8]. Однако в культуре есть немало иных сфер, систем знания и соответствующих им тезаурусов, где используется понятие «категория». В том числе в системах понятий, сформированных и утвердившихся в таких разных областях культуры и социальной активности, как спорт, медицина, лингвистика или организация труда (например, различные категории работников)¹⁷. Так, в социологии, в медицине или в вопросах социального обеспечения используется понятие «возрастная категория»; а в спортивных единоборствах непременно учитываются «весовые категории».

В грамматике категория отличается своими особенностями. Грамматическая категория представляет собой «1) ...класс взаимоисключающих грамматических значений, противопоставленных друг другу по общему признаку, например, значения “единственное число” и “множественное число” образуют грамматическую категорию “числа”; 2) иногда употребляют для обозначения лексико-грамматических рядов слов (например, в русском языке грамматическая категория

¹⁷ Сборник законов и распоряжений Правительства Российской республики по врачебно-санитарному делу и непосредственно с ним соприкасающимся отраслям государственного управления, с 7 ноября (25 окт.) 1917 г. по 1 сентября 1919 г. / сост. Н.Г. Фрейберг. М. : Нар. комиссариат здравоохранения, 1922. С. 586–587.

“глагол” имеет категорию залога, вида, наклонения, времени, лица, числа, рода)...»¹⁸. Выделяют классифицирующие и формообразующие грамматические категории. Особенное видение категорий в анализе художественных текстов: выделяется, например, «категории состояния» [Дьяченко, Ю.А., 2019, с. 33]. Категории использовались в создании инструментов воспроизводства социальной практики, обеспечения безопасности и т. д.

В течение нескольких столетий складывается определенное понимание категории и область применения понятия в сфере права. Его использование отмечается еще в императорской России¹⁹ и продолжает развиваться в начале XXI в. [Багдасарян, Х.А., 2016; Фатхутдинов, Д.Р., 2016, с. 45].

Таким образом, можно условно выделить несколько основных значений понятия «категория». Первое можно условно назвать «рационально-философским»; в этом значении категория – наиболее общее понятие, отражающее существенные свойства и отношения действительности. Второе значение – условно «общекультурное», «социально-деятельностное»; определяет разряды, классы, подразделения, условные меры некой шкалы оценки. Третье значение – частнонаучное, специальное (как, например, в грамматике), в котором категория больше похожа на термин (от латинского *terminus* – межевой камень, пограничный знак, рубеж, граница, предел²⁰), «...слово или словосочетание... значение которого уточняется в рамках научной теории²¹, «...точно определяющее понятие, применяемое в науке, технике, искусстве»²².

И все три типа категорий образуют ядро тезауруса – словаря лексики данного языка во всем его объеме и полноте²³ – наиболее передовой и образованной части общества – ученых, исследователей, мыслителей, инженеров, а также некоторых художников (в самом широком смысле слова), отражающих в своих произведениях наиболее важные мировоззренческие вопросы. Недаром основой понятия «тезаурус» послужило древнегреческое *θησαυρός* которое можно перевести на русский как сокровище, клад, сокровищница²⁴.

¹⁸ Большая Советская энциклопедия : в 30 т. Т. 7. Гоголь–Дебит / гл. ред. А.М. Прохоров. 3-е изд. М. : Сов. энцикл., 1972. С. 293.

¹⁹ Весьегонское уездное земское собрание. Постановления Весьегонского уездного земского собрания... : с прил. Весьегонск, [1867]–1916. 22–27 очередной сессии [49 созыва] 24–28 сентября 1913 года. 1914. С. 235.

²⁰ Петрученко О.А. Латинско-русский словарь. С. 644.

²¹ Всемирная энциклопедия: Философия. С. 1070.

²² Там же. С. 631.

²³ Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. С. 1163.

²⁴ Вейсман А.Д. Греческо-русский словарь. С. 608.

Остается добавить, что понятие «категория» в каждом из перечисленных современных значений обозначает нечто общее; то, что выделяет любую категорию из других понятий. Смысловая нагрузка, функции различных категорий (в качестве инструментов построения систем знания) неодинаковы, но они всегда шире и значительнее, чем обозначение отдельных объектов, процессов, явлений или конкретных свойств.

III. Роль категорий в жизни общества важна, хотя широкие слои общества этому не придают соответствующего значения. Особую значимость категории приобретают в той сфере, в которой они и сформировались, – в реализации рациональной рефлексии, и прежде всего в познавательном процессе: от постановки целей и задач общественно-гуманитарных исследований до результатов многоплановой работы. Однако через широкую многоступенчатую сеть образования, различные формы деятельности органов государственной власти, местного, профессионально-ведомственного администрирования, а также с помощью смыслового поля, создаваемого средствами массовой информации, категории становятся атрибутивным компонентом (неотъемлемой частью) тезауруса общественного воспроизводства и социального развития.

Общекультурный статус понятия «категория» высок. Является ли само оно категорией? Относится ли оно к разряду категорий, к которому безоговорочно причисляют такие понятия, как «природа», «время», «сущность», «человек», «сознание» и т. д.?

Возможно, это не так важно для большинства людей, не задумывающихся об этом. Однако для исследователя этот факт представляет интерес уже потому, что способствует более полному и всестороннему осмыслению а) сущности и содержания понятия «категория», б) его значения в процессе познания действительности.

Понятие «категория» является категорией в том смысле, что объединяет разряд особо значимых понятий (общекультурное, социально-деятельностное значение). В узком частнонаучном значении категория является скорее термином, чем категорией. В рационально-философском же значении она объединяет в себе свойства «разряда» (особо значимых, фундаментальных понятий) и термина (является довольно строгим понятием, используемым в конкретной рациональной системе, в частности в философии).

Функции категорий как проявления эволюции культуры и одновременно – инструментов ее воспроизводства прямо или косвенно находятся в центре процесса социальной эволюции в широком смысле и, в частности, в научно-познавательной деятельности. Вопрос о категориях с точки зрения их функций стоит рассматривать в нескольких аспектах. Такой анализ не является следствием потребности в реализации «чисто» (выражаясь кантовскими понятиями) теоретической рефлексии. Полнота понимания сущности категорий и их роли в станов-

лении и усложнении социальных систем и всей Земной цивилизации в конечном счете определяет качественные параметры этих систем, их безопасность и стабильность. Эффективность использования любых инструментов, выработанных культурой, составляет значительную часть и уровень самой культуры, обеспечивает жизнеспособность общества и характер международных отношений. Они используются в формировании, развитии и регулировании общественных отношений.

Категории фиксируют наиболее важные связи и сущностные параметры бытия, отражают ключевые фрагменты накопленного опыта; они демонстрируют уровень развития культуры, определенный ее модус; на их основе формируются мировоззренческие и методологические системы и многое другое. Категории представляют собой понятия, особо значимые в миропонимании и определении направления и характера практической активности людей, уровня взаимопонимания между различными общностями. Следовательно, составляя ключевые элементы тезауруса социального строительства, они в значительной мере определяют целеполагание, направленность, характер развития общества и его частей. Категориями (онтологическими, этическими, эстетическими, аксиологическими, правовыми) непосредственно или опосредованно обусловлены все этапы и отношения социальной практики – от исключающего самообман определения проблем общества до честной оценки достигнутых результатов, учитывающей соотношения степени выполнения поставленных задач, соотношения «должного» и «сущего».

В познавательной деятельности их роль более определена и заметна. Прежде всего они отражают качество и результаты познания в целом и достижений конкретных субъектов-исследователей. Категории дисциплинируют научное и в целом рациональное мышление, упорядочивают познавательный процесс; они выполняют роль ориентиров и инструментов познания. Они также способствуют созданию и совершенствованию единого языка конкретной науки, раздела философского знания или философского направления. Категории становятся неотъемлемыми элементами единого научно-познавательного пространства. Кроме того, исследователю многое может дать информация, которую он черпает в процессе изучения генезиса, этимологии конкретной категории.

Области использования категорий, типология и возможности (границы) их применения в самом общем виде отражены в предлагаемой выше (подраздел II) их типологии.

Стоит обратить внимание на некоторые общекультурные ситуации в связи с пониманием сущности, статуса и применения понятия «категория», отношение к которым требует дополнительного объяснения и, возможно, определенной коррекции.

Наиболее подготовленные специалисты в конкретных видах деятельности, глубоко осознающие роль и значение их деятельности в развитии

общества, осознают важность правильного понимания и точного отражения в системе знаний важнейших проявлений природы и культуры, их сущностных параметров. Это понимание связано с умением создавать, совершенствовать и эффективно использовать систему категорий (терминологию). Такое понимание характерно, в частности, для Конституционного Суда Российской Федерации, судьи которого справедливо считают, что от точности категорий, терминов, «...которыми оперирует законодатель, не в последнюю очередь зависит адекватное понимание, толкование и реализация законодательного акта в конституционном смысле»²⁵.

К сожалению, не всегда утверждалось зрелое и бережное отношение к значению понятийно-категориального аппарата. Иногда в среде специалистов (например, юристов или лингвистов) категории называют философскими, подчеркивая тем самым, что их смысловое наполнение и, соответственно, применение носят узкоспециальный, «философский» характер. Подразумевается, что это область чистого, абстрактного (если не пустого) теоретизирования, мало связанного как со специальными научными знаниями, так и с повседневной социальной действительностью. Главный акцент, подчеркнем, делается на принадлежности категорий к некой особой «философской» сфере, а значит, необязательности серьезного отношения к ним в повседневной социальной и даже научной практике.

Такое понимание категорий и философского знания как минимум некорректно, а на практике безрассудно и даже пагубно.

Категории «социальная система», «безопасность общества», «развитие», «субстанция», «вещество», «пространство», «действительность» не потому «философские», что ими оперируют специалисты в области философского знания, исследователи, пользующиеся в своей деятельности философскими методами, использующие некую «философскую» терминологию. Напротив, эти категории неизбежно становятся объектом, предметом, инструментом философского анализа потому, что являются наиболее общими, одинаково значимыми для любой области человеческого знания, миропонимания.

Вторая ситуация (отчасти связанная с первой) заключается в том, что непонимание значения категорий и непродуктивная полемика вокруг них становятся причиной неконструктивного разделения и даже скрытой конфронтации как специалистов, ученых (в научно-исследовательской деятельности), так и представителей социальных групп (об-

²⁵ Конституционно-правовые аспекты совершенствования нормотворческой деятельности (на основе решений Конституционного Суда Российской Федерации 2013–2015 годов) (одобрено решением Конституционного Суда Российской Федерации от 23.06.2016). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_201240/

щественные отношения). Опасения вызывают высказывания о том, что помимо «философской» истины (понятию «философское» при этом придается не вполне конструктивный подтекст) существует некая особая истина данной сферы социальной (теоретической или практической) деятельности (например, «юридическая истина»). Так же, как иногда законы природы, т. е. естественные законы, расцениваются в качестве не более чем философской рефлексии; приоритет отдается законам юридическим (искусственным). Тем самым не только искажается картина мира, но и создаются условия для грубых ошибок, которые могут повлечь большие проблемы в обществе, в том числе когда некоторые положения юридических законов (официально принятых и утвержденных в данном государстве) остаются таковыми больше «на бумаге», а на практике зачастую не исполняются и самим законодателем.

Между тем многие юридические нормы, подвергнутые практической проверке и профессиональной экспертизе, нуждаются в конкретизации, детализации, а иногда и в коренном обновлении используемых в них понятий.

В действительности философия, не проявляющая эпистимической экспансии и не обладающая периферийно-практическими (периферийными лишь по отношению к организационно-мировоззренческому, вырабатывающему теорию и определенную идеологию ядру философии, которое можно свести к «философствованию») организациями, какими наделена, например, правовая деятельность, формирует объективные знания. Они составляют базу рационального мышления и организации практики, в какой бы сфере социальной активности они ни осуществлялись. Неотъемлемая часть этой базы – категории, которые, помимо прочего, служат реализации единства и непротиворечивости всей системы знаний, теории и общественной практики.

Обсуждение и заключение

Категории играют неопределимую роль в познавательном процессе и в целом в воспроизводстве культуры. Категории применяются в трех основных значениях: рационально-философском; социально-деятельностном; специальном, частнонаучном, в системе терминов.

От точности употребления категорий, терминов, которыми оперирует специалист, зависит эффективность той или иной конкретной деятельности (например, точность и корректность использования категорий законодателем не в последнюю очередь определяют адекватное понимание, толкование и реализацию законодательного акта).

На самом деле категории во всех их значениях могут и должны играть роль объединительную. Для этого важно осознать их фундаментальный характер и всеобщую значимость и понять реальное смысловое содержание, в каких бы значениях они ни употреблялись.

Список использованной литературы

- Антюшин С.С. Военная безопасность как фактор стабильности российского общества (социально-философская концепция) : моногр. М. : ВУ, 2004. 140 с.
- Аристотель. Сочинения: в 4 т. Т. 2 / ред. З.Н. Микеладзе. М. : Мысль, 1978. 687 с.
- Артамонов В.Н. Категория важности: принципы описания, место категории важности среди других функционально-семантических категорий // Поволжский педагогический поиск. 2016. № 4 (18). С. 107–112.
- Багдасарян Х.А. Деление преступлений на категории по российскому уголовному праву (категории преступлений в уголовном праве России) // Вестник экономики, права и социологии. 2016. № 2. С. 136–138.
- Библия или Книги Священнаго Писанія Ветхаго и Новаго Завѣта : въ русском переводѣ съ параллельными мѣстами. 6-е изд. СПб. : Синодальная Типографія, 1902. 1548 с.
- Дьяченко Ю.А. Слова категории состояния в художественном тексте (лингвокраеведческий подход при изучении слов категории состояния) // Курское слово. 2019. № 20. С. 32–36.
- Кант И. Критика чистого разума / пер. с нем. Н.О. Лосского с вариантами пер. на рус. и европ. яз. М. : Наука, 1999. 655 с.
- Кафырин Е.А. Философия познания. М. : РГУП, 2019. 155 с.
- Клаузевиц, К. фон. О войне: избранное / пер. с нем. А.К. Рачинского ; предисл. и коммент. Л.В. Ланника. М. : АСТ, 2018. 352 с.
- Макиавелли, Н. Государь. О военном искусстве / пер. с итал. М. : АСТ, 2017. 416 с.
- Михалкин Н.В. Философия для юристов. М. : Юрайт, 2015. 471 с.
- Никитчанов Б.Ф. Экономические законы: диалектика общего и особенного : автореф. дис. ... д-ра экон. наук. СПб., 1992. 36 с.
- Сунь-Цзы. Искусство войны / пер. с древнекит. Н. Конрада. М. : АСТ, 2018. 192 с.
- Тюшкевич С.А. Законы войны: сущность, механизм действия, факторы использования. М. : Книга и бизнес, 2002. 360 с.
- Фатхутдинов Д.Р. Перевод земель из категории земель сельскохозяйственного назначения в категорию земель запаса в условиях техногенного загрязнения // Молодежь и наука. 2016. № 4. С. 44–46.

References

- Antyushin, S.S., 2004. *Voennaya bezopasnost' kak faktor stabil'nosti rossijskogo obshchestva (social'no-filosofskaya koncepciya)* = [Military security as a factor of stability of Russian society (socio-philosophical concept)]. Monograph. Moscow: VU. (In Russ.)
- Aristotel', 1978. *Sochineniya.* = [Works]. In 4 volumes. Volume 2. Ed. Z.N. Mikeladze. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Artamonov, V.N., 2016. [Category of importance: principles of description, place of the category of importance among other functional and semantic categories]. *Povolzhskij pedagogicheskij poisk* = [Povolzhsky Pedagogical Search], 4(18), pp. 107–112. (In Russ.)
- Bagdasaryan, H.A., 2016. Division of crimes into categories under Russian criminal law (categories of crimes in the criminal law of Russia). *Vestnik ekonomiki, prava i sociologii* = [Bulletin of Economics, Law and Sociology], 2, pp. 136–138. (In Russ.)
- Bibliya ili Knigi Svyashchennago Pisaniya Vethago I Novago Zaveta: v russkom perevode s parallel'nymi mestami* = [The Bible or the Books of Holy Scripture of the Old and New Testaments: in Russian translation with parallel places]. 6th ed. St. Petersburg: Sinodal'naya Tipografiya, 1902. (In Russ.)
- Dyachenko, Yu.A., 2019. [Words of the category of state in the artistic text (linguo-local studies approach to the study of words of the category of state)]. *Kurskoe slovo* = [Kursk Word], 20, pp. 32–36. (In Russ.)
- Fatkhutdinov, D.R., 2016. [Transfer of land from the category of agricultural land to the category of reserve land in conditions of technogenic pollution]. *Molodezh' i nauka* = [Youth and Science], 4, pp. 44–46. (In Russ.)
- Kafyrin, E.A., 2019. *Filosofiya poznaniya* = [Philosophy of knowledge]. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Kant, I., 1999. *Kritika chistogo razuma* = [Critique of pure reason]. Translated from Germ. N.O. Lossky with translation options in Russian and European languages. Moscow: Nauka. (In Russ.)
- Klauzevic, K. fon., 2018. *O vojne: izbrannoe* = [About the war: selected]. Translated from Germ. by A.K. Rachinsky. Preface and commentary by L.V. Lannik. Moscow: AST. (In Russ.)
- Machiavelli, N., 2017. *Gosudar'. O voennom iskusstve* = [Sovereign. On the art of war]. Translated from It. Moscow: AST. (In Russ.)
- Mihalkin, N.V., 2015. *Filosofiya dlya yuristov* = [Philosophy for lawyers]. Moscow: Yurajt. (In Russ.)

Nikitchanov, B.F., 1992. *Ekonomicheskie zakony: dialektika obshchego i osobennogo* = [Economic laws: the dialectic of General and particular]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. St. Petersburg. (In Russ.)

Sun Tzu, 2018. *Iskusstvo vojny* = [The art of war]. Translated from Ancient Chinese by N. Conrad. Moscow: AST. (In Russ.)

Tyushkevich, S.A., 2002. *Zakony vojny: sushchnost', mekhanizm dejstviya, faktory ispol'zovaniya* = [Laws of war: essence, mechanism of action, factors of use]. Moscow: Kniga i Biznes. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Антюшин Сергей Сергеевич, профессор кафедры философии и социально-гуманитарных дисциплин ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), доктор философских наук, член-корреспондент Академии военных наук [**Sergey S. Antyushin**, Professor of Philosophy and Social and Humanitarian Disciplines Department, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Philosophy), Corresponding Member of Academy of Military Sciences]. E-mail: serg.ant@list.ru

Интеллектуальная собственность и информация в условиях технологического развития

Н.В. Бузова*, М.М. Карелина*

* ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия
ip_laboratory@mail.ru

Введение. В России, как и во всем мире, информация и интеллектуальная собственность приобретают все большее значение. Они составляют основу информационных ресурсов в информационно-телекоммуникационных сетях, которые активно используются в современном обществе. Понятие «информация» имеет несколько значений. Смещение технического и правового значений понятия информации может привести к правовой неопределенности, что затруднит защиту прав в связи с введением объектов в гражданский оборот и их использованием в цифровой среде, в том числе в судебном порядке.

Теоретические основы. Методы. В статье проводится сравнительный анализ законодательства Российской Федерации об информации и интеллектуальной собственности в его историческом контексте с целью выявления общих проблем и определения тенденций дальнейшего развития.

Результаты исследования. С технической точки зрения информация представляет собой данные, которые формируют любой цифровой объект (его форму), в том числе информационный ресурс или информационную систему, способный существовать только в цифровой среде, и использование такого объекта возможно только с помощью технических средств. Информация может иметь юридическое значение, в таком случае в виде сведений составляет содержание результата интеллектуальной деятельности, например произведения.

Обсуждение и заключение. В настоящее время появляются новые технологии, объекты, например цифровые права, утилитарные цифровые права, и правоотношения, связанные с их использованием, требующие изменения нормативно-правового регулирования, разрабатывается новое законодательство. При разработке законодательства важно не допускать смешения различных понятий информации с целью облегчения последующего надлежащего и эффективного правоприменения вводимых правовых норм.

Ключевые слова: автор, база данных, интеллектуальная собственность, исключительное право, информация, технология, цифровые права

Для цитирования: Бузова Н.В., Карелина М.М. Интеллектуальная собственность и информация в условиях технологического развития // Правосудие. 2020. Т. 2, № 2. С. 104–125. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.104-125

Intellectual Property and Information in the Context of Technological Development

Natalia V. Buzova*, Marina M. Karelina*

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

For correspondence: ip_laboratory@mail.ru

Introduction. Information and intellectual property are becoming increasingly important not only in Russia but all round the world. They form the basis of information resources in information and telecommunication networks, which are actively used in modern society. The concept of information has several meanings. The confusion of its technical and legal meanings can lead to legal ambiguity, which will complicate the protection of rights in connection with the introduction of objects into civil circulation, and their use in the digital environment, including in court.

Theoretical Basis. Methods. The article provides a comparative analysis of the legislation of the Russian Federation on information and intellectual property in its historical context in order to identify common problems and identify trends in further development.

Results. Information from a technical point of view is the data which forms any digital object (its form), including an information resource or information system. Such an object is able to exist only in a digital environment, and its use is possible only with the help of technical means. Information also has a legal meaning. In this sense, it constitutes the content of the result of intellectual activity, for example, a piece of work.

Discussion and Conclusion. Currently, there are new technologies, objects, for example, digital rights, utilitarian digital rights, and legal relationships concerning their use, requiring changes in legal regulation. It is important to avoid confusion between different concepts of information in order to facilitate the subsequent proper and effective enforcement of the introduced legal norms in the development of new legislation.

Keywords: author, database, intellectual property, exclusive right, information, technology, digital rights

For citation: Buzova, N.V. and Karelina, M.M., 2020. Intellectual property and information in the context of technological development. *Pravosudie = Justice*, 2(2), pp. 104–125. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.104-125

Введение

Современное общество развивается в эпоху очень быстрых трансформаций, и в отличие от предыдущих периодов на первое место выходят проблемы, связанные с активной деятельностью человека. В настоящее время обсуждается вопрос о новой эпохе – «Антропоцен», когда деятельность человека становится определяющей для планеты во всех отношениях [Crutzenand, P.J. and Stoermer, E.F., 2000]. Социально-экономические изменения, происходившие ранее, всегда были связаны с изменением способа производства, и средства производства играли доминантную роль в этих изменениях. Современная ситуация качественно иная. XX век положил начало эпохе кардинальных технологических преобразований, которые все менее зависят от материальных ресурсов и все более – от человеческого интеллекта [Шваб, К., 2018, с. 18–19].

Активное внедрение цифровых технологий во многие сферы деятельности человека приводит к возникновению новых правоотношений, требующих правового регулирования. Разработку законодательства, регулирующего отношения, которые возникают в связи с использованием цифровых технологий, предусматривает в том числе национальная программа «Цифровая экономика Российской Федерации», утвержденная президиумом Совета при Президенте Российской Федерации по стратегическому развитию и национальным проектам (протокол от 24 декабря 2018 г. № 16) [Хабриева, Т.Я., 2018].

Теоретические основы. Методы

При принятии законотворческих решений необходимо учитывать, что в современной цифровой реальности технические понятия не всегда соответствуют юридическим отношениям, которыми стараются их описывать. Поэтому выявление отношений, подлежащих регулированию в связи с появлением цифровых объектов, и анализ и соотношение понятий, используемых в технической и юридической среде, становятся важнейшим условием законотворческого процесса.

Объектом исследования, результаты которого приведены в данной статье, являются общественные отношения, направленные на использование информации и результатов интеллектуальной деятельности в условиях изменяющейся технической среды и правовой ситуации. В статье на основе формально-юридического метода исследования анализируются положения нормативных правовых актов в сфере информации и интеллектуальной собственности с целью определения их соотношения, рассматривается понятие «информация» как с юридической, так и технической точки зрения, ее роль и значение для результатов интеллектуальной деятельности, поскольку при создании новых объектов в цифровой среде возможно смещение технических и юридических составляющих понятия «информация», что может привести к проблемам правоприменения.

Результаты исследования

Федеральный закон от 31 декабря 2014 г. № 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации» определяет понятие «технология» достаточно широко, делая акцент на том, что это всегда совокупность результатов интеллектуальной деятельности, которая может служить технологической основой для производства промышленной продукции определенного вида (п. 20 ст. 3). Кроме того, результаты интеллектуальной деятельности, образующие технологию, должны представлять собой в том или ином виде сочетания изобретения, полезных моделей, промышленных образцов, программ для электронных вычислительных машин либо других охраняемых в соответствии с Гражданским кодек-

сом Российской Федерации (ГК РФ) или не подлежащих в соответствии с ГК РФ охране результатов интеллектуальной деятельности, в том числе технические данные и другую информацию.

Необходимо учитывать, что технология, какой бы новой, современной и прорывной она ни была, – это только средство, используемое для достижения какой-то цели во благо какого-то субъекта. Кроме того, эта технология работает не сама по себе, есть некие объекты, которые она обрабатывает и создает, и доминирующий сегмент этих объектов составляют информация и результаты интеллектуальной деятельности, на которые признаются исключительные права. Информация и интеллектуальная собственность представляют собой «контент», содержание того, что находится внутри информационных систем и циркулирует в этих системах. Информация и интеллектуальная собственность неразрывно связаны. Иногда грань между информацией и производением как результатом интеллектуальной деятельности весьма тонкая. В ряде случаев «цифровые» объекты становятся сюжетами произведений искусства, например картина французского художника Юла «Тайная вечеринка биткойнов», которая была продана в 2014 г. в рамках проекта «Биткойн» [Breslau, S., 2018].

Новые технологии не только создают условия для использования результатов интеллектуальной деятельности и информации, но, как следует из положений указанного Закона, их основу также составляют результаты интеллектуальной деятельности и иная информация. Поэтому при разработке нового правового регулирования, потребность в котором обуславливает развитие и внедрение новых технологий, целесообразно учитывать, что изменения будут затрагивать и правовое регулирование в сфере информации и интеллектуальной собственности.

Необходимость регламентировать отношения в сфере высоких технологий появилась еще в 90-х гг. прошлого столетия, когда стали появляться компьютеры, оптоволоконные сети, сеть Интернет. Появилась информационная среда, которая дала импульс развитию законодательства в информационной сфере и сфере интеллектуальной собственности. В настоящей статье рассматриваются некоторые аспекты развития этого законодательства, начиная с 90-х гг. до настоящего времени, хотя процесс «технологизации» начался гораздо раньше.

Основы современной цифровой революции заложила кибернетика, которая зародилась на стыке математики и наук об общественном устройстве в результате осознания необходимости управления сложными социальными процессами. Одним из первых это отметил физик Андре-Мари Ампер в книге «Опыт о философии наук, или Аналитическое изложение естественной классификации всех человеческих знаний» (1834 г.). Ампер ввел понятие «кибернетика» и определил ее как науку о социальном и государственном управлении [Араб-оглы, Э., 1968, с. 152]. Таким образом, современная проблема регулирования отноше-

ний в цифровой среде имеет не технократический, как пытаются представить некоторые авторы, а гуманитарный характер. Право как регулятор общественных отношений не может игнорировать человека как субъекта, являющегося важным элементом этих отношений. Казалось, что это очевидно, однако гиперболизация цифровых технологий и искусственного интеллекта, являющегося частью этих технологий, приводит к появлению предложений о правовом регулировании цифровых бессубъектных отношений. Данный подход в значительной степени – дань моде и попытка выйти за рамки правового регулирования с возможной заменой человека «искусственным интеллектом».

Развитие в области информатизации в СССР в основном шло по линии Министерства обороны, а также имело место в специальном машиностроении, поэтому многие системы существовали в рамках внутренней административной регламентации. Вместе с тем начинают появляться организации, собирающие информацию и создающие большие базы данных (примерами таких организаций являются ИНИОН, РГБ, ВИНТИ). Изначально базы данных представляли собой картотеки, которые вели библиотеки, архивы. Такие организации имели библиотечные системы классификаций, являвшиеся поисковыми элементами. Процесс поиска информации был довольно медленным, кроме того, библиотечные системы не позволяли эффективно работать одновременно большому количеству субъектов. Регулирование деятельности таких организаций ограничивалось внутренними инструкциями и классификациями. С внедрением в деятельность поисковых систем технических средств появляются и первые системы управления. С 70-х годов автоматизированные системы управления внедряются почти в каждую отрасль народного хозяйства. Появились разработки В.М. Глушкова [Глушков, В.М., 1986], А.В. Канторовича по линейному программированию, функциональному анализу в вычислительной математике [Канторович, А.В., 1959] и др. Под руководством В.М. Глушкова в СССР разработана персональная ЭВМ «МИР-1», создаются научные институты кибернетики в Москве, Новосибирске, Киеве.

В советский период правовой режим информации не был законодательно регламентирован, использование информации на предприятиях осуществлялось в основном в соответствии с локальными актами [Терещенко, А.К., 1979]. Законодательство в сфере интеллектуальной собственности в данный период также не предоставляло больших возможностей авторам, но правовое регулирование в отличие от сферы информации существовало. Так, в период действия ГК РСФСР 1964 г. автору, за редким исключением, принадлежали право на вознаграждение [Близнец, И.А., и др. 2014, с. 16] и личные неимущественные права, исключительные права, включая правомочие по распоряжению ими, были забыты, в связи с чем с предоставлением права на использование произведения советские авторы отставали от мировой практики.

Конвенция об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности (Стокгольм, 14 июля 1967 г.) дает только общее представление об интеллектуальной собственности, перечисляя объекты, исключительные права на которые относятся к интеллектуальной собственности (ст. 2), а также самые общие принципы признания прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Всемирная конвенция об авторском праве¹ (Женева, 6 сентября 1952 г.), которая устанавливает принцип национального режима, весьма лояльна к минимальному уровню охраны, предоставляемому государствами своим авторам на национальном уровне, особо выделяя только право на перевод. К Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (Берн, 9 сентября 1886 г.) Российская Федерация присоединилась только в 1995 г.

Правовое регулирование отношений, связанных с интеллектуальной собственностью, в России возрождается только в 90-е гг. Порядок признания в Российской Федерации за авторами исключительных прав на результаты их интеллектуальной деятельности, в том числе и на рынке, появился в 1992–1993 гг. с введением в действие с 1 января 1992 г. Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. и далее – с принятием нового национального законодательства в области интеллектуальной собственности.

С появлением понимания того, что информация и права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации – это тоже «товар», который может существовать на рынке, возникла необходимость правовой регламентации соответствующей группы отношений. Хотя об исключительном праве как объекте гражданских правоотношений упоминал еще Г.Ф. Шершеневич [Шершеневич, Г.Ф., 2016, с. 252] в конце XIX в.

Среди первых актов в рассматриваемой сфере – Патентный закон от 23 сентября 1992 г. № 3517-1, Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных», Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3526-1 «О правовой охране топологий интегральных микросхем», Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», Закон Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» и другие.

В законодательстве (например, Закон Российской Федерации от 13 декабря 1991 г. № 2028-1 «О налогообложении доходов страховой деятельности», Закон Российской Федерации от 12 декабря 1991 г. № 2025-1 «О налогообложении доходов банков») появляется понятие

¹ К Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1952 г. СССР присоединился 27 мая 1973 г.

«нематериальные активы». Однако изначально под понятие нематериальных активов подпадали не только права на результаты интеллектуальной деятельности, но и права пользования природными ресурсами, права пользования земельными участками. В настоящее время под «нематериальными активами», в частности для целей налогового законодательства, понимают приобретенные и (или) созданные результаты интеллектуальной деятельности и иные объекты интеллектуальной собственности (исключительные права на них), используемые в производстве продукции (выполнении работ, оказании услуг) или для управленческих нужд организации в течение длительного времени (продолжительностью свыше 12 месяцев) (п. 3 ст. 257 Налогового кодекса Российской Федерации). Объекты интеллектуальной собственности будут относиться к нематериальным активам, если в отношении них может быть определена первоначальная стоимость, они могут быть идентифицированы (имеются надлежаще оформленные документы, подтверждающие существование самого нематериального актива и (или) исключительного права) и способны приносить экономические выгоды от использования, но ограничены от использования третьими лицами².

Признание ценности нематериальных активов и результатов интеллектуальной деятельности, которые их составляют, способствует трансформации законодательства в сфере интеллектуальной собственности: широкие полномочия предоставляются авторам (правообладателям), что позволяет им быть активными участниками рыночных отношений.

В 1995 году информация наряду с результатами интеллектуальной деятельности, включая исключительные права на них (интеллектуальной собственностью), была включена в перечень объектов гражданских прав, приведенных в первоначальной редакции ст. 128 ГК РФ³. При этом ГК РФ не раскрывал понятие «информация», такая роль была отведена специальному законодательству.

Происходит переосознание и ценности информации, что требует создания специальных законодательных и иных нормативных правовых актов в сфере информатизации. Понимание роли и места информации

² См., например: Положение по бухгалтерскому учету «Учет НМА» ПБУ 14/2007, утвержденное приказом Минфина России от 27 декабря 2007 г. № 153Н. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»; Положение Банка России от 22 декабря 2014 г. № 448-П «О порядке бухгалтерского учета основных средств, нематериальных активов, недвижимости, временно неиспользуемой в основной деятельности, долгосрочных активов, предназначенных для продажи, запасов, средств труда и предметов труда, полученных по договорам отступного, залога, назначение которых не определено, в кредитных организациях». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

в общественных отношениях в России приводит к разработке концепции информатизации. В частности, в целях информационно-правового обеспечения внутренней деятельности органов государства, иных субъектов, в том числе физических лиц, сохранения и структурирования информационного правового поля была утверждена Концепция правовой информатизации России⁴.

Ключевым понятием в законодательстве об информатизации является, безусловно, понятие «информация». Следует отметить, что современная законотворческая деятельность в отношении цифровых прав и цифровых объектов по своей сути является продолжением попыток придать правовую форму информации. Впервые в России законодательно оформленное понятие информации появилось в Федеральном законе от 20 февраля 1995 г. № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации» (далее – Закон об информации 1995 г., Закон), согласно которому информация – это сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их представления (абз. 2 ст. 2). Понятие «информация» имеет множество значений, дискуссии по данному вопросу можно найти в работах В.А. Дозорцева [Дозорцев, В.А., 2005], И.Л. Бачило [Бачило, И.Л., 2011], Л.К. Терещенко [Терещенко, Л.К., 2007], А.Б. Венгерова [Венгеров, А.Б., 1978].

Несмотря на то что из содержания ст. 139 ГК РФ (в редакции от 30 ноября 1994 г.) следовало, что не любая информация должна относиться к объектам гражданских прав, а только имеющая коммерческую ценность вследствие неизвестности ее третьим лицам, составляющая служебную или коммерческую тайну, ст. 128 ГК РФ (в первоначальной редакции) предоставила широкие возможности для интерпретации этого положения в других законодательных актах.

Неоправданно большое значение в Законе придавалось понятию «информационные ресурсы» и описанию его правового режима. Информационные ресурсы рассматривались как элемент состава имущества и объект права собственности (ст. 6 Закона об информации 1995 г.). Такой подход объясняется тем, что законодатель считал целесообразным рассматривать информацию как объект рыночных отношений для использования в коммерческой деятельности.

В Закон об информации 1995 г. в качестве объекта регулирования было также включено понятие информатизации как организационного, социально-экономического и научно-технического процесса создания оптимальных условий для удовлетворения информационных потребностей на основе формирования и использования информацион-

⁴ Концепция правовой информатизации России: утв. Указом Президента Российской Федерации от 28 июня 1993 г. № 966. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

ных ресурсов [Терещенко, А.К., 2007, с. 6–26]. Подобная новелла законодательства, определившая процесс в качестве объекта правового регулирования, приводила в дальнейшем к сложностям правоприменительной практики. Хотя впервые эта мысль была высказана профессором В.А. Дозорцевым, который подчеркивал необходимость новой системы гражданско-правового регулирования в рамках исключительного (квази-исключительного) права, существенно отличающегося от традиционных исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Нематериальная природа прав (права на нематериальные объекты), которые по мере развития технологий объективно участвуют в коммерческом обороте, заставляет юристов обращаться к институту исключительных прав [Дозорцев, В.А., 2005, с. 229].

В.А. Дозорцев считал, что «право на информацию, как и иные исключительные права, является абсолютным правом, иначе оно не могло бы выполнять свои функции основы экономического оборота, рыночных отношений. Это – тоже закрепление монополии» [Дозорцев, В.А., 2005, с. 233]. Однако монополия автора или правообладателя – это важнейший признак исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, в то же время монополия на информацию, по мнению В.А. Дозорцева, может быть основана только на конфиденциальности, что сближает ее с понятием «секрет производства» («ноу-хау»), которым в соответствии со ст. 1465 ГК РФ признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие) о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере и о способах осуществления профессиональной деятельности, имеющие действительную или потенциальную коммерческую ценность вследствие неизвестности их третьим лицам. Таким образом, имеется ряд признаков, связывающих понятие «информация» (в дальнейшем – «цифровые объекты») и исключительные права. Этот подход нашел свое отражение в Законе об информации 1995 г.

В указанном Законе объект информационных отношений определялся как сведения существующей или подлежащей пополнению базы данных, которой располагает или будет располагать организация, профессионально занимающаяся сбором, обработкой и распространением информации.

С принятием в 2006 г. Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» понятие «информация» было упрощено: под ней понимались только сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления (п. 1 ст. 2). Было указано, что она может являться объектом публичных, гражданских и иных правовых отношений (п. 1 ст. 5).

Другим не менее важным понятием, нашедшим отражение в Законе, является понятие «информационная система» как совокупность со-

держатся в базах данных информации, а также обеспечивающих ее обработку информационных технологий и технических средств (п. 3 ст. 2).

Таким образом, определяя в Законе объект, законодатель дал ему достаточно широкое определение, учитывая многоаспектность информации. В силу этого крайне сложно сформулировать правовой смысл этого понятия. В то же время если в Законе регулируются отношения в основном связанные с различными режимами использования информации, что явно носит публично-правовой характер, то указание на гражданские правоотношения, объектом которых может являться информация (п. 1 ст. 5), в данном Законе не находит своего подтверждения. Кроме того, в Законе особо подчеркивается, что за исключением случаев, прямо им предусмотренных, его положения не распространяются на отношения, возникающие при правовой охране результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации.

Неопределенность понятия «информация» влечет за собой проблемы правоприменения. Первые попытки ввести ответственность за использование сведений привели к тому, что судебная практика по этому поводу не сложилась. Было несколько судебных дел, которые в силу правовой неопределенности рассмотреть было крайне сложно.

К сожалению, подобная правовая неопределенность с течением времени перешла и в акты, связанные с попытками урегулировать отношения, возникающие вследствие развития цифровой экономики.

Так, Закон об информации 1995 г. за последние несколько лет трансформировался в Закон об информационных технологиях, где уже появляется детальная регламентация отношений, связанных с гражданскими аспектами. Правовому регулированию в нем отношений, непосредственно связанных с информацией, уделено меньше внимания, осталось краткое определение информации как сведений, указаны частные случаи регулирования, в большей степени связанные с административным порядком использования этих объектов. Этот Закон с изменениями действует до настоящего времени.

Но если понятие информации как сведений – это что-то неопределенное, то объекты авторского права и смежных прав, используемые в сети Интернет, – объекты достаточно конкретные, имеющие четкое регулирование. В настоящее время, несмотря на то, что основным правовым регулятором отношений в сфере интеллектуальной собственности является часть четвертая ГК РФ, положения, касающиеся исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, содержатся во многих других федеральных законах, в том числе Федеральном законе от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Федеральном законе от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», Федеральном законе от 21 июля

2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях», Федеральном законе от 2 ноября 2013 г. № 291-ФЗ «О Российском научном фонде», в Семейном кодексе Российской Федерации, Налоговом кодексе Российской Федерации, Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях, Уголовном кодексе Российской Федерации и др. Российская Федерация является участницей большинства многосторонних международных договоров в области интеллектуальной собственности. То есть с точки зрения права в сфере интеллектуальной собственности в отличие от сферы информации все достаточно четко регламентировано.

Хотелось бы также обратить внимание на тот факт, что если Закон об информации 1995 г. прямо предусматривал, что его положения не затрагивают отношений, регулируемых Законом Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах», то в действующей редакции Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» несколько статей, в частности ст. 15.2, посвящено защите авторских и смежных прав в случае их нарушения в сети Интернет.

Информация сама может становиться охраняемым объектом с точки зрения гражданского права, когда к ней применен особый режим, например режим ограниченного доступа, ранее коммерческая или служебная тайна (ст. 139 ГК РФ), а с 2008 г. в соответствии с главой 75 ГК РФ – ноу-хау. Или она, составляя содержание другого объекта, является его неотъемлемым, существенным элементом и делает его охраноспособным, как это имеет место в отношении баз данных. К элементам базы данных помимо структуры расположения данных в памяти ЭВМ относят программы управления базой данных, специальные программы, управляющие по специальным признакам синтезированием новых баз данных, также и сами данные [Калятин, В.О., 2018, с. 53], т. е. информацию.

Следует учитывать, что информация разнообразна и многогранна. Как отмечалось ранее, в законодательстве Российской Федерации указывается, что информация – это сведения. Но представления об информации с правовой точки зрения и технической отличаются. Специалисты в области математики и информатики различают информацию в аналоговом и дискретном виде [Кульпинов, А.А., 2014, с. 51]. Говоря об аналоговой информации, мы действительно имеем дело со сведениями о людях, природе и т. д., такая информация доступна для восприятия человеческими органами чувств, и именно такая информация может составлять содержание результатов творческой деятельности (например, произведения литературы, искусства и пр.), выраженных в письменной, устной форме, в форме изображения, объемно-пространственной.

Когда мы имеем дело с дискретной информацией, речь идет о цифровых объектах, выраженных в электронной, в том числе цифровой,

форме. Дискретная информация воспринимается только техническими средствами, в частности персональными компьютерами. Некоторые современные объекты, в том числе результаты интеллектуальной деятельности (например, программы для ЭВМ, базы данных), могут существовать только в искусственной среде, образуемой этими техническими средствами, поскольку только они способны ее обрабатывать с целью получения полезного результата.

Особенно ощутимым это различие видов информации стало в результате процесса цифровизации, который затронул использование объектов интеллектуальной собственности и информации в изменившихся условиях и усовершенствованных технологических решениях. При этом информация и объекты интеллектуальной собственности стали элементами новых правовых конструкций, которые в последнее время находят отражение в законодательстве Российской Федерации и требуют особого внимания.

Помимо интеллектуальной собственности, использование которой в сети Интернет представляет собой существенный сегмент, появились новые объекты, такие как цифровые реестры (например, реестры объектов интеллектуальной собственности) [Нагородская, В.Б., 2019, с. 66], цифровые магазины (с продажей объектов интеллектуальной собственности, где возможно покупать не только материальные объекты, но и права на объекты интеллектуальной собственности), возможность предоставления услуг через сеть Интернет, интернет-вещей (умные дома, умные города).

Основной переворот произошел в связи с появлением и активизацией использования криптовалюты. Если первое упоминание о криптовалюте встречаем в работах американского юриста, криптографа Ника Сабо [Szabo, N., 1997], который разработал алгоритм децентрализованной цифровой валюты, которую он назвал цифровым золотом (bit gold), что предвосхитило появление биткоинов, то в настоящее время существует уже более 100 видов криптовалют, ставших реальными объектами финансового рынка. Финансовый рынок без правового регулирования существовать не может, необходимы общие правовые подходы. Предложенная также Ником Сабо в начале 90-х гг. технология блокчейн позволяет осуществлять действия по созданию криптовалюты в защищенном режиме.

Хотя изначально эта технология была предназначена для криптовалют, в настоящее время специалисты рассматривают возможность применения технологии блокчейн для идентификации цифровых объектов, которые, как известно, в процессе их использования претерпевают изменения [Finck, M. and Moscon, V., 2019, p. 93]. Блокчейн рассматривается как система распределенных реестров, которые позволяют осуществлять разные действия и управлять разными процессами (приложение для смартфона контроль качества лекарств). Для этого

пытаются разработать определенные правовые средства. Интернет-сообщество выработало свои правила для каждого типа криптовалюты. Существуют криптобиржи, где регулирование осуществляется без государственного контроля. Когда криптовалют стало слишком много и они составили существенную нагрузку на рынок ценных бумаг, возник вопрос о роли государства в соответствующем регулировании.

Вопросы, связанные с переходом на цифровую экономику, затронуты, в частности, в Указе Президента Российской Федерации от 7 мая 2018 г. № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года». Данным Указом перед Правительством Российской Федерации поставлены задачи при реализации национальной программы «Цифровая экономика» создать систему правового регулирования цифровой экономики, основанную на гибком подходе в каждой сфере, и внедрить гражданский оборот на базе цифровых технологий (абз. 2 подп. «б» п. 11).

Следует учитывать, что понятие «цифровая экономика» указывает на то, что произошла трансформация производительных сил, при которой основой являются не материальные ресурсы, а человеческие компетенции и интеллектуальные цифровые технологии. Как отмечается в Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы, цифровая экономика ориентирована на то, что ключевым фактором производства в хозяйственной деятельности выступают данные в цифровом формате, обработка больших данных и использование результата анализа таких данных и т. д.⁵ Таким образом, «цифровизация» есть процесс включения информационных (цифровых) технологий в гражданский оборот.

С этой целью были внесены изменения в Гражданский кодекс Российской Федерации, в частности, введена ст. 141.1 ГК РФ, а также принят Федеральный закон от 2 августа 2019 г. № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁶, которым вводится еще одно понятие – «утилитарные цифровые права».

Однако, определив новые объекты «цифровые права» как объекты гражданских прав, ГК РФ не указывает достаточно ясно, кто может быть субъектом таких прав. Чтобы четко понимать, какой предмет подлежит регулированию, необходимо определить понятия. Отсутствие четкого понимания, что за реальные явления стоят за понятием «цифровые права», приводит к правовой неопределенности. В этой ситуа-

⁵ 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».

⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 2019. № 31. Ст. 4418.

ции возможность защиты этих неопределенных прав, в том числе в судебном порядке, не гарантируется.

У специалистов в сфере цифровых технологий проблем с понятиями, как правило, нет, поскольку они оперируют математическими категориями, но, так как авторы исходят из того, что право является социальным регулятором, целесообразно определить юридически значимые признаки цифровых прав.

Этой проблеме в последнее время было уделено существенное внимание в юридической литературе. Например, Л.Ю. Василевская предприняла попытку дать правовое определение токена, который, как большинство понятий в цифровой сфере, даже для IT-специалистов имеет много значений [Василевская, Л.Ю., 2019а].

Определяя объект как «цифровые права», законодатель характеризует его форму (формат), выраженную в цифрах (нулях и единицах). Характеристика «цифровое» применительно к такому объекту, как «цифровое право», скорее относится к способу фиксации [Василевская, Л.Ю., 2019b, с. 6] или способу удостоверения [Ситдикова, Р.И. и Ситдигов, Р.Б., 2018, с. 77] существующих видов прав, нежели к созданию нового вида имущественного права. Включение в ГК РФ в качестве объектов гражданских прав цифровых прав как вида имущественных прав и с их характеристикой как признаваемых в законе обязательственных и иных прав, содержание и условие осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам, активизировало внимание к исследованию понимания гражданских прав и обязанностей, их роли и места в отношениях, регулируемых гражданским законодательством. Гражданские права и гражданские обязанности являются ключом к раскрытию существа отношений, регулируемых гражданским законодательством, притом не только правоотношений, но и отношений, которые в результате действий граждан и юридических лиц лишь влекут гражданско-правовые последствия. Глава 2 ГК РФ определяет возникновение гражданских прав и обязанностей и защиту гражданских прав.

Традиционно субъективные права и юридические обязанности рассматриваются юридической наукой в качестве элемента правовых отношений, а более конкретно – как содержание гражданских правоотношений. При таком подходе абсолютизируется категория правоотношения, поскольку есть отношения, регулируемые правом, которые не сводятся к гражданским правам и обязанностям, представляя собой «отрезки» права, например согласие на совершение сделки.

Если гражданин или юридическое лицо рассматривается как элемент правоотношения, их активная роль в приобретении и осуществлении своих гражданских прав своей волей или в своем интересе признается. При существующем господствующем в науке гражданского

права подходе нет возможности раскрыть богатую палитру содержания и проявлений субъективного права гражданина и юридического лица – возникновение, принадлежность, осуществление, передачу, нарушение, защиту, восстановление. Включение информационных технологий в процессе возникновения, удостоверения, осуществления, передачи и прекращения гражданских прав и обязанностей граждан и юридических лиц свидетельствует о необходимости в качестве исходного положения проводить анализ прав и обязанностей субъектов гражданского права, а не правоотношений.

Гражданин или юридическое лицо создает правоотношения, реализуя принадлежащие им гражданские и корпоративные права и исполняя возложенные на них обязанности.

Внедрение в экономику цифровых технологий предполагает уточнение понятия субъективного гражданского права и объекта гражданских прав. Уже сейчас ст. 128 ГК РФ, включая в объекты гражданских прав имущественные права граждан и юридических лиц, не отвечает философскому пониманию субъекта и объекта.

Имущественные права, принадлежащие гражданину или юридическому лицу, являясь правовой характеристикой личности, в то же время выступают как объект гражданских прав для другого лица. Обычно такое положение определяется как конструкция «право на право», а тем самым допускается смешение субъективного права с его объектом. Такой подход, существующий в гражданском законодательстве со времен римского права, не позволяет дифференцировать разнообразные проявления «материальности» в экономической и социальной жизни общества, ограничиваясь делением на вещи и иное имущество.

Цифровые права нельзя относить к иному имуществу, потому что с применением информационных технологий осуществляется не только удостоверение объектов гражданских прав, но и государственная регистрация прав, закрепляющих принадлежность объекта гражданских прав определенному лицу, ограничение таких прав и обременения имущества (ст. 8.1 ГК РФ), ведутся единый государственный реестр юридических лиц (п. 8 ст. 51 ГК РФ), единый государственный реестр регистрации прав на недвижимость (п. 1 ст. 131 ГК РФ).

Еще Федеральным законом от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» было предусмотрено обращение ценных бумаг, когда владелец бездокументарной ценной бумаги устанавливается на основании записи в реестре владельцев ценных бумаг или в случае депонирования ценных бумаг на основании записи на счете депо. Права владельцев на эмиссионные ценные бумаги бездокументарной формы выпуска удостоверяются записями по счетам депо в депозитариях (ст. 28 «Форма удостоверения права собственности на эмиссионные ценные бумаги»).

Цифровое право существует без указания действительного объекта, на который направлены воля и интерес его обладателя, как правило,

произвольно, с помощью электронных или иных технических средств, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки, при этом требование о наличии подписи считается выполненным, если использован любой способ, позволяющий достаточно точно определить лицо, выразившее волю (п. 1 ст. 160 ГК РФ). Это обстоятельство и объясняет расположение цифровых прав в цепочке объектов гражданских прав. Особенность цифровых прав состоит в том, что они не имеют определенно установленного обладателя, поскольку могут принадлежать любому гражданину или юридическому лицу. Не случайно в пояснительной записке к законопроекту № 4246632-7 цифровые права поставлены в кавычки и названы фикцией, близкой к сущности ценной бумаги.

Относя цифровые права к имущественным правам, законодатель ст. 141.1 дополнил главу 6 ГК РФ. Определение цифровых прав во многом совпадает с определением бездокументарных ценных бумаг, которые определяются как обязательственные и иные права, которые закреплены в решении о выпуске или ином акте лица, выпускающего ценные бумаги в соответствии с требованиями закона, и осуществление и передача которых возможна с соблюдением правил учета этих прав (ч. 2 п. 1 ст. 142 ГК РФ). Учет прав на бездокументарные ценные бумаги осуществляется путем внесения записей по счетам лицом, действующим по поручениям лица, обязанного по ценной бумаге, либо лицом, действующим на основании договора с правообладателем, или иным лицом, которое в соответствии с законом осуществляет права по ценной бумаге.

Обладателем цифрового права признается лицо, которое в соответствии с правилами информационной системы имеет возможность распоряжаться этим правом, если законом не предусмотрено, что обладателем цифрового права может быть иное лицо. Переход цифрового права на основании сделки не требует согласия лица, обязанного по такому цифровому праву (ст. 141.1 ГК РФ).

Совокупность электронных данных удостоверяет права на объекты гражданских прав путем совершения действий при помощи электронных или иных устройств, которыми выражается воля на совершение обязательств, в наступлении которых имеет интерес гражданин или юридическое лицо, зарегистрированное в информационной системе, отвечающей установленным законом признакам децентрализованной информационной системы.

Письменная форма сделки считается соблюденной также в случае совершения сделки с помощью электронных либо иных технических устройств, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки, при этом требование о наличии подписи считается выполненным, если использован любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю (ч. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ).

В этих случаях выражение лицом воли с помощью электронных средств путем передачи приравнено к простой письменной форме. В отношении универсальных цифровых прав воля инвестора осуществляется с помощью технических средств инвестиционной платформы, а для заключения смарт-контрактов совершается ряд односторонних сделок. Представляется, что выражение лицом своей воли таким путем следует отнести скорее к юридически значимым сообщениям, поскольку в таких случаях у другого лица возникают не гражданские права и обязанности, как в сделке, а гражданско-правовые последствия с момента доставки ему соответствующего сообщения (ст. 165.1 ГК РФ). Безусловно, такие дополнения в ГК РФ внести необходимо, но они не решают проблему построения смарт-контракта в современном понимании.

Научно-технический прогресс, подкрепленный экспоненциальным развитием информационных и цифровых технологий, ставит перед юристами очень сложные задачи, связанные с подходами к регулированию отношений, возникающих в процессе появления все новых и новых цифровых объектов. В последнее время наметилась тенденция (пока на уровне проектов законов) создавать экспериментальные зоны нормативного правового регулирования в цифровой среде (в частности, проект, разработанный Минэкономразвития России «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации»⁷).

Очевидно, что в качестве образца был взят британский опыт, осуществленный негосударственной организацией Financial Conduct Authority (FCA), или Управление по финансовому регулированию и контролю Великобритании⁸, смысл которого сводится к тестированию новых финансовых продуктов и услуг конкретных фирм, выразивших желание участвовать в эксперименте. Основная задача состоит в том, чтобы тестировать продукты и услуги в контролируемой среде без риска нарушения действующего законодательства. В данном случае не предполагается создание специального государственного регулятора, и в Великобритании эта деятельность осуществляется на принципах добровольности и саморегулирования.

Вызывает большие сомнения возможность экстраполировать подобный опыт в условия российской правовой системы. Правовая неопределенность, которая уже очевидно возникнет при рассмотрении споров на основании новых понятий цифровых прав, только усилится цифровыми экспериментами. Скорее всего, подобные регулятивные эксперименты возможны только в рамках компетенции Центрального банка и в отношении финансовых технологий, а не так широко, как предлагается в проекте закона.

⁷ URL: <http://ar.gov.ru/ru-RU/document/default/view/536>

⁸ Regulatory sandbox. URL: <https://www.fca.org.uk/firms/regulatory-sandbox>

Обсуждение и заключение

Практика показывает, что объектов цифровых отношений с каждым днем становится все больше и возникает необходимость их идентификации как объектов правового регулирования. Наиболее распространенным и понятным для юристов является смарт-контракт – по сути самоисполняемый договор с заранее определенными условиями исполнения и, как правило, существующий на блокчейн-платформе. Но, наблюдая активное использование интеллектуальной собственности и информации в информационных системах, следует в первую очередь оценивать возможность применения существующих правовых механизмов в новой среде. Как справедливо отметил А.В. Корнев, «информация, пусть и в цифровой форме, принципиально не трансформирует характер создания новых ценностей. Она лишь вносит определенные технологические новшества в сам характер производства и обмена товарами, более широко – благами» [Корнев, А.В., 2019, с. 12].

Нужно понимать, что «цифровые» деньги, «смарт-контракты», искусственный интеллект, роботы, интернет-услуги и интернет-взаимодействие – все это определенные технологические решения, активно трансформирующиеся в соответствии с законом Мура, согласно которому каждые 18 месяцев вычислительные мощности в мире удваиваются. Однако правовое регулирование не может изменяться в геометрической прогрессии, поскольку регулятивный характер права предполагает определенную стабильность. Соответственно, надо выявлять те ключевые проблемы, которые действительно нуждаются в правовом регулировании. Выявление этих проблем возможно только при внимательном анализе правоприменительной практики. В то же время законодательство должно быть очень конкретным и регулировать только те отношения, к которым невозможно применить действующее законодательство.

Список использованной литературы

Араб-оглы Э. Кибернетика и моделирование социальных процессов // Кибернетика ожидаемая и кибернетика неожиданная: сб. ст. / сост. В.Д. Пекелис. М. : Наука, 1968. 310 с.

Бачило И.Л. Информационное право : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2011. 522 с.

Близнац И.А., Гаврилов Э.П., Добрынин О.В. и др. Право интеллектуальной собственности : учебник / под ред. И.А. Близнаца. М. : Проспект. 2014. 896 с.

Василевская Л.Ю. Токен как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации цифрового права // Актуальные проблемы российского права. 2019а. № 5. С. 111–119. DOI: 10.17803/1994-1471.2019.102.5.111-119.

- Василевская Л.Ю. Цифровые права как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации // Хозяйство и право. 2019b. № 5. С. 3–14.
- Венгеров А.Б. Право и информация в условиях автоматизации управления : моногр. М. : Юрид. лит., 1978. 208 с.
- Глушков В.М. Кибернетика. Вопросы теории и практики. М. : Наука, 1986. 488 с.
- Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятия. Система. Задачи кодификации : сб. ст. М. : Статут, 2005. 416 с.
- Дозорцев В.А. Информация как объект исключительного права // Дело и право. 1996. № 4. С. 27–35.
- Калятин В.О. Право интеллектуальной собственности. Правовое регулирование баз данных : учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры. М. : Юрайт, 2018. 186 с.
- Канторович Л.В. Экономический расчет наилучшего использования ресурсов. М. : Изд-во Акад. наук СССР, 1959. 344 с.
- Корнев А.В. Дигитализация права: проблемы и перспективы // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 6. С. 11–18.
- Кульпинов А.А. Введение в специальность: учебное пособие. Ставрополь : Изд-во СКФУ, 2014. 130 с.
- Нагородская В.Б. Новые технологии (блокчейн / искусственный интеллект) на службе права : науч.-метод. пособие / под ред. Л.А. Новоселовой. М. : Проспект, 2019. 128 с.
- Ситдикова Р.И., Ситдииков Р.Б. Цифровые права как новый вид имущественных прав // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2018. № 9. С. 71–85.
- Терещенко Л.К. Гражданско-правовое положение вычислительных центров : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1979. 190 с.
- Терещенко Л.К. Правовой режим информации. М. : Юриспруденция. 2007. 192 с.
- Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 9. С. 5–16.
- Шваб К. Четвертая промышленная революция : пер. с англ. М. : Эксмо, 2018. 288 с.
- Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М. : Юрайт, 2016. 532 с.
- Breslau S. Art and Blockchain: Revolution in Art Collecting // Cointelegraph. The future of money. URL: <https://cointelegraph.com/news/art-and-blockchain-revolution-in-art-collecting> (дата обращения: 15.09.2019).

Crutzenand P.J., Stoermer E.F. The “Anthropocene” // *Global Change Newsletter*. 2000. Vol. 41. P. 17–18.

Finck M., Moscon V. Copyright Law on Blockchains: Between New Forms of Rights Administration and Digital Rights Management 2.0 // *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*. 2019. Vol. 50, issue 1. P. 77–108. URL: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs40319-018-00776-8>

Szabo N. Formalizing and Securing Relationships on Public Networks // *Open Journal Systems*. 1997. Vol. 2, no. 9. P. 1.

References

Arab-ogly, E., 1968. [Cybernetics and modeling of social processes]. *Kibernetika ozhidaemaya i kibernetika neozhidannaya* = [Cybernetics expected and Cybernetics unexpected]. Collected articles. Comp. V.D. Pekelis. Moscow: Nauka. (In Russ.)

Bachilo, I.L., 2011. *Informacionnoe pravo* = [Information law]. Textbook. 2nd ed. Moscow: Yurait. (In Russ.)

Bliznec, I.A., Gavrilov, E.P., Dobrynin, O.V., et al., 2014. *Pravo intellektual'noj sobstvennosti* = [Intellectual property law]. Textbook. Ed. I.A. Bliznec. Moscow: Prospekt. (In Russ.)

Breslau, S., 2018. Art and Blockchain: Revolution in Art Collecting. *Cointelegraph. The future of money*. Available at: <<https://cointelegraph.com/news/art-and-blockchain-revolution-in-art-collecting>> [Accessed 15 September 2019]. (In Eng.)

Crutzenand, P.J. and Stoermer E.F., 2000. The ‘Anthropocene’. *Global Change Newsletter*, 41, pp. 17–18. (In Eng.)

Dozortsev, V.A., 1996. [Information as an object of exclusive rights]. *Delo i pravo* = [Business and Law], 4, pp. 27–35. (In Russ.)

Dozortsev, V.A., 2005. *Intellektual'nye prava: Ponyatiya. Sistema. Zadachi kodifikacii* = [Intellectual property rights: Concepts. System. Tasks of codification]. Collected articles. Moscow: Statut. (In Russ.)

Finck, M. and Moscon, V., 2019. Copyright Law on Blockchains: Between New Forms of Rights Administration and Digital Rights Management 2.0. *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 50(1), pp. 77–108. Available at: <<https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs40319-018-00776-8>>. (In Eng.)

Glushkov, V.M., 1986. *Kibernetika. Voprosy teorii i praktiki* = [Cybernetics. Questions of theory and practice]. Moscow: Nauka. (In Russ.)

- Kalyatin, V.O., 2018. *Pravo intellektual'noj sobstvennosti. Pravovoe regulirovanie baz dannyh* = [Intellectual property law. Legal regulation of databases]. Textbook for bachelor's and master's degrees. Moscow: Yurayt. (In Russ.)
- Kantorovich, L.V., 1959. *Ekonomicheskij raschet nailuchshego ispol'zovaniya resursov* = [Economic calculation of the best use of resources]. Moscow: Izd-vo Akad. nauk SSSR. (In Russ.)
- Khabrieva, T.Ya., 2018. Law facing the challenges of digital reality. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 9, pp. 5–16. (In Russ.)
- Kornev, A.V., 2019. Digitalization of law: problems and prospects. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava* = [Actual Problems of Russian law], 6, pp. 11–18. (In Russ.)
- Kulpinov, A.A., 2014. *Vvedenie v special'nost'* = [Introduction to the course]. Textbook. Stavropol': Izd-vo SKFU. (In Russ.)
- Nagrodskaya, V.B., 2019. *Novye tekhnologii (blokchejn / iskusstvennyj intellekt) na sluzhbe prava* = [New technology (blockchain / artificial intelligence) in the service of law]. Scientific and methodological manual. Ed. L.A. Novoselova. Moscow: Prospekt. (In Russ.)
- Schwab, K., 2018. *Chetvyortaya promyshlennaya revolyuciya* = The fourth industrial revolution. Translated from English. Moscow: Eksmo. (In Russ.)
- Shershenevich, G.F., 2016. *Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava* = [Textbook of Russian civil law]. Moscow: Yurayt. (In Russ.)
- Sitdikova, R.I. and Sitdikov, R.B., 2018. Digital rights as a new type of property rights. *Imushchestvennyye otnosheniya v Rossijskoj Federacii* = [Property Relations in the Russian Federation], 9, pp. 71–85. (In Russ.)
- Szabo, N., 1997. Formalizing and Securing Relationships on Public Networks. *Open Journal Systems*, 2(9), p. 1. (In Eng.)
- Tereshchenko, L.K., 1979. *Grazhdansko-pravovoe polozhenie vychislitel'nyh centrov* = [Civil and legal status of computing centers]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Tereshchenko, L.K., 2007. *Pravovoj rezhim informacii* = [Legal regime of information]. Moscow: Jurisprudence. (In Russ.)
- Vasilevskaya, L.Yu., 2019b. Digital rights as a new object of civil rights: problems of legal qualification. *Hozyajstvo i pravo* = [Economy and Law], 5, pp. 3–14. (In Russ.)
- Vasilevskaya, L.Yu., 2019a. Token as a new object of civil rights: problems of legal qualification of digital law. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava* = [Actual Problems of Russian Law], 5, pp. 111–119. DOI: 10.17803/1994-1471.2019.102.5.111-119. (In Russ.)

Vengerov, A.B., 1978. *Pravo i informaciya v usloviyah avtomatizacii upravleniya* = [Law and information in the conditions of automation of management]. Monograph. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)

Информация об авторах / Information about the authors:

Бузова Наталья Владимировна, ведущий научный сотрудник Центра исследований проблем правосудия, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), кандидат юридических наук [**Natalia V. Buzova**, Leading Researcher, Center for the Study of Justice Problems, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Cand. Sci. (Law)]. E-mail: nbuzova@yandex.ru

Карелина Марина Максимовна, руководитель научного направления по исследованию теоретических и практических проблем судебной защиты интеллектуальной собственности Центра исследования проблем правосудия, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), заслуженный юрист Российской Федерации [**Marina M. Karelina**, Head of the Research Direction for the Study of Theoretical and Practical Problems of Judicial Protection of Intellectual Property, Center for the Study of Justice Problems, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Honored Lawyer of the Russian Federation]. E-mail: ip_laboratory@mai.ru

УДК 342.72; 342.95; 347.77

DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.126-147

Проблемы правового регулирования отношений в цифровом пространстве

А.Н. Ващекин*, А.В. Дзедзинский**

* *ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия*

** *Благотворительный Фонд помощи заключенным и их семьям «Русь сидящая», г. Москва, Россия
vaschekin@mail.ru; arturdzedzinskii40@gmail.com*

Введение. Эпоха цифровизации ставит перед исследователями задачи систематизации существенных особенностей цифрового пространства, выявления сущности «права на Интернет», допустимости ограничения цифровых прав граждан.

Теоретические основы. Методы. Авторами изучены особенности цифровой среды как специфической имманентной области правового регулирования, доктрина и законодательство ряда стран по теме, определены основы регулирования отношений в цифровом пространстве России. В качестве методов исследования использовались формально-юридический метод, сравнительный анализ, формально-логический и индуктивный методы.

Результаты исследования. Предложены формулировки основных понятий в исследуемой области: цифровое пространство, цифровой регион, цифровая площадка и др. Указаны меры по ликвидации цифровых ям. Рассмотрены основные свойства информационного пространства и его производных. Выявлены коллизии, порождаемые противоречиями в российском законодательстве.

Обсуждение и заключение. Как показало исследование, последние новеллы в законодательстве нарушают принцип баланса интересов, не отвечают требованиям первоочередного соблюдения прав человека и гражданина, противоречат Конституции и международным договорам России. При сопоставлении этих мер с зарубежными аналогами осуществлен поиск их потенциальных недостатков и представлены предложения о возможных направлениях их корректирования с учетом специфических особенностей цифрового пространства.

Ключевые слова: правовое регулирование, глобальная цифровая среда, цифровое право, ограничение права, коллизия

Для цитирования: Ващекин А.Н., Дзедзинский А.В. Проблемы правового регулирования отношений в цифровом пространстве // Правосудие. 2020. Т. 2, № 2. С. 126–147. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.126-147

Problems of Legal Regulation in the Digital Space Relations

Andrey N. Vashchekin*, Arthur V. Dzedzinsky**

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

** *Charitable Foundation for Assistance to Prisoners and their Families*

For correspondence: vashchekin@mail.ru;

arturdzedzinskii40@gmail.com

Introduction. The era of digitalization sets for researchers the task of systematizing the essential features of digital space, identifying the essence of the “right to the Internet” and the legitimacy of limiting the digital rights of citizens.

Theoretical Basis. Methods. The authors studied the peculiarities of the digital environment as a specific integral area of legal regulation, the doctrine and legislation of several countries on the topic which determines the basis for the regulation of digital space in Russia. The formal legal method, synthesis, analysis, induction and deduction were used as research methods.

Results. The wording of the basic concepts in the area under study is proposed: digital space, digital region, digital platform, etc. The measures to eliminate “digital wells” are indicated. The main properties of the information space and its derivatives are considered. The effects of any contradictions in the legislation of the country are shown:

Discussion and Conclusion. As the study showed, the latest innovations in the legislation contravene the principle of the balance of interests, fail to meet the requirements of observing the rights of a person and citizen, and contradict the Constitution and international treaties of Russia. When comparing these measures with their foreign counterparts, a search was made for their potential shortcomings and proposals were presented on possible directions for their correction, taking into account the particular characteristics of digital space.

Keywords: constitutional legal regulation, global digital environment, digital law, restriction of the right, collision

For citation: Vashchekin, A.N. and Dzedzinsky, A.V., 2020. Problems of legal regulation in the digital space relations. *Pravosudie = Justice*, 2(2), pp. 126–147. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.126-147

Введение

Информация на протяжении нескольких последних десятилетий является ведущим ресурсом развития цивилизации благодаря ускоряющимся темпам совершенствования компьютерных технологий и средств связи в конце XX – начале XXI в. Внедрение цифровых технологий способствует не только многократному количественному возрастанию объема информационных взаимодействий, но и его структурному усложнению [Борисов, Р.С., 2011, с. 24]. Сформировался новый феномен – глобальная цифровая среда, которая своим существованием вызвала трансформацию всех сфер общественных отношений. В первую очередь возрастающие темпы обмена информацией сказались на сокращении затрат на поиск партнеров в коммерции и путей снабжения в логистике [Фешина, С.С. и Славянов, А.С., 2018,

с. 160]. Они породили принципиально новые методики в менеджменте, оптимизировавшие организацию производственных процессов, подбор и подготовку кадров, взаимодействие подразделений внутри предприятий [Косова, Л.Н. и Федосеева, И.В., 2013, с. 65]. Рост объемов оцифрованной информации и скорости ее переработки преобразовали базовые приемы и обеспечили интерактивность финансового рынка [Тропская, С.С., 2018, с. 29]. Параллельная разработка современных математических методов моделирования, в частности в области принятия решений уже не при недостаточных, а при избыточных данных, обострила конкуренцию и изменила представления о прибыльности в экономике [Царькова, Е.В., 2018, с. 17].

Новые экономические условия всегда влекут за собой перемены в социальной организации, которые, в свою очередь, требуют правового закрепления. Цифровые методы вначале проникли в сферу информационного права [Ващекин, А.Н. и Ващекина, И.В., 2017, с. 17]. А далее в полном соответствии с господствующим в передовой юридической науке эволюционным подходом развитие цифровых технологий вызвало смену всей правовой парадигмы [Корнев, В.Н., 2018, с. 65]. Современные фундаментальные юридические подходы отражают трансформацию социума, подтверждая, что информационно-коммуникационные технологии, телематические системы и коммуникации выступают базисом цифрового пространства и влекут за собой становление таких правовых и квазиправовых категорий, как, например, цифровая безопасность и цифровой суверенитет [Терентьева, Л.В., 2018, с. 69]. Как следствие мы действительно можем наблюдать структурные изменения в законодательстве, закрепляющие более высокий уровень информационной открытости взаимодействия экономических субъектов [Ващекина, И.В., 2014, с. 43].

Теоретические основы. Методы

В представленной статье исследуется проблема совершенствования правового регулирования цифрового пространства Российской Федерации. В качестве методов исследования использовались формально-юридический метод, сравнительный анализ, формально-логический и индуктивный методы. Важным фактором в процессе исследования авторы видят необходимость поиска компромисса между публичным и частным интересом – одновременно потребностью в пресечении преступлений, совершаемых в рамках информационной среды, и неукоснительным соблюдением основополагающих прав и свобод личности. При нарушении этого компромисса попираются многие абсолютные права человека – например, в некоторых странах нарушается принцип анонимности в Интернете. Во многих странах негласно (а где-то и открыто) производится интегрированный сбор информации о совер-

шении гражданами определенных действий в информационном пространстве, организуется слежка за лицами избранных категорий, нарушается информационная, в том числе и цифровая, безопасность как отдельных индивидов, так и целых государств. Политические элиты ряда стран, опасаясь за сохранность критической инфраструктуры находящихся под их непосредственным управлением государственных учреждений, стремятся стимулировать отечественную промышленность к созданию и выпуску новых технологий, которые могли бы стать достойной альтернативой глобальным ИТ-продуктам, большая часть которых на сегодняшний день имеет зарубежное происхождение.

При этом часто не учитываются некоторые важные особенности цифровой среды, а законодательное регулирование правоотношений в данной области либо не осуществляется, либо производится со значительным «перевесом» запретительных и карательных норм над предупредительными, превентивными [Нисов, В.А., 2014, с. 131]. Нельзя забывать и о наличии специфического частного континуитета, который фактически связывает физического гражданина и его «цифровую» сущность [Танимов, О.В. и Шевченко, А.Р., 2019, с. 7]. Законодательство во многих странах пока не учитывает специфику категории «цифровое гражданство», реализация которой возможна при регистрации так называемого «цифрового паспорта». Однако постепенно осознается необходимость расширить понимание этой категории, не отождествляя ее только лишь с возможностью хранения основных данных о физическом лице, оплатой штрафов, подачей исков и обращений, т. е. с техническим упрощением документооборота на основе внедрения цифровых технологий [Ващекина, И.В., 2016, с. 24].

Подобные (пока еще ограниченные) вариации цифрового гражданства уже реализованы в ряде государств, в том числе в Эстонии и России (специальный ID чип и УЭК соответственно)¹. Цифровое гражданство в широком смысле представляется значительно более емкой категорией, включающей в себя не только различные учетно-регистрационные данные, предоставляющие, например, возможность дистанционного приобретения имущества, но и своеобразный «цифровой» портрет гражданина, который пишется широкими мазками аккаунтов, социальных сетей, сервисов [Иохин, В.Я. и Мартынчук, О.И., 2006, с. 61]. В каждом конкретном случае содержание «цифрового гражданства» индивидуально, при этом во многих ситуациях существует связь между содержимым аккаунтов гражданина в социальных сетях и его реальными действиями, предпочтениями, взглядами.

Цифровой паспорт (в контексте настоящего исследования понятия цифрового паспорта и цифрового/сетевого гражданства совпадают)

¹ URL: <http://e-residence.pro>

выполняет прежде всего репрезентативную, социализирующую, идентификационную, компенсаторную функции, а наряду с ними – и ряд других. Фактически наличие сетевого гражданства позволяет человеку не только общаться, но и полноценно реализовываться, получать образование, а также заниматься полноценной экономической деятельностью дистанционно [Ершов, В.В. и Ловцов, Д.А., 2007, с. 29]. Наличие учетных записей и аккаунтов, являющихся составными компонентами цифровой среды и ее элементов (о них речь пойдет ниже), позволяет современному гражданину, нередко скрываясь под маской анонимности, высказывать определенные мнения, демонстрировать поддержку политическим движениям, наполнять содержание своих профилей абсолютно любым контентом, становясь в цифровом пространстве тем, кем ему хотелось бы стать в реальной жизни [Tushnet, M., 2015, p. 639]. Цифровое гражданство, подразумевающее наличие персональных сайтов, страниц и аккаунтов, позволяет человеку осваивать, производить и распространять информацию дистанционно, оперативно, целенаправленно и во многих случаях с минимальными ограничениями и исключениями [Косова, Ю.А., 2011, с. 60].

Путем ознакомления с цифровыми паспортами (гражданствами) других пользователей индивид находит ориентиры для своей практической деятельности, в некоторых случаях он предпринимает попытки ассоциировать себя с ними. Становясь попугачиком потоков информации, цифровой гражданин социализируется, получает новые знания и экономические возможности (трудоустройство, кредитование и др.). Возможность дистанционного поиска контактов выполняет компенсаторную функцию, снижая потенциальную угрозу стресса, давая пользователю ощущение приобщенности к глобальной среде, приглушая ощущения отчужденности и одиночества. Содержимое аккаунтов сетевых граждан позволяет другим пользователям идентифицировать их, налаживать общение [Salakhova, V.B., et al., 2017, с. 121].

Конечно, выделение особой категории сетевого гражданства обусловлено специфическими чертами цифровой среды. Поэтому невозможно поставить знак равенства между понятиями «обычного» и цифрового (сетевого) гражданства, так как первое подразумевает правовую связь индивида с конкретным государством, обуславливающую совокупность их взаимных прав и обязанностей, в то время как глобальная цифровая среда, порождающая цифровое гражданство, не налагает на интернет-пользователей тяжелого бремени обязанностей, хотя и предлагает им взамен совокупность формально не закрепленных (как, например, формально не закреплены, но общеприняты RFC – Requests for Comments) цифровых «обычаев» – негласных, но на практике действующих правил поведения в этой среде [Бегларян, М.Е. и Пичкуненко, Е.А., 2014, с. 70]. Отдельные приложения все же налагают некоторые ограниче-

ния, обязывая пользователей при публикации различных материалов, обсуждении определенных событий не употреблять нецензурную брань, не оскорблять других пользователей. Несоблюдение подобных правил и обычаев ведет к отчуждению цифрового гражданина, снижению уровня взаимодействия между ним и другими участниками коммуникации [Ващекин, А.Н. и Шевченко, Д.И., 2018, с. 24]. Между реальным и сетевым гражданством во многих случаях есть корреляция. Например, правовая связь лица с государством в реальном мире, обуславливающая проживание его в определенной стране, может влиять на некоторые действия сетевых граждан в цифровой среде [Терентьева, Л.В., 2010, с. 64].

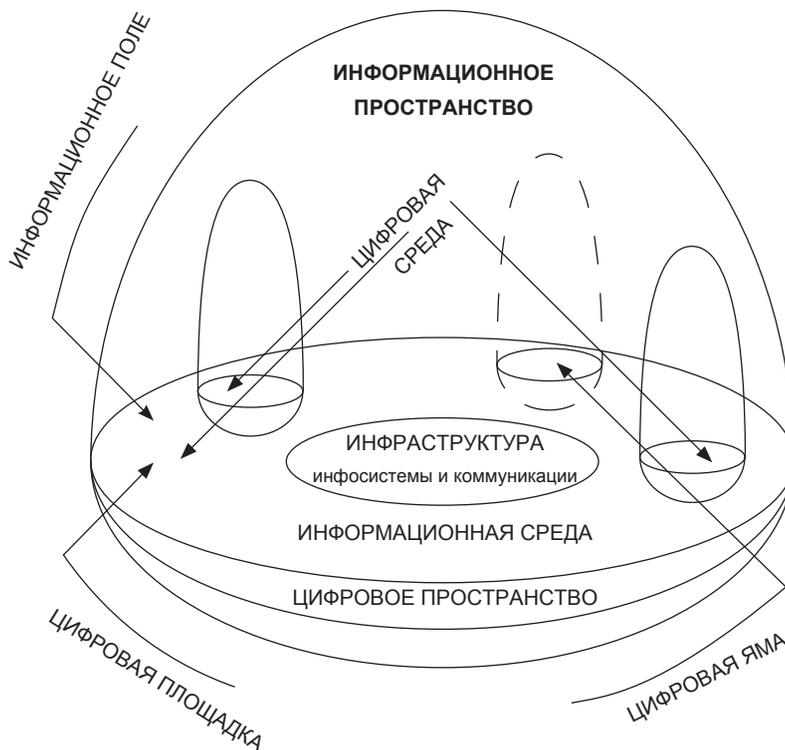
В качестве примера можно привести согласованные протестные выступления на новостном портале Делфи, выразившие недовольство эстонских сетевых граждан действиями компании SLK, которая, по их мнению, нарушила коммуникации между рядом населенных пунктов в Эстонии. Очевидно, что именно эстонское гражданство в совокупности с постоянным проживанием этих лиц на территории Эстонии обусловило их повышенное внимание к указанной проблеме, что проявилось и в комментировании новости о компании SLK².

Итак, с одной стороны, цифровой гражданин (если понимать сетевое гражданство в узком смысле, т. е. как id модуль, позволяющий совершать на территории определенной страны различные гражданско-правовые сделки, хранить на носителе данных, выдаваемом государственным органом определенной страны, некоторые сведения о реальном гражданине) связан с определенным государством. С другой стороны, сетевое гражданство как совокупность интернет-порталов, сервисов, цифровых источников информации, т. е. понимаемое в широком смысле, в большинстве случаев является глобальным, интернациональным. При этом в некоторых странах (например, в Иране) индивид может иметь лишь иранское цифровое гражданство вследствие политики крайнего цифрового изоляционизма, проводимой правительством этой страны³. В некоторых государствах из-за отсутствия по экономическим причинам доступа к цифровым продуктам индивиды априори не могут иметь цифровое гражданство. В целом, однако, можно констатировать, что цифровое гражданство в отличие от традиционного (реального) является глобальным. Цифровое гражданство (и в узком, и в широком смысле) может быть обретоено путем наличия доступа к Интернету, регистрации на определенных сервисах. Соответственно, налицо различия в основаниях приобретения традиционного и сетевого видов гражданства.

² URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\"CASE%20OF%20DELFI%20AS%20v.%20ESTONIA\""\], "documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\], "itemid":\["001-155105"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

³ URL: <https://habr.com/ru/company/digital-ecosystems/blog/461019/>

Хотя феномен цифрового пространства еще недостаточно изучен в современной науке, в законодательстве ряда стран похожие дефиниции уже используются [Anisimov, A.P., Ryzhenkov, A.J. и Kozhemyakin, D.V., 2015, с. 104]. Представляется возможным определить *цифровое пространство* как составную часть информационного пространства, возникающую на основе цифровой части информационной среды, условно совпадающую с территориальными границами определенного государства, включающую в себя ряд компонентов, таких как цифровые поля (англ. digital fields), цифровые площадки (англ. digital grounds), имеющую определенные отличительные свойства и признаки (например, многопоточный характер получения цифровых данных, высокую степень интерактивности, изменчивость). Цифровое пространство базируется на инфраструктуре цифровой среды (базы данных, электронные книги, телематические сети и пр.) и объединяет совокупность цифровых норм, цифровых и социальных практик, отношений между просьюмерами (англ. prosumers), владельцами интернет-сайтов, государством, обитателями различных цифровых пространств, полей, площадок и др. (см. рисунок).



Соотношение между компонентами информационного пространства

Цифровые пространства нескольких государств могут составлять *цифровые регионы* (англ. information regions). Соответственно, их можно рассматривать как объединенные цифровые пространства нескольких стран, интегрирующие сетевых/реальных граждан ряда государств, придерживающихся сходных или идентичных стандартов, стереотипов поведения в цифровой и/или оффлайн среде, преимущественно пользующихся одними и теми же приложениями, интернет-сайтами, СМИ.

Цифровые поля – структурные элементы цифрового пространства, соответствующие совокупности сетевых/реальных граждан, объединенных общностью цифровых интересов и/или образующих экономическую, возрастную, территориальную или какую-либо другую общность в реальной жизни, испытывающих на себе влияние сходных цифровых и реальных мифов, практик, источников информации (не только электронных) и проецирующих их на реальную и цифровую действительность. Это могут быть, например, жители города, представители какой-либо профессии, подписчики однопорядковых социальных сетей. Активные пользователи определенных цифровых ресурсов обладают сходными интересами, цифровыми «привычками», уровнем образованности и культурного потенциала.

Цифровые площадки – структурные компоненты цифровой среды, включающие в себя малочисленные социальные группы, объединенные совместным бытом и/или интересами, использующие определенные интернет-ресурсы, печатные и иные источники информации.

Заметим, что цифровая среда частично может переходить в негативное состояние, условно называемое *цифровой ямой* (англ. digital ditch). Это понятие характеризует наличие некоего препятствия для свободного обмена информацией, которое пользователям приходится преодолевать, прикладывая дополнительные усилия и применяя прикладные навыки. Цифровая яма может возникать, например, между государством и сетевыми/реальными гражданами.

Можно вспомнить недавний запрет российских интернет-сервисов на Украине, в результате которого украинских сетевых/реальных граждан попытались «депортировать» из одного цифрового региона в другой. После этого украинская аудитория ряда российских сервисов сократилась более чем на 20 процентов, но многие пользователи остались благодаря VPN и иным техническим средствам⁴.

Этот факт свидетельствует о том, что при вынужденной и спонтанной смене цифровых полей или регионов недовольство цифровых и реальных граждан, нарушение права людей на информацию может угрожать политической стабильности государства.

⁴ URL: <https://delo.ua/business/tri-mesjaca-bez-vkontakte-333987/>

Цифровые ямы могут возникать между отдельными реальными/сетевыми гражданами и между сообществами в цифровом пространстве и отражают состояние цифрового или реального конфликта между ними, характеризующееся агрессией, напряженностью и другими эмоциональными проявлениями, возникающее по причине серьезных отличий в возрастном, мировоззренческом и других аспектах. Такие конфликты возникают, например, между членами семьи из-за разницы в миропонимании, близкими друзьями, транслирующими полярные политические ценности, между представителями этнического большинства и иммигрантами, между носителями богатого культурного и образовательного потенциала и малообразованными людьми, между реальными/сетевыми гражданами различных государств в период вооруженного противостояния последних. Для недопущения подобных примеров деструктивного взаимодействия государству в рамках своего информационного (включающего цифровое) пространства имеет смысл увеличивать число площадок диалога между разными информационными регионами, полями и площадками, чему способствует реализация права на доступ в Интернет, внесенного ООН в список неотъемлемых прав личности (2011 г.). Представляется, что мероприятия по обеспечению этого права должны стать одним из направлений социальной политики России.

Противоположное явление – *информационный мир* (англ. information rease). Этим термином характеризуется состояние продуктивного взаимодействия, сотрудничества в самых разных сферах между отдельными цифровыми/реальными гражданами, площадками, полями, регионами, пространствами.

В качестве примера можно привести практику взаимодействия норвежских государственных органов (особенно полиции) с цифровыми/реальными гражданами этой страны⁵.

Теперь рассмотрим основные свойства цифрового пространства и его производных. Можно утверждать, что цифровое пространство имеет ряд специфических особенностей. Среди них наиболее важными (в контексте нашего исследования) кажутся такие, как фрагментированный характер цифровой культуры, быстрая приспособляемость сетевых граждан к блокировке правительством некоторых ресурсов, повышенный уровень агрессии многих субъектов цифровых пространств/полей и др., повышение уровня зависимости сетевых граждан от своего информационного (цифрового) пространства/поля и/или привычной площадки.

Это наблюдение приводит нас к проблеме осуществления правового регулирования в исследуемой сфере. Многие государства, не желая более мириться со статусом наблюдателя, перешли к активной циф-

⁵ URL: <https://eurasianlaw.ru/nashi-rubriki/politsiya-gosudarstv-mira/politsiya-ko-rolvestva-norvegiya>

ровой политике, стремясь не только установить «общие правила игры» на собственных информационных полях, пресечь нарушения прав на интеллектуальную и другие виды собственности, но и «зарегулировать» Интернет путем создания специализированных надзорных органов, борьбы с анонимностью и пр. [Scott, C., Cafaggi, F. and Senden, L., 2011, с. 187]. При этом большинство государств, проецируя на цифровое пространство и его компоненты апробированные в других сферах общественных отношений методы правового регулирования, не учитывают крайне ограниченный потенциал перераспределения цифровых ресурсов [Ахмадеев, Р.Г. и Косов, М.Е., 2017, с. 12].

В социальной сфере государства выполняют свои позитивные обязанности по распределению различных благ (пенсий, пособий и др.). В цифровом пространстве законодательство большинства развитых стран возлагает непосредственно на государства гарантированное выполнение прав и свобод личности в этой сфере, таких как невмешательство в свободу слова и самовыражения (кроме установленных случаев), императивный запрет на недифференцированный сбор информации без согласия пользователей, уважение права на тайну переписки [Ващекина, И.В. и Ващекин, А.Н., 2018, с. 63].

В России право человека и гражданина на информацию впервые было закреплено в Декларации прав и свобод человека и гражданина⁶ (1991 г.). Согласно ч. 2 ст. 13 Декларации каждый имеет право искать, получать и свободно распространять информацию. Ограничения этого права могут устанавливаться законом только в целях охраны личной, семейной, профессиональной, коммерческой и государственной тайны, а также нравственности [Погорелова, М.А., 2009, с. 382]. Этот вектор развития правового регулирования в информационном пространстве России задала Конституция государства, провозгласив человека, его права и свободы высшей ценностью (ст. 2), установив запрет на хранение, использование и распространение информации без согласия лица, признав его право на личную и семейную тайну, тайну переписки, телефонных переговоров и пр. Намеченное направление продолжил и Указ Президента Российской Федерации «О дополнительных гарантиях прав граждан на информацию»⁷ (1993 г.). Этот нормативный правовой акт выдвигал Закон Российской Федерации «О праве на информацию»⁸ в

⁶ Декларация прав и свобод человека и гражданина: принята Постановлением Верховного Совета РСФСР от 22 ноября 1991 г. № 1920-1 «О Декларации прав и свобод человека и гражданина» // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 52. Ст. 1865.

⁷ Указ Президента Российской Федерации от 31 декабря 1993 г. № 2334 «О дополнительных гарантиях прав граждан на информацию» // Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации. 1994. № 2. Ст. 74; 1997. № 3. Ст. 367; 2000. № 36. Ст. 3636.

⁸ Неоднократные законодательные инициативы успехом не увенчались.

качестве приоритетной законодательной инициативы, признавал необходимость доступности для граждан информации, представляющей общественный интерес. Указ содержал норму о создании условий для обеспечения граждан страны зарубежными информационными продуктами.

Сходный вектор имеют и международно-правовые акты – такие, как Конвенция СНГ о правах и основных свободах человека (1998 г.), Окинавская хартия Глобального информационного общества (2000 г.). В частности, в ст. 9 Конвенции закреплено право на уважение личной и семейной тайны, в ст. 2 и 3 Хартии закреплены нормы, содержащие положения о праве каждого человека на использование благ современного информационного общества и о необходимости активного международного сотрудничества в данной сфере.

Что касается внутреннего законодательства, то в дополнение к упомянутым в России приняты федеральные законы «О связи»⁹ и «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹⁰ (2003 г. и 2006 г. соответственно). В статье 1 Федерального закона «О связи» декларируется защита интересов пользователей и хозяйствующих субъектов. В статье 2 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» свобода поиска, получения, передачи, производства и распространения информации утверждена как один из принципов правового регулирования отношений в сфере информации, информационных технологий и защиты информации, т. е. стала складываться полноценная взаимосвязанная система регулирования в инфосфере [Ловцов, Д.А., 2016, с. 46].

В марте 2019 г. в Гражданском кодексе Российской Федерации были определены цифровые права¹¹. При этом анализ дальнейшей эволюции российского законодательства показывает перемены в самих принципах правового регулирования отношений в информационном пространстве [Черных, А.М., 2018, с. 50]. В частности, изменения в Федеральном законе «О связи» (2017 г.) возложили обязанности осуществления проверки сведений об абоненте на оператора связи и закрепили его обязанность прекратить при поступлении соответствующего запроса от органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, оказание услуг связи абоненту в случае неподтверждения в течение

⁹ Федеральный закон от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ Федеральный закон от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

15 суток персональных данных фактических пользователей, указанных в абонентских договорах.

Были внесены изменения и в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», закрепляющие обязанность организатора распространения информации в сети Интернет осуществлять идентификацию пользователей по абонентскому номеру оператора подвижной радиотелефонной связи. Эти нововведения вызвали многочисленные правовые коллизии. Так, изменения в Федеральном законе «О связи» не способствуют защите интересов пользователей, т. е. противоречат самой цели Закона (ст. 1), а также не коррелируют со ст. 2 Конституции Российской Федерации, подменяя понятие «права и свободы человека» публично-правовым интересом государства, и со ст. 23 Конституции. Они вступают в конфликт с нормами международно-правовых актов (ст. 3 Окинавской хартии). Кроме того, фактически бессрочное лишение права на информацию при несоответствии фактических данных пользователя сведениям, указанным в абонентском договоре, не соответствует принципу баланса интересов, устраняя такого гражданина из информационной среды, несмотря на огромную значимость последней для нормального функционирования современной личности. Законодатель тем самым ограничивает гражданина в праве на труд и на доступ к культурным и информационным благам.

В результате в России были заблокированы крупнейшие международные сервисы LinkedIn Wechat, Blackberry Messenger, онлайн-рации Zello; причиной послужил отказ их владельцев предоставить Роскомнадзору сведения, необходимые для внесения их в реестр ОРИ¹².

Остается надеяться на принципы разумности и пропорциональности, с опорой на которые современные отечественные судебные органы и Роскомнадзор (несмотря на отсутствие у него полномочий по осуществлению правосудия) смогут избежать в дальнейшем принятия нелепых решений [Испоинов, А.С., 2017, с. 50]. На одной чаше весов оказались основополагающие права и свободы человека (ст. 2, 23, 24, 29 Конституции России), а на другой – предполагаемые цели: борьба с терроризмом, обеспечение государственной безопасности и формальные предписания закона. Заметим, что принцип приоритета прав и свобод человека признан на высшем, конституционном уровне: ст. 2 Конституции не допускает, в отличие от ряда других положений, каких-либо изъятий при его осуществлении. Поэтому мы приходим к выводу, что в данном случае имеет место незаконная блокировка серви-

¹² URL: <https://meduza.io/news/2016/11/17/v-rossii-zablokirovali-linkedin>, <https://vc.ru/flood/23643-rkn-wechat-block>, <https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2017/05/03/688439-roskomnadzor-zablokiroval>, <https://www.svoboda.org/a/29120937.html>

сов, решение о применении которой не соответствует критерию пропорциональности. К тому же со стороны владельцев данных сервисов и их пользователей отсутствуют нарушение общественной нравственности, покушение на основы конституционного строя, попираание прав и свобод других лиц.

Для сравнения приведем несколько дел.

Верховный Суд Израиля, несмотря на наличие в этой стране перманентной террористической угрозы, полагает, что возможное совершение правонарушений, посягательств на общественную безопасность не может приводиться в качестве аргумента для попираания основных прав и свобод человека¹³. Правоохранительные органы в данном случае должны для обеспечения общественной безопасности, предотвращения актов терроризма опираться на меры превентивного характера.

При решении дела гражданина Дмитриевского (Dmitriyevskiy v. Russia) Европейский Суд по правам человека отметил, что Россия действительно столкнулась с необходимостью борьбы с терроризмом в Чечне, однако ограничения права на свободу выражения мнений под таким предлогом являются непропорциональными¹⁴.

В случае с блокировкой BlackBerry Messenger и Zello судебные органы не учли, помимо прочего, тот факт, что без наличия беспрепятственного доступа к данному ресурсу владельцы смартфонов этого бренда не смогут с надлежащей эффективностью и по своему усмотрению использовать свой девайс, что нарушает положения п. 2 ст. 35 Конституции России. В случае с блокировкой онлайн-рации Zello, использовавшейся, по данным Роскомсвободы, бастовавшими дальнбойщиками в качестве средства связи, судебные органы фактически допустили нарушение целого ряда конституционных прав и свобод.

Да и технически, как указывалось выше, подобные блокировки не могут быть осуществлены в полном объеме, что лишний раз указывает на неэффективность проецирования традиционных методов правового регулирования на цифровое пространство отдельно взятой страны.

В Китае, например, власти, заблокировавшие большинство западных сервисов, не решились на блокировку браузера Safari из-за его исключительной важности для адекватного функционирования популярных в этой стране девайсов Apple¹⁵.

Кроме того, право может играть и деструктивную роль политического инструмента, выступая средством создания угрозы для деятельности таких компаний, как WhatsApp, Facebook, Messenger, Viber и Telegram.

¹³ URL: <https://supreme.court.gov.il/sites/en/Pages/Community.aspx>

¹⁴ ECtHR. Dmitriyevskiy v. Russia. § 87–88, 116–118.

¹⁵ URL: <https://vc.ru/future/37403-za-stenoy-kak-kitayskiy-internet-razvivaetsya-posle-blokirovok-inostrannyh-servisov>

Подобный подход недопустим для демократического правового государства и нарушает не только права и свободы человека, но и принцип равенства положения хозяйствующих субъектов, осуществляющих свою деятельность в цифровом пространстве.

Результаты исследования

Государства, предпочитающие авторитарные методы регулирования отношений в собственном цифровом пространстве (Китай, Саудовская Аравия, Иран и др.), шагая вместе с цифровыми гражданами к краю цифровой ямы, фактически провоцируют холодную войну между сетевыми гражданами и специализированными государственными органами, заведомо становясь аутсайдером такого конфликта, косвенно порождая популяризацию образа хакера. Современные технические средства и ежегодный многократно растущий объем обмена информацией практически не оставляют государству шансов одержать победу в этом противостоянии [Федосеев, С.В., 2018, с. 53].

В связи с этим весьма примечательным документом является Экспертное заключение рабочей группы федерального уровня по результатам рассмотрения общественной инициативы об отмене так называемого «Закона Яровой». Эксперты группы, выдвигая аргументы против отмены Закона, отмечают проблему противодействия международному терроризму, использования террористическими организациями цифровых технологий и средств. Они же упоминают и действующую в настоящее время Директиву ЕС (2006 г.) о хранении данных, полученных или обработанных в связи с предоставлением общественно доступных услуг электронных коммуникаций или публичных сетей связи, которой установлено требование хранить в течение не менее чем шести месяцев сведения о фактах приема, передачи, доставки или обработки информации. При этом члены экспертной группы не учли факт признания данной Директивы неконституционной конституционными судами Германии, Италии ряда других стран, а также принятия в большинстве зарубежных стран модели, прямо ей противоречащей [Hoofnagle, C.J., Sloot, B. van der and Borgesijs, F.Z., 2019, p. 90].

Правоохранительным органам, в компетенцию которых входит обеспечение информационной безопасности Российской Федерации, следовало бы вначале разработать ряд превентивных мер по борьбе с терроризмом и только при неэффективности этих мер инициировать законодательные новеллы, в столь значительной степени ограничивающие основные права и свободы человека. Предположения экспертов о развитии отечественных цифровых продуктов также вряд ли можно назвать обоснованными, учитывая рост хозяйственных издержек по причине увеличения объемов трафика. Фактически экспертное заключение рекомендует проводить недифференцированный сбор информации о

цифровых действиях неограниченной категории лиц, что является несоразмерным ограничением цифровых прав граждан, не говоря уже о материальном ущербе, нанесенном операторам связи.

Обсуждение и заключение

Подводя итоги, отметим, что направление развития конституционно-правового регулирования в исследуемой сфере пока остается малоэффективным. Представляется необходимым устранить возможные правовые коллизии, учесть особенности объекта правового регулирования в данной сфере и важность права на информацию для современной личности. Вместе с тем в развитии законодательства следует учитывать сложившиеся принципы правового регулирования в данной сфере, делегирование интернет-сообществу полномочий по саморегуляции цифровых отношений, установление правовых основ международного сотрудничества в сфере информационного взаимодействия, правовое и техническое содействие возможному формированию цифрового региона в границах СНГ.

На последнем положении следует остановиться особо. Учитывая степень эффективности и агрессивности политики американской цифровой экспансии, весь мир в скором будущем может превратиться в интегрированный цифровой регион под эгидой США. Применительно к России можно говорить о возникновении некоторых правовых (Конвенция Содружества СНГ о правах и свободах человека, активное совместное экономическое взаимодействие, в том числе и в технологической сфере) и информационных основ создания информационного региона СНГ с главенствующей ролью Российской Федерации. Эта задача реально выполнима, и на ней следовало бы сосредоточить усилия.

В качестве других неотложных задач укажем на необходимость законодательного закрепления понятия «Интернет», разработки федерального закона о регулировании оборота криптовалют.

Представляется целесообразным введение понятия «цифровой проступок», предусматривающего отсутствие уголовного наказания за мелкие правонарушения, совершенные в цифровом пространстве. Это будет способствовать снижению интенсивности уголовного преследования (по данным правозащитной организации «Международная Агора», в России уголовному преследованию за подобные правонарушения подверглись сотни человек, в том числе за 2018 г. к реальному лишению свободы осудили как минимум 19 пользователей ВКонтакте, по 2 пользователя YouTube и Telegram и по 1 – Facebook и «Одноклассников»¹⁶).

¹⁶ URL: [https://www.agora.legal/articles/Doklad-Mezhdunarodnoi-Agory-"Svoboda-interneta-2018-delegirovanie-repressiy"/18](https://www.agora.legal/articles/Doklad-Mezhdunarodnoi-Agory-)

Следует отказаться от практики введения императивных запретов. Цифровые технологии в практической деятельности правоохранительных органов эффективно использовать с учетом опыта работы Норвежского совета и других научно-консультативных учреждений, функционирующих в европейских странах.

Необходимыми представляются отмена антиконституционных правовых норм, а также повышение качества подготовки законопроектов. При осуществлении законопроектной деятельности нужно учесть специфические особенности цифрового пространства, сделать акцент на установлении основных норм взаимодействия цифровых субъектов, ликвидации цифровой ямы между многими сетевыми гражданами и государством, обеспечивая при этом законодательно защиту информации, критически важной для безопасности государства [Белин, А.В. и Ващекин, А.Н., 2019, с. 36].

Учитывая глобальный характер многих проблем, возникающих в информационной сфере, полезное воздействие на их решение может оказать активизация международного сотрудничества. Регулирующие меры, направленные на обеспечение безопасности критически важной инфраструктуры государства, мониторинг, пресечение преступлений и других противоправных деяний, с сохранением условий для комфортного взаимодействия различных субъектов цифрового пространства должны стать фундаментом цифрового суверенитета Российской Федерации. Развитие законодательства в числе других задач должно иметь целью решение насущных проблем реальных и цифровых граждан, недопущение попыток отрезать их от привычных информационных потоков и навязать чуждые им источники информации. В случае успешного продвижения в этом направлении правовое регулирование цифрового пространства станет антропоцентричным и более сбалансированным. При разрешении судебных споров, касающихся цифровых технологий, необходимо проводить консультации с профильными техническими специалистами, ибо работники судебных органов, осознавая проблему в целом, часто не могут в полной мере учитывать специфику цифровых технологий. Важнейшим направлением в связи с этим является подготовка квалифицированных кадров в исследуемой области, которая осознана уже давно, но реализуется в недостаточной степени. Практическое решение этой проблемы позволит обеспечить успешный поворот юридического образования в информационной области в прикладном направлении.

Список использованной литературы

Ахмадеев Р.Г., Косов М.Е. Интеграционные проекты при управлении социальными процессами в международном предпринимательстве

тельстве // *Мировая экономика: проблемы безопасности*. 2017. № 3. С. 12–15.

Бегларян М.Е., Пичкуренко Е.А. Проблемы формирования информационно-правового пространства России // *Экономика. Право. Печать. Вестник КСЭИ*. 2014. № 3–4. С. 68–73.

Белин А.В., Ващекин А.Н. О проблеме дифференциации коммерческой, служебной и иной охраняемой законом тайны // *Российское правосудие*. 2019. № 6. С. 32–41.

Борисов Р.С. Аппаратно-ориентированная модель взаимодействия открытых систем // *Электротехнические и информационные комплексы и системы*. 2011. Т. 7. № 1. С. 21–25.

Ващекин А.Н., Ващекина И.В. Информационное право: прикладные задачи и математические методы // *Информационное право*. 2017. № 3. С. 17–21.

Ващекин А.Н., Шевченко Д.И. Обмен информацией в профессиональной деятельности юриста: исследование особенностей коммуникативной деятельности // *Правовая информатика*. 2018. № 1. С. 23–31.

Ващекина И.В. О распространении технологий электронного документооборота в Российской Федерации // *Инновационное развитие Российской экономики: IX Междунар. науч.-практ. конф. / Мин-во образ. и науки Российской Федерации, Российский экон. ун-т им. Г.В. Плеханова, Российский гуманит. науч. фонд. М. : 2016. С. 24–26.*

Ващекина И.В. Федеральный закон «О потребительском кредите (займе)»: новый уровень информационных отношений между кредитором и заемщиком // *Вестник Российского экономического университета имени Г.В. Плеханова*. 2014. № 11. С. 39–47.

Ващекина И.В., Ващекин А.Н. Применение риск-ориентированного подхода при организации противодействия отмыванию нелегальных доходов в российской практике // *Наука и практика*. 2018. № 3. С. 61–69.

Ершов В.В., Ловцов Д.А. Концепция непрерывной информационной подготовки юриста // *Информационное право*. 2007. № 3. С. 29–34.

Иохин В.Я., Мартынчук О.И. О некоторых аспектах процесса постиндустриализации // *Экономический вестник Ростовского государственного университета*. 2006. № 3. С. 60–63.

Исполинов А.С. Приоритет права Европейского Союза и национальная конституционная идентичность в решениях суда ЕС и конституционных судов государств – членов ЕС // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2017. № 4 (119). С. 47–68.

- Корнев В.Н. Эволюция доктрины принципов права в отечественной юридической науке // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 1. С. 64–70.
- Косова Л.Н., Федосеева И.В. Управление бизнес-процессами, конкурентные преимущества полиграфических организаций в условиях вызова современного информационного рынка // Полиграфист. В помощь руководителю и главному бухгалтеру. 2013. № 2. С. 62–68.
- Косова Ю. А. Классификация искажений информации в бизнес-процессах и методика их устранения // Экономический анализ: теория и практика. 2011. № 28. С. 58–64.
- Ловцов Д.А. Системология правового регулирования информационных отношений в инфосфере : моногр. М. : РГУП, 2016. 316 с.
- Ниссов В.А. Систематизация законодательства в сфере защиты информации судопроизводства // Проблемы информационной безопасности. Компьютерные системы. 2014. № 4. С. 126–132.
- Погорелова М.А. Конституционное право граждан на информацию в Российской Федерации: проблемы правового регулирования и реализации // Вестник Тамбовского университета. Сер.: Гуманитарные науки. 2009. № 12 (80). С. 382–386.
- Танимов О.В., Шевченко А.Р. Цифровое право: основные существенные аспекты // Российская юстиция. 2019. № 10. С. 6–9.
- Терентьева Л.В. Понятие киберпространства и очерчивание его территориальных контуров // Правовая информатика. 2018. № 4. С. 66–71.
- Терентьева Л.В. Сетевое пространство и государственные границы: вопросы юрисдикции в сети Интернет // Право: Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 1. С. 63–68.
- Тропская С.С. Финансовый рынок в условиях развития цифровой экономики (финансово-правовой аспект) // Финансовое право. 2018. № 8. С. 28–33.
- Федосеев С.В. Применение современных технологий больших данных в правовой сфере // Правовая информатика. 2018. № 4. С. 50–58.
- Фешина С.С., Славянов А.С. Цифровизация экономики: проблемы и последствия // Экономика и управление: проблемы, решения. 2018. Т. 7, № 5. С. 159–163.
- Царькова Е.В. Оптимизация «цифровой» экономики: анализ чувствительности и информационной неопределенности // Правовая информатика. 2018. № 3. С. 16–24.

Черных А.М. Основные направления интеграции федеральных государственных информационных систем и пространственных данных // Правовая информатика. 2018. № 2. С. 47–56.

Anisimov A.P., Ryzhenkov A.J., Kozhemyakin D.V. Theory and practice of protection of personal names in the domain space or “renewed” cybersquatting (in terms of the states of Eastern Europe) // Information & Communications Technology Law. 2015. Vol. 24, issue 1. P. 104–117.

Hoofnagle C.J., Sloot B. van der, Borgesius F.Z. The European Union general data protection regulation: what it is and what it means // Information & Communications Technology Law. 2019. Vol. 28, No. 1. P. 65–98.

Salakhova V.B., Tkhuго M.M., Salamova L.F., Poleyaya M.V., Pozharskaya E.L. Integration Resources of the personality in the context of human existence mods // Man in India. 2017. T. 97. No. 9. C. 121–130.

Scott C., Cafaggi F., Senden L. The conceptual and constitutional challenge of transnational private regulation // Journal of Law and Society. 2011. Vol. 38, issue 3. P. 181–188.

Tushnet M. Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power // International Journal of Constitutional Law. 2015. Vol. 13, issue 3. P. 639–654.

References

Akhmadeev, R.G. and Kosov, M.E., 2017. Integration projects in the management of social processes in international entrepreneurship. *Mirovaya ehkonomika: problemy bezopasnosti* = [World Economy: Security Problems], 3, pp. 12–15. (In Russ.)

Anisimov, A.P., Ryzhenkov, A.J. and Kozhemyakin, D.V., 2015. Theory and practice of protection of personal names in the domain space or “renewed” cybersquatting (in terms of the states of Eastern Europe). *Information & Communications Technology Law*, 24(1), pp. 104–117. (In Eng.)

Beglaryan, M.E. and Pichkurenko, E.A., 2014. [Problems of formation of information and legal space of Russia]. *Ehkonomika. Pravo. Pechat'. Vestnik KSEI* = [Economy. Right. Print. Bulletin of the KSEI], 3–4, pp. 68–73. (In Russ.)

Belin, A.V. and Vashchekin, A.N., 2019. On the problem of differentiation of commercial, official and other secrets protected by law. *Rossiyskoye pravosudiye* = [Russian Justice], 6, pp. 32–41. (In Russ.)

Borisov, R.S., 2011. [Hardware-oriented model of interaction of open systems]. *Elektrotekhnicheskiye i informatsionnyye kompleksy i sistemy* = [Electrotechnical and Information Complexes and Systems], 7(1), pp. 21–25. (In Russ.)

Chernykh, A.M., 2018. [The Basic direction of integration of Federal state information systems and spatial data]. *Pravovaya informatika* = [Legal Informatics], 2, pp. 47–56. (In Russ.)

Ershov, V.V. and Lovtsov, D.A., 2007. Concept of continuous information training of a lawyer. *Informacionnoe pravo* = [Information Law], 3, pp. 29–34. (In Russ.)

Fedoseev, S.V., 2018. Application of modern big data technologies in the legal sphere. *Pravovaya informatika* = [Legal Informatics], 4, pp. 50–58. (In Russ.)

Feshina, S.S. and Slavyanov, A.S., 2018. Digitalization of the economy: problems and consequences. *Ehkonomika i upravlenie: problemy, resheniya* = [Economics and Management: Problems, Solutions], 7(5), pp. 159–163. (In Russ.)

Hoofnagle, C.J., Sloot, B. van der and Borgesius, F.Z., 2019. The European Union general data protection regulation: what it is and what it means. *Information & Communications Technology Law*, 28(1), pp. 65–98. (In Eng.)

Iokhin, V.Ya. and Martynchuk, O.I., 2006. On some aspects of the process of post-industrialization. *Ehkonomicheskij vestnik Rostovskogo gosudarstvennogo universiteta* = [On Some Aspects of the Process of Post-industrialization], 3, pp. 60–63. (In Russ.)

Ispolinov, A.S., 2017. Prioritet prava Evropejskogo soyuza i nacional'naya konstitucionnaya identichnost' v resheniyah suda ES i konstitucionnyh sudov gosudarstv – chlenov ES. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie* = [Comparative Constitutional Review], 4, pp. 47–68. (In Russ.)

Kornev, V.N., 2018. Evolution of the doctrine of principles of law in the Russian legal science. *Yuridicheskaya nauka i praktika: Vestnik Nizhegorodskoj akademii MVD Rossii* = [Legal Science and Practice: Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia], 1, pp. 64–70. (In Russ.)

Kosova, L.N. and Fedoseeva, I.V., 2013. Business process management, competitive advantages of printing organizations in the context of the challenge of the modern information market. *Poligrafist. V pomoshch' rukovoditelyu i glavnomu buhgalteru* = [Polygraphist. To Help the Manager and Chief Accountant], 2, pp. 62–68. (In Russ.)

Kosova, Yu.A., 2011. [Classification of information distortions in business processes and methods of their elimination]. *Ekonomicheskij*

analiz: teoriya i praktika = [Economic Analysis: Theory and Practice], 28, pp. 58–64. (In Russ.)

Lovtsov, D.A., 2016. *Sistemologiya pravovogo regulirovaniya informatsionnykh otnosheniy v infosfere* = [Systemology of legal regulation of information relations in the Infosphere]. Monograph. Moscow: RGUP. (In Russ.)

Niesov, V.A., 2014. Systematization of legislation in the sphere of protection of information procedure. *Problemy informacionnoj bezopasnosti. Komp'yuternye sistemy* = [Problems of Information Security. Computer System], 4, pp. 126–132. (In Russ.)

Pogorelova, M.A., 2009. Constitutional right of citizens to information in the Russian Federation: problems of legal regulation and implementation. *Vestnik Tambovskogo universiteta. Ser.: Gumanitarnye nauki* = [Bulletin of Tambov University. Series: Humanities], 12, pp. 382–386. (In Russ.)

Salakhova, V.B., Tkhugo, M.M., Salamova, L.F., et al., 2017. Integration Resources of the personality in the context of human existence mods. *Man in India*, 97(9), pp. 121–130. (In Eng.)

Scott, C., Cafaggi, F. and Senden, L., 2011. The conceptual and constitutional challenge of transnational private regulation. *Journal of Law and Society*, 38(3), pp. 181–188. (In Eng.)

Tanimov, O.V. and Shevchenko, A.R., 2019. Digital right: the main essential aspects. *Rossiyskaya yustitsiya* = [Russian Justice], 10, pp. 6–9. (In Russ.)

Terent'eva, L.V., 2010. Networked space and state borders: issues of jurisprudence on the Internet. *Pravo: Zhurnal Vysshej shkoly ehkonomiki* = Law: Journal of the Higher School of Economics, 1, pp. 63–68. (In Russ.)

Terent'eva, L.V., 2018. The concept of cyberspace and the delineation of its territorial contours. *Pravovaya informatika* = [Legal Informatics], 4, pp. 66–71. (In Russ.)

Tropskaya, S.S., 2018. Financial market in the conditions of digital economy development (financial and legal aspect). *Finansovoe pravo* = [Financial Law], 8, pp. 28–33. (In Russ.)

Tushnet, M., 2015. Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law*, 13(3), pp. 639–654. (In Eng.)

Tzarkova, E.V., 2018. Optimization of the “digital” economy: analysis of sensitivity and information uncertainty. *Pravovaya informatika* = [Legal Informatics], 3, pp. 16–24. (In Russ.)

Vashchekina, I.V., 2016. About the distribution of technologies of electronic document circulation in the Russian Federation. *Innova-*

cionnoe razvitie rossijskoj ehkonomiki: IX Mezhdunar. nauch.-prakt. konf = [The Innovative development of the Russian economy. IX international scientific and practical conference]. Moscow. Pp. 24–26. (In Russ.)

Vashchekina, I.V., 2014. The Federal law “On consumer credit (loan)”: a new level of information relations between the creditor and the borrower. *Vestnik Rossiyskogo ekonomicheskogo universiteta imeny G.V. Plekhanova* = [Bulletin of Plekhanov Russian University of Economics], 11, pp. 39–47. (In Russ.)

Vashchekin, A.N. and Shevchenko, D.I., 2018. Information exchange in the professional activity of a lawyer: research of the features of communicative activity. *Pravovaya informatika* = [Legal Informatics], 1, pp. 23–31. (In Russ.)

Vashchekin, A.N. and Vashchekina, I.V., 2017. Information law: applied problems and mathematical methods. *Informacionnoe pravo* = [Information Law], 3, pp. 17–21. (In Russ.)

Vashchekina, I.V. and Vashchekin, A.N., 2018. Application of a risk-based approach in the organization of anti-money laundering in the Russian practice. *Nauka i praktika* = [Science and Practice], 3, pp. 61–69. (In Russ.)

Информация об авторах / Information about the authors:

Ващекин Андрей Николаевич, профессор кафедры информационного права, информатики и математики ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), кандидат экономических наук, доцент [**Andrey N. Vashchekin**, Professor of Information Law, Informatics and Mathematics Department, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Cand. Sci. (Economy), Associate Professor]. E-mail: vashchekin@mail.ru

Дзедзинский Артур Вячеславович, юрист благотворительного Фонда помощи заключенным и их семьям «Русь сидящая» (129323, Россия, г. Москва, пр-д Серебрякова, д. 3, помещ. 3) [**Arthur V. Dzedzinsky**, Lawyer of Charitable Foundation for Assistance to Prisoners and their families (3, room 3 Serebryakova St., Moscow, 129323, Russia)]. E-mail: arturdzedzinskii40@gmail.com

Решение собрания участников непубличного общества: понятие и виды

В.К. Андреев*, В.А. Кондратьев*

* ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия
rajandreevsk@gmail.com, vakondratiev@bk.ru

Введение. В статье исследуются особенности проведения общих собраний участников непубличных хозяйственных обществ, в частности рассматриваются вопросы о месте решений собраний в системе юридических фактов, их соотношения со сделкой и договором. Рассматривается возможность применения цифровых технологий при принятии решений. *Теоретические основы. Методы.* Статья основывается на анализе норм позитивного права, прежде всего Гражданского кодекса Российской Федерации и законов о хозяйственных обществах.

Результаты исследования. Авторы делают основополагающий вывод: исходным началом в деятельности непубличного общества является приобретение и осуществление своих гражданских прав и исполнение обязанностей, а не правоотношение, включающее в себя гражданские права и гражданские обязанности как его необходимый элемент. Кроме того, решение собрания, несмотря на наличие ряда общих признаков, не является сделкой. Решение собрания, выступая актом индивидуального регулирования, фактически является актом юридического лица, а не решением сообщества. Авторами предложена классификация решений собраний хозяйственных обществ: в зависимости от способа их принятия – на принимаемые всеми участниками общества единогласно; решения собрания участников общества, принимаемые большинством, в том числе квалифицированным большинством голосов; решения собрания участников общества по изменению его устава, реорганизации и ликвидации общества, требующие государственной регистрации в Едином государственном реестре юридических лиц. Решение собрания может быть принято как в очной форме, так и в заочной, либо очно-заочной, при этом решение собрания, принятое в заочной форме, будет действительным, несмотря на отсутствие специального документа, устанавливающего порядок его принятия.

Обсуждение и заключение. Решения собраний – это действия участников хозяйственного общества, направленные на возникновение правовых последствий, включая возникновение гражданских прав и обязанностей, в случаях, указанных в законе, и обязательные для всех лиц, имеющих право участвовать в данном собрании, а также иных лиц, когда это указано в законе или вытекает из существа отношений.

Ключевые слова: решение собрания, хозяйственное общество, корпоративные права, предпринимательская деятельность, сделка, форма собрания

Для цитирования: Андреев В.К., Кондратьев В.А. Решение собрания участников непубличного общества: понятие и виды // Правосудие. 2020. Т. 2, № 2. С. 148–169. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.148-169

The Decision of the General Meeting of Members in a Non-Public Business Company: Concept and Types

Vladimir K. Andreev*, Vladimir A. Kondratiev*

* Russian State University of Justice, Moscow, Russia

For correspondence: rajandreevkv@gmail.com, vakondratiev@bk.ru

Introduction. The article examines the features of holding general meetings of members in non-public business companies, in particular questions about the place of decisions of general meeting in the system of legal facts, their relationship with the deal and the contract. The ability to use digital technology in decision making.

Theoretical Basis. Methods. The article is based on an analysis of the norms of positive law, primarily the Civil Code and the Laws on Company Business.

Results. The authors conclude that the starting point in the activities of a non-public business company is the acquisition and exercise of their civil rights and the fulfilment of duties, and not a legal relationship that includes civil rights and civil duties as a necessary element. In addition, the decision of a general meeting, despite having many features in common, is not a deal. The decision of a general meeting, acting as an act of individual regulation, is in fact an act of a legal entity, and not a decision of the business community. The authors proposed a classification of decisions of meetings of business entities, depending on the method of their adoption, the possibilities being: the unanimously adoption by all participants of the company; decisions of the meeting of members of a company being adopted by a majority, or a qualified majority, of votes; decisions of the meeting of members of a company to change its charter, reorganization and liquidation of the company, requiring state registration in the unified state register of legal entities. The decision of a general meeting can be made either in person or in absentia, or a combination of the two. The decision of the meeting adopted in absentia will be valid, despite the absence of any special document establishing the procedure for its adoption.

Discussion and Conclusion. Decisions of general meetings are actions of participants in a business company concerning legal consequences, including civil rights and obligations, in cases specified by law, and binding on all persons entitled to participate in the meeting, as well as other persons, whether required by law or having some other involvement.

Keywords: the decision of the general meeting, business company, corporate rights, entrepreneurial activity, the deal, the form of meeting

For citation: Andreev, V.K. and Kondratiev, V.A., 2020. The decision of the general meeting of members in a non-public business company: concept and types. *Pravosudie = Justice*, 2(2), pp. 148–169. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.148-169

Введение

В российской науке гражданского права имеются правовые понятия, которые нельзя рассматривать отдельно, в отрыве от других явлений, поскольку они появились недавно вследствие расширения гражданско-правового регулирования. Новое правовое явление несет в себе черты старого, хотя и отражает в качестве принципиального положения какую-то черту, не являющуюся новой для других отраслей, подразделений системы права. Решения собраний как раз и выступают в качестве такого института гражданского права, хотя ранее они упоминались в законах о хозяйственных обществах. Глава 9.1 Гражданского кодекса Российской

Федерации (ГК РФ) устанавливает лишь общие правила о решениях собраний, прямо указывая, что они применяются, если законом или в установленном им порядке не предусмотрено иное (п. 1 ст. 181.1 ГК РФ).

Между тем на сегодняшний день вопрос о правовой природе решений собраний остается не до конца раскрытым в литературе, что порождает определенные сложности, связанные с возможностью применения к решениям собраний норм иных институтов, в частности о сделках и договорах. Кроме того, важное значение как с теоретической, так и с практической точки зрения имеет классификация собраний, в частности особенности принятия решений в заочной форме с использованием технических средств передачи информации.

ГК РФ включает в себя массивы норм трех отраслей законодательства – собственно гражданского, предпринимательского и корпоративного. При использовании определения понятия раздела IV ГК РФ очевидно, что основное гражданско-правовое отношение (отнюдь не равнозначное гражданскому правоотношению) относится к имущественным и личным неимущественным отношениям, основанным на равенстве сторон, автономии воли и имущественной самостоятельности участников. В системе отношений, регулируемых гражданским законодательством, специально выделяются отношения лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность на свой риск с целью получения прибыли от пользования имуществом, что повлекло за собой выделение среди юридических лиц коммерческих организаций, а среди граждан – индивидуальных предпринимателей. Такое законодательное решение создало некоторые трудности в определении их правового положения, поскольку к индивидуальным предпринимателям применяются правила ГК РФ, которые регулируют деятельность коммерческих организаций, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения (п. 3 ст. 23 ГК РФ). В самом деле, индивидуальному предпринимателю, а также руководителю малого предприятия (последнее в одноименном законе прямо называется субъектом предпринимательства) невозможно правильно и эффективно разобраться, какие нормы применяются к работе созданного им (ими) правосубъектного образования.

Теоретические основы. Методы

Переходя непосредственно к изучению решения собрания участников непубличного общества, в основу нашего исследования положим нормы ГК РФ и Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»¹ (далее – Закон об ООО). Юридическая наука сводит существующие нормы права в систему юридических понятий, необходимую для научной обработки и применения

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. № 7. Ст. 785.

права. Следует согласиться с мнением Ю.С. Гамбарова, что отделять юридические понятия от юридических норм – значит допускать чудовищную нелепость: последние обуславливают первые, если между теми и другими возникают разногласия, то первые оказываются на стороне обуславливающей нормы, а не обуславливаемого ее понятия [Гамбаров, Ю.С., 2003, с. 165]. Юридические понятия и термины должны основываться на действующем отечественном законодательстве и иных формах права, а судебная практика – на современных нормах права, а не на судебных постановлениях, вынесенных в соответствии с уже отмененным нормативным актом.

Результаты исследования

Включение в ГК РФ отношений, связанных с участием в корпоративных организациях или с управлением ими, значительно расширило зону действия гражданского законодательства. Отличие корпоративных отношений от договорных и иных обязательств выражается в том, что имущественные и личные неимущественные отношения получили дополнительные инструменты в их регулировании с помощью таких понятий, как решение собрания, устав непубличного общества, корпоративные права и обязанности участников корпорации, управление в корпорации, ответственность лица, уполномоченного выступать от имени юридических лиц. Изменения, внесенные Федеральным законом от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»² в главу 4 ГК РФ, сопровождаются значительными изменениями объемного корпоративного законодательства, прежде всего законов о хозяйственных обществах и ценных бумагах.

Рассмотрение решения собрания в случаях, предусмотренных законом, в качестве основания возникновения гражданских прав и обязанностей и иных гражданско-правовых последствий повлекло за собой необходимость изучения этого правового явления.

От оснований возникновения гражданских прав и обязанностей, называемых в теории права юридическими фактами, следует отличать факты, имеющие юридическое значение, порядок установления которых предусмотрен главой 27 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (АПК РФ). Арбитражный суд устанавливает факты, имеющие юридическое значение для возникновения, изменения или прекращения прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, в частности факты владения и пользования юридиче-

² Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. № 19. Ст. 2304.

ским лицом недвижимым имуществом как своим собственным. В этом и в других случаях юридическое лицо вправе обратиться с соответствующим заявлением, только если у заявителя отсутствует возможность получить или восстановить надлежащие документы, удостоверяющие эти факты, и если федеральным законом или иным нормативным актом не предусмотрен иной внесудебный порядок установления соответствующих фактов (п. 1 ст. 219 АПК РФ).

А.В. Аргунов отмечает, что «цель производства по делам об установлении юридических фактов стала пониматься в более широком аспекте – не просто восполнить недостаток полномочий конкретных несудебных органов, а служить формой защиты законных прав и интересов, нарушенных неопределенностью правового положения заявителя ввиду отсутствия доказательств тех или иных юридических фактов» [Аргунов, А.В., 2019, с. 30]. Заявители через судебные решения могут легализовывать имущество, подавать заявления с целью получить решение суда, обладающее преюдициальной силой, и использовать его в другом судебном процессе и т. д.

В литературе дискутируется вопрос: защищает ли заявитель в суде свой значимый интерес в подтверждение конкретного факта, либо правоприменительное решение несудебного органа только оформляет существующее и без него правоотношение – ведь оно возникает в связи с наличием юридического факта, т. е. в этих случаях идет рассуждение о понятиях «спор о праве» или «спор о факте». Эта проблема не была решена окончательно, до настоящего времени этот вопрос вызывает трудности и у практиков [Аргунов, А.В., 2019, с. 29]. Представляется, что суды должны принимать заявления к рассмотрению с учетом уже упомянутой ст. 219 АПК РФ, принимая во внимание действующее законодательство. С учетом содержания п. 1 ст. 26 Закона об ООО (в ред. Федерального закона от 30 марта 2015 г. № 67-ФЗ) суду нет необходимости рассматривать заявление об установлении факта выхода из состава участников ООО, поскольку выход участника из общества должен быть нотариально удостоверен по правилам, предусмотренным законодательством о нотариате для удостоверения сделок.

Представляется, что суд, устанавливая имеющий место тот или иной факт, попутно определяет те или иные основания для его возникновения, изменения или прекращения прав юридического лица (индивидуального предпринимателя), а решение суда является основанием для возникновения гражданских прав и обязанностей. Такой вывод следует из сопоставления подп. 3 п. 1 ст. 8 ГК РФ и упомянутой ст. 219 АПК РФ. С теоретической точки зрения решение суда является результатом индивидуального регулирования.

Как известно, в уставе юридического лица, утвержденном учредителями (участниками), в качестве обязательного элемента должен быть отражен порядок управления его деятельностью. В ГК РФ и Законе о хозяй-

ственных обществах и ранее содержались нормы (разделы) об управлении в обществе, однако управление корпоративными организациями не рассматривалось как одно из отношений, регулируемых гражданским законодательством. Более того, новая редакция ч. 1 п. 1 ст. 2 и ст. 65.3 ГК РФ дает основание утверждать, что управление корпоративными организациями осуществляется не только высшим органом – общим собранием участников (членов) корпорации, но и другими органами, прежде всего исполнительными (единоличными и коллегиальными), а также коллегиальным органом управления. Управление в корпорации, или, используя широко распространенный термин, «корпоративное управление», представляет собой всю упомянутую систему органов, представленную как органами юридического лица (единоличные и коллегиальные исполнительные органы и коллегиальный орган управления), так и высшим органом – общим собранием участников корпорации.

Примечательно, что включение корпоративных отношений в предмет гражданско-правового регулирования сопровождалось расширением перечня оснований возникновения гражданских прав и обязанностей за счет решений собраний. Сами же решения собраний, порядок их принятия, условия их действительности были урегулированы позже Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»³, посвященным значительным изменениям правового регулирования сделок и их недействительности. В этом Законе, в частности, было установлено общее правило, что сделка, нарушающая закон и иные правовые акты, является оспоримой, если из закона не следует, что должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделок (п. 1 ст. 168 ГК РФ) [Андреев, В.К., 2014b].

Понятие непубличного общества без всяких оговорок, что характерно для акционерного общества, применяется к обществу с ограниченной ответственностью, что позволяет по решению участников (учредителей) общества, принятому единогласно, включать в устав общества изменения в структуру его органов, их функции и компетенцию (ст. 66 ГК РФ).

Общество с ограниченной ответственностью – это организация, созданная одним или несколькими лицами, уставный капитал которой разделен на доли. Общество может иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных федеральными законами, если это не противоречит предмету и целям деятельности, определенно ограниченным уставом общества (ч. II п. 2 ст. 2 Закона об ООО). Господствующее в литературе мнение, что хозяйственные общества обладают общей правоспособностью (Е.А. Козина [Мозолин, В.П., ред., 2012, с. 146–147],

³ Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 19. Ст. 2327.

И.В. Елисеев [Толстой, Ю.К., ред., 2013, с. 152]), не основано на действующем законодательстве и не учитывает того обстоятельства, что сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с целями его деятельности, определенно ограниченными в его уставе, может быть признана судом недействительной (ст. 173 ГК РФ). Не следует смешивать объем гражданских прав и обязанностей, который может иметь юридическое лицо, с видами деятельности, которые оно вправе осуществлять.

Общество – это организация, состоящая из работников, высшего органа, исполнительных органов (единоличного и коллегиального), а также совета директоров – коллегиального органа управления. При подобном правовом регулировании статуса общества как юридического лица утверждать, что оно является фикцией, искусственным субъектом, – значит игнорировать основное начало гражданского законодательства: граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Как уже указывалось, предпринимательская деятельность заключается в получении прибыли от использования имущества, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг, в связи с ее осуществлением юридическое лицо может иметь гражданские права и нести обязанности. Итак, непубличное общество выступает в гражданском обороте как правовая форма субъекта предпринимательской и иной деятельности, совершая обмен произведенными товарами, работами и услугами с другими участниками производства и гражданами.

Общество имеет гражданские права в соответствии с целями его деятельности, определенными в уставе, и несет связанные с этой деятельностью обязанности. Гражданские права и обязанности общества возникают прежде всего из его действий – как предусмотренных законом и иными правовыми актами, так и не предусмотренных законом и такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождающих гражданские права и обязанности. Не конкретные жизненные обстоятельства, с которыми нормы права связывают возникновение, изменение и прекращение правоотношений, как утверждал С.С. Алексеев [Алексеев, С.С., 1999, с. 72], а действия граждан и юридических лиц являются основаниями возникновения гражданских прав и обязанностей. Событие является таким основанием лишь в случаях, с которыми закон или иной правовой акт связывает не правовую норму и гражданское правоотношение (Н.Д. Егоров [Толстой, Ю.К., ред., 2013, с. 105]), а норму права с субъективным гражданским правом или обязанностью гражданина или юридического лица, которое совершило соответствующие действия (заключило договор, приобрело имущество, создало произведение науки, литературы, искусства, изобретение и иные результаты интеллектуальной деятельности и т. п.). Иными юридическими действиями, не перечисленными в п. 1 ст. 8 ГК РФ, являются согласие на совершение сделки (ст. 157 ГК РФ) и юридически значимые

сообщения (ст. 165.1 ГК РФ). В названных нормах указывается, что соответствующие действия граждан и юридических лиц влекут гражданско-правовые последствия. Представляется необходимой теоретической разработкой вопроса о возможности использования юридически значимых сообщений для фиксации сигналов в информационных системах.

Непубличное общество как организация, осуществляя свою предпринимательскую деятельность, приобретает гражданские права и возлагает на себя гражданские обязанности через свои органы, действующие в соответствии с законом, иными правовыми актами и уставом. Свои обязанности юридическое лицо осуществляет через своих работников. Исходным началом в деятельности непубличного общества является приобретение и осуществление своих гражданских прав и исполнение обязанностей, а не правоотношение, включающее в себя гражданские права и гражданские обязанности как его необходимый элемент. Рассмотрение субъективных прав и юридических обязанностей как элементов правоотношения, признание первичным началом исследований придают роль гражданских прав и обязанностей гражданина или юридического лица как самостоятельной категории, не только существующей в правоотношении, но и являющейся первичной по отношению к нему.

Глава IV об управлении в обществе существовала с момента принятия Закона об ООО в 1998 г. Название ст. 65.3 ГК РФ снимает какие-либо вопросы о существовании управления в корпорации. Новое состоит в том, что решение собрания рассматривается как основание возникновения гражданских прав и обязанностей, а решения собрания участников юридического лица, в том числе и непубличного общества, трактуются ГК РФ как влекущие гражданско-правовые последствия действия гражданско-правового сообщества. Включение в ГК РФ норм о корпорациях и о решении собраний внесло неопределенность в понимание соотношения гражданских и корпоративных прав, соотношения гражданско-правового сообщества и высшего органа корпорации. Можно ли отождествлять с гражданскими правами корпоративного юридического лица корпоративные права его участников? Как соотносится решение общего собрания участников непубличного общества с его уставом, в котором, например, ограничен максимальный размер доли участника общества или возможность изменения соотношения долей участников? Действия участников, которые единогласно закрепили указанные выше ограничения, выражаются в единогласно принятом решении собрания участников (п. 3 ст. 14 Закона об ООО). Не напоминает ли такое решение многосторонний договор, в частности корпоративный? Тем более, если положения, предусмотренные п. 3 ст. 66.3 ГК РФ, не относятся к числу положений, подлежащих обязательному включению в устав непубличного общества, они могут быть предусмотрены корпоративным договором, сторонами которого являются все участники этого общества (п. 4 ст. 66.3 ГК РФ). В этих случаях участники обще-

ства вырабатывают устав общества – своего рода конституцию своей корпоративной деятельности. Договор об учреждении общества, определяющий размер и номинальную стоимость доли каждого из учредителей общества, представляется решением будущих участников, а не договором о совместной деятельности, как утверждается в литературе. Сведения о размере и номинальной стоимости доли каждого участника общества вносятся в Единый государственный реестр юридических лиц (п. 8 ст. 11 Закона об ООО). Решение о реорганизации и ликвидации общества принимается всеми участниками общества единогласно (ч. II п. 8 ст. 37 Закона об ООО).

Решение общего собрания участников общества, принятое всеми участниками общества единогласно, а также устав общества могут предусматривать иные права (дополнительные права) участника (участников) общества помимо прав, предусмотренных Законом об ООО. Дополнительные права, предоставленные определенному участнику общества в случае отчуждения его доли или части доли, к приобретателю не переходят (п. 2 ст. 8 Закона об ООО). Следовательно, решение об установлении дополнительных прав, включенное в устав общества, является источником корпоративных прав. Д.В. Ломакин считает, что источником корпоративных прав в акционерном обществе является решение о выпуске ценных бумаг, а не устав или корпоративный договор [Ломакин, Д.В., 2019, с. 270]. Действительно, конкретным решением о выпуске определяются права владельцев эмиссионных бумаг (подп. 3 п. 1 ст. 17 Закона о рынке ценных бумаг), но в уставе акционерного общества определяются и права акционеров, владельцев акций каждой категории (типа).

В нормах Закона об ООО предусматривается принятие решений, принимаемых учредителями общества единогласно (об учреждении общества, утверждении его устава либо о том, что общество действует на основании типового устава, утверждение денежной оценки ценных бумаг, других вещей или имущественных прав – п. 3 ст. 11 Закона об ООО). Во всех таких ситуациях можно говорить о согласованном договорном решении, т. е. учредители (участники) достигли соглашения о том, что максимальная доля у участника общества может быть, например, не более одной четверти уставного капитала. Если же учредители не достигли соглашения по этому вопросу, то общество не может быть создано. К решениям, принимаемым всеми участниками (учредителями) общества, можно применить теоретическое положение О.В. Гутникова о том, что отношения по управлению юридическим лицом являются по сути частноправовыми неимущественными, относительными отношениями власти и подчинения, построенными по методу частноправовой субординации, объектом которых является сам управляющий субъект [Гутников, О.В., 2018, с. 16]. Отметим, что такой характер носят только решения, единогласно принимаемые всеми участниками непубличного общества. В тех же решениях общего собрания участников

общества, принимаемых большинством голосов, согласительный порядок принятия решения собранием участников отсутствует. Строго говоря, о корпоративном управлении можно говорить лишь в этих случаях. В направлении «Совершенствование корпоративного управления» плана мероприятий «Трансформация делового климата», утвержденно распоряжением Правительства Российской Федерации от 17 января 2019 г. № 20-р, из шести мероприятий непубличным обществам посвящено только два. Реализация мероприятий по этому направлению предполагает усиление защиты миноритарных инвесторов по показателю «Защита миноритарных инвесторов в исследовании “Ведение бизнеса” Всемирного банка».

Другое дело, когда решение об утверждении устава общества, а также по иным вопросам, определенным уставом общества, принимается большинством не менее двух третей голосов участников общества, а по другим вопросам – вообще простым большинством (п. 8 ст. 37 Закона об ООО). Закрепленный уставом общества максимальный размер доли участника общества не может быть изменен в случае продажи либо иного отчуждения доли или части доли ему другим участником данного общества, если такая возможность не предусмотрена в уставе данного общества либо не получено согласие других участников.

Тем не менее проблема соотношения устава общества и решения общего собрания участников общества, его утвердившего, остается. Можно признать, что решение собрания является актом индивидуального регулирования непубличного общества, а устав общества выступает как правовой акт, подлежащий применению не только его участниками, но и третьими лицами. Более того, общее собрание участников корпорации принимает решения, регулирующие внутреннюю деятельность общества. Участники непубличного общества вправе утверждать регулирующий корпоративные отношения и не являющийся уставом внутренний регламент и иные внутренние документы юридического лица (п. 5 ст. 52 ГК РФ). Таким образом, можно выделить три вида решения общего собрания участников общества: согласованные договорные решения, устанавливающие корпоративные права и обязанности участников общества по отношению друг к другу и к обществу в целом, принимаемые всеми участниками общества единогласно; решения собрания участников общества, принимаемые большинством, в том числе квалифицированным, голосов; решения собрания участников общества по изменению его устава, реорганизации и ликвидации общества, требующие государственной регистрации в Едином государственном реестре юридических лиц.

Решение как основание возникновения гражданских прав и обязанностей, а также как порождение иных гражданско-правовых последствий неразрывно с органом, его принимающим, т. е. общим собранием участников корпорации, высшим ее органом.

В литературе не признается правосубъектный характер общего собрания акционеров (участников), а утверждается, что его образование происходит в силу юридического факта – владения участниками собрания акциями (долями) хозяйственного общества. Под компетенцией общего собрания акционеров (участников) следует понимать допустимый законом, а применительно к непубличным обществам – также и уставом перечень вопросов, по которым общее собрание правомочно принимать решения (И.С. Шиткина [Шиткина, И.С., ред., 2018, с. 185]).

ГК РФ предусматривает, что общее собрание участников является высшим органом корпорации, и тем самым включает его в структуру юридического лица как организации и наделяет его компетенцией наряду с компетенцией органов юридического лица. Представляется, что решение общего собрания участников непубличного общества, как любой корпорации, следует рассматривать как решение самого юридического лица в пределах предоставленной высшему органу компетенции (утверждение годовых отчетов и годовых бухгалтерских балансов, распределение чистой прибыли между участниками и т. п.). Участники, составляющие гражданско-правовое сообщество, применительно к корпорации не образуют отдельного от общего собрания самостоятельного органа. Для непубличного общества общее собрание его участников совпадает с гражданско-правовым сообществом. Последнее используется как общее понятие для участников юридического лица, собственников, кредиторов при банкротстве и других участников гражданско-правового сообщества, и такие собрания участников обычно не совпадают с органами одного юридического лица.

Представляется не основанным на ГК РФ и Законе об ООО следующее утверждение В.А. Лаптева: «Решение собрания является инструментом в руках гражданско-правового сообщества, к которому относится собрание участников корпорации, совет директоров и иные коллегиальные органы управления юридического лица» [Лаптев, В.А., 2019, с. 230]. В пункте 1 ст. 181.1 ГК РФ определено, что правила, предусмотренные главой 9.1 ГК РФ, применяются, если законом или в уставе не предусмотрено иное. В Законе об ООО общее собрание участников общества рассматривается как высший орган общества, поэтому трактовать решение собрания как высшего органа общества, как волю участников гражданско-правового сообщества представляется тавтологией. В свою очередь коллегиальный орган управления (наблюдательный и иной совет) выполняет функции высшего органа непубличного общества только по решению участников, принятому единогласно (подп. 1 п. 3 ст. 66.3 ГК РФ). Исполнительный орган общества осуществляет не волю гражданско-правового сообщества, а полномочия, предусмотренные п. 3 ст. 40 Закона об ООО, а также решает вопросы, не входящие в компетенцию высшего органа общества и созданного коллегиального органа управления. Решения собраний

участников непубличного общества – это акты юридического лица, а не гражданско-правового сообщества.

Решение общего собрания участников общества рассматривается законом как отдельное от других органов юридического лица действие юридического лица. Сделка, в совершении которой имеется заинтересованность, или крупная сделка должны быть одобрены решением общего собрания участников общества. Несоблюдение этого требования закона может повлечь признание такой сделки недействительной по иску общества или его участника. Признание решений общего собрания участников общества об одобрении крупных сделок либо сделок, в совершении которых имеется заинтересованность, недействительными в случае обжалования таких решений отдельно от оспаривания соответствующих сделок общества не влечет за собой признания соответствующих сделок недействительными (п. 5 ст. 43 Закона об ООО) [Андреев, В.К., 2019, с. 52–56].

Решение общего собрания участников общества как основание возникновения гражданских прав и обязанностей, а также иных гражданско-правовых последствий состоит из двух взаимосвязанных стадий – созыва и проведения совместного присутствия участников общества для обсуждения повестки и принятия решений, поставленных на голосование. Путем обмена юридически значимыми сообщениями между органом или лицами, созывающими общее собрание общества, и его участниками формируется повестка дня собрания, устанавливаются время и место его проведения. Любой участник общества вправе вносить предложения в повестку дня, которые включаются в повестку дня, если они поданы не позднее чем за пятнадцать дней до его проведения.

В английском корпоративном праве перед проведением собрания используется практика выдачи так называемых циркуляров при подготовке к проведению общего собрания, которые содержат подробный перечень вопросов и аргументацию той или иной позиции [Griffin, S., 2006, p. 387]. Орган или лица, созывающие общее собрание участников, не вправе вносить изменения в формулировки, предложенные участниками общества, дополнительных вопросов.

По отечественному законодательству к информации и материалам, подлежащим предоставлению участникам общества при подготовке к проведению общего собрания участников общества, относятся годовой отчет общества, сведения о кандидате (кандидатах) в исполнительные органы общества, проект изменений и дополнений в устав общества и т. п. Следует подчеркнуть, что между органом или лицами, созывающими общее собрание участников общества, и его участниками существуют равноправные отношения, и нарушения порядка созыва собрания считаются погашенными, если в общем собрании общества участвуют все его участники.

Решение общего собрания участников общества является продуктом их совместного выражения воли по вопросам повестки дня в порядке, установленном в соответствии с Законом об ООО.

Стадия созыва общего собрания участников общества представляет собой решение собрания, она обозначает повестку дня, согласованную с участниками общества. Существенное нарушение порядка созыва, подготовки общего собрания может послужить самостоятельным основанием для признания судом недействительным решения собрания. В отличие от актов государственных органов и органов местного самоуправления, которые предусмотрены законом в качестве оснований возникновения гражданских прав и обязанностей, суду необходимо проверять соблюдение порядка созыва и проведения общего собрания участников общества.

Порядок созыва и проведения общего собрания участников общества, установленный Законом об ООО, со всей очевидностью показывает, что решение собрания – это не особая гражданско-правовая сделка, не гражданско-правовой договор, а факт, отражающий согласованность воли большинства участников общества, к которому в силу прямого указания закона или корпоративного договора, устава присоединяется несогласное или пассивное большинство (сделка неполной воли) [Клячин, А.А., 2016, с. 12]. Решение собрания есть самостоятельное основание возникновения гражданских прав и обязанностей. В отличие от сделки решение общего собрания направлено только на установление гражданских прав и обязанностей и не предполагает их изменение или прекращение, поскольку решение требует созыва и проведения общего собрания участников, которые каждый раз обладают своей индивидуальностью с точки зрения повестки дня, ее согласования, состава участников собрания, порядка голосования и т. п. Незаработанность в теории оснований возникновения гражданских прав и обязанностей, иных гражданско-правовых последствий, приверженность старым взглядам и неучет новых правовых явлений имеют негативное последствие – трактовку авторами решения собраний как многосторонней сделки.

Е.А. Крашенинников и Ю.В. Байгушева утверждают, что «решение объединения представляет собой многостороннюю сделку, что признается большинством цивилистов со ссылкой на немецких авторов, полагая, что решение собраний представляет собой договор о совместной деятельности» [Крашенинников, Е.А. и Байгушева, Ю.В., 2013, с. 31]. Авторы справедливо отметили, что главное отличие решений собраний от сделки заключается в том, что в основе договора лежит принцип равенства сторон, а любое решение основывается на подчинении большинству участвующих в вынесении решения лиц. В самом деле, если у одного участника – $\frac{2}{3}$ доли в уставном капитале общества, а у двух других участников – по $\frac{1}{6}$ в уставном капитале общества, то понятно,

в пользу кого будет принято решение. Спорные, тупиковые ситуации возникают, когда у участников общества равные доли. В постановлении Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 27 февраля 2019 г. № 43-ФЗ «Модернизация гражданского законодательства: состояние и перспективы развития»⁴ рекомендовано дополнить корпоративное законодательство нормой, которая предусматривает право участников хозяйственного общества, имеющих в его уставном капитале равные доли, требовать его ликвидации, если в течение шести месяцев с момента его создания не образован единоличный исполнительный орган, или выхода из общества в иных случаях неразрешимых корпоративных конфликтов.

Решения собрания участников общества, как правило, принимаются путем выражения волеизъявления со значением «да» или «нет», что отличает эту процедуру от порядка волеизъявления сторон в договоре. В нем стороны определяют предмет соглашения, условия договора и порядок их исполнения в будущем. Участники общества, совместно присутствующие, обсуждают уже обозначенные в повестке вопросы и принимают решения голосованием. Решение собрания участников общества – это не способ совершения сделки, а реализация компетенции высшего органа общества, определенной законом и уставом общества.

Решение сторон договора простого товарищества – внутренние отношения по ведению дел товарищей, в то время как участники принимающего решения общества адресуют свою волю самому юридическому лицу. Воля участников собрания общества не автономна, как при совершении сделки, она определяется целью общества и компетенцией высшего органа. Не случайно участники корпорации обязаны не совершать действия (бездействие), которые существенно затрудняют или делают невозможным достижение целей, ради которых создана корпорация (п. 4 ст. 65.2 ГК РФ).

Справедливости ради следует отметить, что у решения собрания, принимаемого единогласно, прослеживается определенное сходство с договором. Не случайно в английском праве действует так называемый принцип «*Duomatic*», возникший из известного судебного прецедента *Cane v. Jones* (*Cane v. Jones* (1980) 1 WLR 1451) [Hardman, J.C., 2017, pp. 1–3], который предполагает возможность принятия единогласного решения без проведения формальных процедур [McLaughlin, S., 2013, p. 220]. Однако по вышеприведенным причинам у решения собрания скорее больше различий с договором, чем общих признаков.

Хотя действия органа или лиц, созывающих общее собрание, и участников общества по созыву, подготовке собрания организационно отделены от проведения собрания и принятия ими решения, они включаются в состав решения собрания. Нарушения порядка созыва, подготов-

⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. 2019. № 10. Ст. 913.

ки собрания, влияющие на волеизъявление участников, могут послужить основанием для признания решения недействительным (подп. 1 п. 1 ст. 181.4 ГК РФ). Таким образом, решение собрания представляется сложным основанием для возникновения гражданских прав и обязанностей, а также гражданско-правовых последствий, которые необходимо устанавливать, исходя из действий участников общества, предусмотренных ГК РФ, Законом об ООО и уставом общества, поскольку последним могут быть установлены дополнительные права участника (участников) общества, не предусмотренные Законом об ООО.

Законы о хозяйственных обществах выделяют две формы проведения общих собраний участников (акционеров) хозяйственных обществ – очную и заочную. Очная форма предполагает непосредственное присутствие участников или их представителей при принятии решения, тогда как заочная форма не требует присутствия участников и проводится опросным путем (ст. 38 Закона об ООО). В литературе еще отмечается существование смешанной очно-заочной формы проведения общего собрания (И.С. Шиткина [Шиткина, И.С., ред., 2018, с. 196]), суть которой состоит в том, что ряд участников участвуют в собрании непосредственно, а другие – опросным путем.

Традиционной формой принятия решения собрания является именно очная форма: использование заочной формы в обществах с ограниченной ответственностью несколько ограничено, в частности, в заочной форме не могут приниматься решения об утверждении годовых отчетов и годовых бухгалтерских балансов (абз. 2 п. 1 ст. 38 Закона об ООО), аналогичное ограничение содержится в ст. 50 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»⁵. Кроме того, заочная форма проведения общего собрания участников урегулирована не столь детально, а в литературе ее исследованию уделялось недостаточно внимания. Однако, учитывая развитие современных технологий и всеобщую цифровизацию, исследования вопросов, связанных с проведением общего собрания в заочной форме, представляются крайне актуальными.

Весьма важным как с практической, так и с теоретической точки зрения является вопрос об условиях проведения собрания участников в заочной форме. В пункте 1 ст. 181.2 ГК РФ указано, что решение собрания может приниматься посредством заочного голосования. В пункте 105 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»⁶ предусмотрено, что если специальным законодательством не предусмотрены особые требования к форме проведения голосования, участниками гражданско-правового сообщества такие требования также не устанавливались (в частности, порядок

⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 1. Ст. 1.

⁶ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 8.

проведения собрания не определен в уставе), то голосование может проводиться как в очной, так и в заочной или смешанной (очно-заочной) форме. Как уже было отмечено, Законы о хозяйственных обществах дают возможность проведения общего собрания в заочной форме. Однако для реализации данной возможности требуется соблюдение ряда условий. Так, в п. 3 ст. 38 Закона об ООО установлено, что порядок проведения заочного голосования определяется внутренним документом общества, который должен предусматривать обязательность сообщения всем участникам общества предлагаемой повестки дня, возможность ознакомления всех участников общества до начала голосования со всеми необходимыми информацией и материалами, возможность вносить предложения о включении в повестку дня дополнительных вопросов, обязательность сообщения всем участникам общества до начала голосования измененной повестки дня, а также срок окончания процедуры голосования.

В правоприменительной практике отсутствует единство в толковании данной нормы, в частности последствий принятия решения заочно в отсутствие соответствующего внутреннего документа, устанавливающего порядок его проведения.

Первый подход по этому вопросу заключается в том, что такое решение признается недействительным.

Например, Двенадцатый арбитражный апелляционный суд указал, что отсутствие внутреннего документа, который определяет процедуру проведения общего собрания участников путем заочного голосования, является самостоятельным основанием для признания недействительными итогов заочного голосования⁷.

Второй подход судов состоит в том, что, несмотря на отсутствие документа, решение признается действительным, если отсутствовали иные существенные нарушения.

Например, Седьмой арбитражный апелляционный суд указал, что «тот факт, что в обществе не разработан и не утвержден участниками специальный порядок проведения общих собраний участников путем заочного голосования, вопреки мнению истца, на выводы суда не влияет. Отсутствие утвержденного порядка не делает невозможным проведение общих собраний участников путем заочного голосования»⁸.

В другом споре Арбитражный суд Уральского округа указал, что, «учитывая отсутствие в действующем законодательстве прямого запрета на принятие решений в форме заочного голосования в отсутствие соответ-

⁷ Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 6 декабря 2016 г. № 12АП-10989/2016 по делу № А57-10122/2015. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 20 мая 2016 г. № 07АП-2992/2016 по делу № А27-23605/2015. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

ствующего внутреннего документа, регламентирующего порядок проведения такой формы голосования, учитывая, что в данном случае соблюден общий порядок созыва и уведомления участников общества о проведении собрания, учитывая наличие кворума на собрании, учитывая, что истцы не были лишены возможности выразить свою волю в отношении вопроса, поставленного в повестку дня собрания... тем самым совокупность данных обстоятельств свидетельствует об отсутствии оснований для признания принятого на собрании решения недействительным»⁹.

Второй подход представляется более обоснованным, поскольку в Законе об ООО прямой запрет на проведение собрания в заочной форме в отсутствие специального документа не предусмотрен, при этом отсутствуют какие-либо препятствия в применении общих правил проведения собрания. Кроме того, если исходить из п. 2 ст. 43 Закона об ООО, в котором сказано, что суд вправе с учетом всех обстоятельств дела оставить в силе обжалуемое решение, если голосование участника общества, подавшего заявление, не могло повлиять на результаты голосования, допущенные нарушения не являются существенными и решение не повлекло причинение убытков данному участнику общества. Данная норма показывает, что цель законодательного регулирования порядка проведения собраний состоит не в том, чтобы максимально формализовать процедуру, а в том, чтобы защитить права участников. Если путем проведения заочного голосования права участников не нарушаются, то и основания для признания решения собрания недействительным отсутствуют.

Еще один момент, на который необходимо обратить внимание при исследовании решений собраний, – это изменения, внесенные в п. 1 ст. 181.2 ГК РФ Федеральным законом от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ. Данный пункт, предусматривающий возможность принятия решения, был дополнен указанием на то, что заочное голосование может осуществляться с помощью электронных или иных технических средств, и сделана отсылка к абз. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ.

Еще в 2014 г. Банк России в ст. 20 Кодекса корпоративного управления указал, что обществу рекомендуется при наличии соответствующих технических условий создавать системы, позволяющие акционерам принимать участие в голосовании с помощью электронных средств. Очевидно, что заочная форма проведения собрания имеет ряд преимуществ (прежде всего меньшие затраты, возможность участия всех участников независимо от места их нахождения и т. п.).

В зарубежных странах тоже активно внедряется дистанционное голосование с помощью электронных средств связи [Dine, J. and Koutsias, M.,

⁹ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 8 июля 2019 г. № Ф09-3597/19 по делу № А60-44699/2018. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

2014, р. 126], что нашло отражение и в Директиве № 2013/36/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза.

Однако при использовании заочной формы проведения общего собрания возникает риск искажения волеизъявления участника или его фальсификации. Следует согласиться с мнением А.И. Савельева, согласно которому «действия, совершаемые в Интернете, не имеют столь явно выраженной привязки к конкретной личности и могут быть совершены кем угодно» [Савельев, А.И., 2016, с. 206]. Поэтому важной задачей развития правового регулирования заочной формы принятия решения собрания является его надлежащее правовое обеспечение.

В статью 160 ГК РФ было включено правило, согласно которому письменная форма сделки считается соблюденной также в случае совершения лицом сделки с помощью электронных либо иных технических средств, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки, при этом требование о наличии подписи считается выполненным, если использован любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю. При толковании данной статьи возникает вопрос: каковы признаки способа, позволяющего достоверно определить лицо, выразившее волю? На данный момент в отечественном законодательстве в качестве наиболее надежного средства идентификации признается использование электронной подписи. Однако нельзя исключать и иные варианты подтверждения личности при заочном голосовании. Как представляется, хозяйственное общество вправе установить возможность использования иных средств идентификации в документе, регламентирующем порядок принятия решения в заочной форме, в том числе переписки по электронной почте, мобильных мессенджеров и т. д.

В зарубежной практике допускается возможность участия в заочном голосовании с помощью электронной почты [Wild, C. and Weinstein, S., 2016, р. 259], очевидных препятствий к использованию таких средств в отечественном праве нет.

Как представляется, несмотря на то, что данное правило распространяется и на решения собраний, последние в любом случае не становятся от этого сделками, а остаются самостоятельными основаниями возникновения прав и обязанностей. Данные правила распространяются не на решения собраний в целом, а на юридически значимые сообщения, которыми являются волеизъявления участников в рамках заочного собрания.

Правила абз. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ имеют универсальный характер и должны распространяться на любые юридические факты – действия, в том числе и юридически значимые сообщения, так как любое действие имеет связи с субъектом, и для возникновения правовых последствий должно быть достоверно установлено, от кого данное действие исходит.

Обсуждение и заключение

Решения собраний – это действия участников хозяйственного общества, направленные на возникновение правовых последствий, включая возникновение гражданских прав и обязанностей, в случаях, указанных в законе, и обязательные для всех лиц, имеющих право участвовать в данном собрании, а также иных лиц, когда это указано в законе или вытекает из существа отношений.

Важно отметить, что на решение собрания распространяются нормы главы 9.1 ГК РФ, если закон связывает с ним гражданско-правовые последствия. Именно с такими действиями, как решения собрания, принимаемые высшим органом корпорации по вопросам своей исключительной компетенции, акты управленческого характера, например об образовании других органов корпорации или об участии корпорации в других юридических лицах, связаны гражданско-правовые последствия, в частности признание судом сделки недействительной при нарушении органом юридического лица условий осуществления полномочий (ст. 174 ГК РФ). Другие решения собраний корпораций носят чисто управленческий характер и выступают как ненормативный правовой акт (утверждение устава корпорации, денежной оценки неденежных активов общества и т. п.) и должны рассматриваться по правилам главы 24 ГПК РФ [Андреев, В.К., 2014а, с. 23].

Принятие решения общим собранием участников может осуществляться в очной форме, заочной и очно-заочной. При этом решение собрания, проведенное в заочной форме, является действительным, несмотря на отсутствие в обществе отдельного документа, определяющего порядок его проведения.

Список использованной литературы

- Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. М. : Статут, 1999. 712 с.
- Андреев В.К. Корпоративный характер сделки с заинтересованностью // Журнал российского права. 2019. № 3. С. 52–63.
- Андреев В.К. Природа устава хозяйственного общества // Российское правосудие. 2014а. № 7. С. 17–24.
- Андреев В.К. Сделка и ее недействительность // Юрист. 2014б. № 1. С. 8–12.
- Аргунов А.В. Эволюция производства по делам об установлении юридических фактов // Российское правосудие. 2019. № 3. С. 26–34.
- Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть / под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М. : Зерцало, 2003. 816 с.

- Гражданское право / отв. ред. В.П. Мозолин. Т. 1 М. : Проспект, 2012. 816 с.
- Гражданское право : учебник : в 3 т. / под ред. Ю.К. Толстого. Т. 1. М. : Проспект, 2013. 924 с.
- Гутников О.В. Гражданско-правовая ответственность в отношениях, связанных с управлением юридическими лицами : автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. М., 2018. 57 с.
- Клячин А.А. Юридические факты в механизме гражданско-правового регулирования деятельности акционерных обществ : автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Казань, 2016. 33 с.
- Корпоративное право. Учебный курс / отв. ред. И.С. Шиткина. Т. 2. М. : Статут, 2018. 990 с.
- Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Односторонние и многосторонние сделки // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 12. С. 30–50.
- Лаптев В.А. Корпоративное право: правовая организация корпоративных систем : моногр. М. : Проспект, 2019. 384 с.
- Ломакин Д.В. Эволюция системы юридических лиц в постсоветской России // Предпринимательское право: современный взгляд : моногр. / отв. ред. С.А. Карелина, П.Г. Лахно, И.С. Шиткина. М. : Юстицинформ, 2019. С. 252–271.
- Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М. : Статут, 2016. 638 с.
- Griffin S. Company law: Fundamental principles. 4th ed. Pearson Longman, 2006. 478 p.
- Dine J., Koutsias M. Company Law. 8th ed. Red Globe Press, 2014. 304 p.
- Hardman J.C. The Duomatic principle. LL.M(R) thesis. University of Glasgow, 2017. 108 p.
- McLaughlin S. Unlocking company law. 2nd ed. L. : N. Y. : Routledge, 2013. 430 p.
- Wild C., Weinstein S. Smith and keenan's company law. 17th ed. Pearson Education, 2016. 552 p.

References

Alekseyev, S.S., 1999. *Pravo: azbuka – teoriya – filosofiya. Opyt kompleksnogo issledovaniya* = [Law: ABC-theory-philosophy. Complex research experience]. Moscow. (In Russ.)

- Andreyev, V.K., 2019. The corporate nature of the related party transaction. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 3, pp. 52–63. (In Russ.)
- Andreyev, V.K., 2014a. The nature of the charter of a business company. *Rossiyskoye pravosudiye* = [Russian Justice], 7, pp. 17–24.
- Andreyev, V.K., 2014b. Transaction and invalidity thereof. *Yurist* = [Lawyer], 1, pp. 8–12. (In Russ.)
- Argunov, A.V., 2019. Evolution of proceedings on the establishment of legal facts. *Rossiyskoye pravosudiye* = [Russian Justice], 3, pp. 26–34. (In Russ.)
- Dine, J. and Koutsias, M., 2014. *Company Law*. 8th ed. Red Globe Press. (In Eng.)
- Gambarov, Yu.S., 2003. *Grazhdanskoye pravo. Obshchaya chast'* = [Civil law. A common part]. Moscow. (In Russ.)
- Mozolin V.P., ed., 2012. *Grazhdanskiye pravo* = [Civil law]. Volume 1. Moscow. (In Russ.)
- Griffin, S., 2006. *Company law. Fundamental principles*. 4th ed. Pearson Longman. 478 p. (In Eng.)
- Gutnikov, O.V., 2018. *Grazhdansko-pravovaya otvetstvennost' v ot-nosheniyakh, svyazannykh s upravleniyem yuridicheskimi litsami* = [Civil liability in relations related to the management of legal entities]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Hardman, J.C., 2017. *The Duomatic principle*. LL.M(R) thesis. University of Glasgow. (In Eng.)
- Klyachin, A.A., 2016. *Yuridicheskiye fakty v mekhanizme grazhdansko-pravovogo regulirovaniya deyatelnosti aktsionnykh obshchestv* = [Legal facts in the mechanism of civil regulation of the joint stock companies]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Kazan'. (In Russ.)
- Krashennnikov, Ye.A. and Baygusheva Yu.V., 2013. Unilateral and multilateral transactions. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii* = [Bulletin Of The Supreme Commercial Court Of The Russian Federation], 12, pp. 30–50. (In Russ.)
- Laptev, V.A., 2019. *Korporativnoye pravo: pravovaya organizatsiya korporativnykh sistem* = [Corporate law: legal organization of corporate systems]. Moscow. (In Russ.)
- Lomakin D.V. [The evolution of the system of legal entities in post-Soviet Russia]. In: S.A. Karelina, P.G. Lakhno and I.S. Shitkina, eds. *Predprinimatel'skoye pravo: sovremennyy vzglyad* = [Entrepreneurial law: a modern view]. Monograph. Moscow: Yustitsinform. Pp. 252–271. (In Russ.)

McLaughlin, S., 2013. *Unlocking company law*. L.: N. Y.: Routledge. (In Eng.)

Savel'yev, A.I., 2016. *Elektronnaya kommertsiya v Rossii i za rubezhom: pravovoye regulirovaniye* = [E-commerce in Russia and abroad: legal regulation.]. Moscow: Statut. (In Russ.)

Shitkina, I.S., ed., 2018. *Korporativnoye pravo* = [Corporate law]. Training course. Volume 2. (In Russ.)

Tolstoy, Yu.K., ed., 2013. *Grazhdanskoe pravo* = [Civil law]. Volume 1. Textbook. Moscow. (In Russ.)

Wild, C. and Weinstein, S., 2016. *Smith and keenan's company law*. 17th ed. Pearson Education. (In Russ.)

Информация об авторах / Information about the authors:

Андреев Владимир Константинович, главный научный сотрудник, руководитель направления гражданско-правовых и корпоративных исследований Центра исследования проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик РАН [**Vladimir K. Andreev**, Chief Researcher, Head of Civil Law and Scientific Research, Center for the Study of Justice Issues, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Scientist of the Russian Federation, Academician of the Russian Academy of Natural Sciences]. E-mail: rajandreevkv@gmail.com

Кондратьев Владимир Александрович, старший преподаватель кафедры гражданского права ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), кандидат юридических наук [**Vladimir A. Kondratiev**, Senior Lecturer of Civil Law Department, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Cand. Sci. (Law)]. E-mail: vakondratiev@bk.ru

УДК 343.01

DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.170-194

Субъекты конституционализации уголовного права

О.С. Гузеева*

** Арбитражный суд Московской области, г. Москва, Россия
olga3520@list.ru*

Введение. Конституционализация уголовного права, предполагая надлежащее воплощение в теории и практике уголовно-правового регулирования конституционных принципов и ценностей, является сознательным, управляемым процессом, который имеет строго определенный круг субъектов с присущими им возможностями. В отечественной науке комплексно вопрос о субъектах конституционализации уголовного права еще не рассмотрен, что делает обращение к проблеме значимым и своевременным.

Теоретические основы. Методы. В основе исследования лежат две важнейшие теоретические концепции, разработанные отечественными специалистами: теория конституционализации отраслей права и теория системных связей уголовного права. В работе использованы методы системного анализа, метод конституционной экспертизы, аналитический метод, моделирование и прогнозирование.

Результаты исследования. Конституционализация уголовного права предполагает слаженную работу всех государственных органов по воплощению в уголовном законе и практике его применения конституционных норм и принципов. При этом каждый из субъектов конституционализации выполняет свою функциональную роль в этом процессе. Рассматриваемый с институциональной точки зрения механизм конституционализации уголовного права включает в себя: проведение правовой (в том числе на предмет соответствия Конституции Российской Федерации) экспертизы проектов уголовных законов в Государственной Думе, проведение правовой экспертизы принятых уголовных законов в Совете Федерации, толкование уголовных законов на предмет их соответствия Конституции Российской Федерации судами общей юрисдикции, запрет на применение сомнительных с точки зрения суда уголовных законов и обращение в Конституционный Суд с запросом о его конституционной оценке, проверку конституционности уголовного закона в Конституционном Суде Российской Федерации и исполнение его решений законодателем и правоприменителем.

Обсуждение и заключение. Понимание круга субъектов конституционализации уголовного права, их полномочий и компетенции позволяет выявить слабые стороны в организации данного процесса и наметить пути его оптимизации. Среди них особое значение приобретают проведение конституционной экспертизы законопроектов об уголовной ответственности, систематизация правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации по проблемам уголовного права, формирование конституционно-правового сознания правоприменителя.

Ключевые слова: конституционализация уголовного права, субъекты отраслевой конституционализации, правовая экспертиза уголовного закона, конституционность уголовного закона, применение судами Конституции Российской Федерации

Для цитирования: Гузеева О.С. Субъекты конституционализации уголовного права // Правосудие. Т. 2, № 2. С. 170–194. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.170-194

The Subjects of Constitutionalization of Criminal Law

Olga S. Guzeeva*

* *Arbitration Court of the Moscow Region, Moscow, Russia*
For correspondence: *olga3520@list.ru*

Introduction. The constitutionalization of criminal law, assuming the proper implementation in the theory and practice of criminal law regulation of constitutional principles and values, is a conscious, controlled process that has a strictly defined group of entities with their respective roles. Internally, the complex issue of the subjects of constitutionalization of criminal law has not yet been scientifically considered, which makes addressing the problem significant and timely.

Theoretical Basis. Methods. The study is based on two major theoretical concepts developed by domestic experts: the theory of constitutionalization of the branches of law and the theory of systemic relations of criminal law. The methods of systems analysis, the method of constitutional examination, the analytical method, modelling and forecasting – all were used in this work.

Results. The constitutionalization of criminal law presupposes the coordinated work of all state bodies to translate constitutional norms and principles into criminal law and practice. Moreover, each of the subjects of constitutionalization fulfills its functional role in this process. The institutional constitutionalization mechanism of criminal law, which is considered from an institutional point of view, includes: conducting a legal (including conformity with the Constitution of the Russian Federation) examination of draft criminal laws in the State Duma; conducting a legal examination of adopted criminal laws in the Federation Council, and interpreting criminal laws on the subject their compliance with the Constitution of the Russian Federation by courts of general jurisdiction; a ban on the application of criminal laws that are doubtful from the point of view of the court; an appeal to the Constitutional Court with a request for constitutional assessment; verification of the constitutionality of the criminal law in the Constitutional Court of the Russian Federation, and the execution of its decisions by the legislator and enforcer.

Discussion and Conclusion. Understanding the subjects of constitutionalization of criminal law and their powers enables us to identify weaknesses in the organization of this process, and to outline ways of optimising it. Among them, of particular importance are the conduct of a constitutional examination of draft laws on criminal liability, systematization of the legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation on criminal law issues, and the formation of a constitutional and legal awareness of the law enforcement.

Keywords: constitutionalization of criminal law, subjects of sectoral constitutionalization, legal expertise of criminal law, constitutionality of criminal law, application of the Constitution of the Russian Federation by courts

For citation: Guzeeva, O.S., 2020. The subjects of constitutionalization of criminal law. *Pravosudie = Justice*, 2(2), pp. 170–194. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.170-194

Введение

Конституционализация уголовного права представляет собой сложный и многоуровневый процесс воплощения конституционных идеалов в тексте уголовного закона и в практике его применения. На институциональном уровне каждый из субъектов конституционализации уголовного права выполняет задачи воплощения в уголовном праве конституционных стандартов своими специфическими способами и средствами. В ряду таких субъектов следует назвать: парламент, суды общей юрисдикции, Конституционный Суд Российской Федерации [Lazerges, С.,

2011]. Несмотря на значимость проблемы обеспечения комплексного и согласованного воздействия всех субъектов в механизме конституционализации уголовного права, в отечественной науке пока нет четкого осознания ни круга самих субъектов, ни содержания их действий по конституционализации уголовного права, ни пределов ответственности за качество уголовного закона. Это обстоятельство побуждает поставить на уровень самостоятельной научной проблемы вопрос о субъектах конституционализации отрасли уголовного права.

Теоретические основы. Методы

В основу исследования положены разработанные российскими учеными теоретические концепции: теория конституционализации отраслей права и теория системных связей уголовного права.

Результаты исследования

Парламент

Парламент – первичный субъект конституционализации, качество работы которого во многом предопределяет, насколько точно и полно в уголовно-правовых нормах будут воплощены конституционные ценности [Philip, L., 1985]. Оставляя в стороне вопросы, связанные с легитимностью самого парламента, обратимся к вопросу о том, какими средствами в процессе его законотворческой деятельности обеспечивается конституционализация уголовного права.

Исходные посылки к этому определены п. «в», «о» ч. 1 ст. 71, п. «ж» ч. 1 ст. 103, ст. 104–107 Конституции Российской Федерации, а также Регламентом Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации¹ и Регламентом Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации², которые устанавливают порядок принятия федеральных законов.

Анализ этих документов показывает, что решение основной задачи по обеспечению соответствия принимаемого уголовного закона Конституции России возлагается на Государственную Думу, которая и принимает уголовные законы. Достигается эта задача посредством выполнения следующих требований к организации законотворческого процесса:

¹ Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 22 января 1998 г. № 2134-II ГД (в ред. от 15 октября 2019 г.) «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. № 7. Ст. 801.

² Постановление Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 30 января 2002 г. № 33-СФ (в ред. от 6 ноября 2019 г.) «О Регламенте Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 7. Ст. 635.

- при внесении законопроекта уголовно-правового содержания в Государственную Думу субъектом (субъектами) права законодательной инициативы должны быть представлены среди прочего: а) пояснительная записка к законопроекту, содержащая предмет законодательного регулирования и изложение концепции предлагаемого законопроекта, а также мотивированное обоснование необходимости принятия или одобрения законопроекта; б) официальные отзывы Правительства Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации;

- профильный комитет должен определить соответствие законопроекта требованиям ст. 104 Конституции России и ст. 105 Регламента Государственной Думы, а также имеет возможность направить законопроект и материалы к нему в комитеты, комиссии и во фракции, Президенту Российской Федерации, в Совет Федерации, Правительство Российской Федерации, Счетную палату Российской Федерации, Общественную палату, а также в Конституционный Суд Российской Федерации и Верховный Суд Российской Федерации по вопросам их ведения для подготовки и представления отзывов, предложений и замечаний, а также в другие организации для подготовки отзывов, предложений и замечаний и проведения научной экспертизы;

- Правовое управление Аппарата Государственной Думы осуществляет правовую экспертизу законопроекта (на всех стадиях его прохождения) на соответствие Конституции Российской Федерации, федеральным конституционным законам, федеральным законам, основным отраслевым законодательным актам и готовит заключение, в котором должен быть дан ответ на вопрос, соответствует или не соответствует законопроект Конституции Российской Федерации;

- ответственный комитет вправе проводить независимую экспертизу поправок к законам на соответствие Конституции Российской Федерации и федеральным конституционным законам.

Вместе с тем нельзя не признать, что в сопровождающих законодательную деятельность документах редко имеет место анализ законопроектов с точки зрения их соответствия Конституции страны в части провозглашенных начал регулирования уголовно-правовых отношений. Анализ заключений комитетов Государственной Думы на проекты законов уголовно-правового характера (при подготовке работы было изучено 116 документов³) показывает, что только в 14 процентах случаев ответственным комитетом в заключении на законопроект, представленный к первому чтению, была сделана ссылка на положения Конституции Российской Федерации или решения Конституционного Суда

³ Все документы находятся в свободном доступе и размещены на интернет-портале «Система обеспечения законодательной деятельности» по адресу <https://sozd.duma.gov.ru>

Российской Федерации. При этом во всех случаях таким заключением комитета было рекомендовано отклонить законопроект.

Например, законодатели указывали:

– «недопустимо введение в УК РФ ответственности за геноцид какой-либо отдельной, выделенной по национальному признаку группы. Данные введения будут противоречить Конституции Российской Федерации и вызовут общественный резонанс, международную критику»⁴;

– «предлагаемые законопроектом санкции за заведомо ложное сообщение об акте терроризма соизмеримы наказаниям, предусмотренным за более общественно опасные деяния, такие как убийство (105 УК РФ), террористический акт (205 УК РФ) или бандитизм (209 УК РФ), что не соответствует принципу справедливости, закрепленному в статье 6 УК РФ, на необходимость соблюдения которого неоднократно обращал внимание Конституционный Суд Российской Федерации»⁵;

– «установление единого запрета применения условно-досрочного освобождения от отбывания наказания к лицам, совершившим разные по степени тяжести преступления, не соответствует уголовно-правовому принципу справедливости и прямо противоречит правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации (Постановление от 26.11.2002 № 16-П и определения от 04.11.2004 № 342-О, 11.07.2006 № 406-О, 04.12.2007 № 957-О-О и др.), согласно которой часть 3 статьи 50 Конституции Российской Федерации закрепляет право каждого осужденного за преступление обращаться с просьбой о помиловании или о смягчении наказания»⁶.

В ситуациях, когда законопроект профильным комитетом поддерживался, ссылка на конституционные положения и принципы в заключениях отсутствовала. Соответствие законопроекта Конституции молчаливо подразумевалось или презюмировалось.

⁴ Заключение Комитета Государственной Думы по государственному строительству и законодательству на проект федерального закона № 340882-7 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части установления ответственности за оправдание геноцида русских».

⁵ Заключение Комитета Государственной Думы по государственному строительству и законодательству на проект федерального закона № 483312-7 «О внесении изменений в статью 207 Уголовного кодекса Российской Федерации» (по вопросу усиления уголовной ответственности за заведомо ложное сообщение об акте терроризма).

⁶ Заключение Комитета Государственной Думы по государственному строительству и законодательству на проект федерального закона № 29953-7 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации в части невозможности применения положений об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания в отношении лиц, совершивших отдельные виды преступлений, а также невозможности объявления амнистии в отношении таких лиц».

После принятия закона Государственной Думой конституционный фильтр парламента не перестает функционировать. Совет Федерации выступает дополнительной «проверочной» инстанцией в деле конституционализации уголовного права. Вместе с тем важно обратить внимание на то, что согласно положениям ст. 106 Конституции Российской Федерации законы по вопросам уголовно-правового регулирования в принципе не подлежат обязательному рассмотрению в Совете Федерации. Потому их одобрение верхней палатой парламента осуществляется на основании заключения профильного комитета, которое среди прочего должно отражать оценку политико-правовых и социально-экономических последствий реализации федерального закона (ст. 106 Регламента) и учитывать позицию Правового управления Аппарата Совета Федерации по рассматриваемому федеральному закону (ст. 105 Регламента). Однако изучение заключений профильных комитетов и Правового управления Аппарата Совета Федерации (было исследовано 80 документов) показывает, что они редко содержат углубленный анализ вопроса о соответствии текста принятого Государственной Думой уголовного закона положениям Конституции. Основной массив документов содержит «ритуальное» заключение: «Рассматриваемый Федеральный закон соответствует Конституции Российской Федерации и не подлежит обязательному рассмотрению в Совете Федерации, так как не затрагивает вопросы, предусмотренные статьей 106 Конституции Российской Федерации»⁷ или его вариацию: «Федеральный закон соответствует Конституции Российской Федерации, в том числе положениям о правах и свободах человека и гражданина, и согласуется с системой федерального законодательства»⁸. Такие выводы содержатся даже в за-

⁷ См., например: Заключение Комитета Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации по обороне и безопасности от 28 января 2014 г. № 3.3-04/109 по Федеральному закону «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 31 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»; Заключение Правового управления Аппарата Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 24 июня 2016 г. № 5.1-01/1935 по Федеральному закону «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности», принятому Государственной Думой 21 июня 2016 г.

⁸ См., например: Заключение Правового управления Аппарата Комитета Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 23 декабря 2012 г. № 5.4-2718 по Федеральному закону «О внесении изменений в статью 8 Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» и статью 6 Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О судебных приставах» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»,

ключениях на законы, которыми в Уголовный кодекс Российской Федерации (УК РФ) были введены ст. 212.1 об ответственности за неоднократное нарушение установленного порядка организации либо проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования, ст. 159.4 об ответственности за мошенничество в сфере предпринимательской деятельности и которые впоследствии стали предметом тщательнейшей оценки Конституционным Судом Российской Федерации с целью выявления заложенного в них неконституционного содержания. В редких случаях, когда у Совета Федерации возникают некоторые сомнения в конституционности закона, последствия этих сомнений не выходят за пределы простой констатации. Например, в одном из заключений комитета указано: «Вводимая статья 200.3 УК РФ представляет собой, по сути, криминализованный состав правонарушения, предусмотренный частью 1 статьи 14.28 КоАП РФ. ...Как неоднократно отмечал Конституционный Суд Российской Федерации, «уголовное законодательство является по своей правовой природе крайним (исключительным) средством, с помощью которого государство реагирует на факты противоправного поведения в целях охраны общественных отношений, если она не может быть обеспечена должным образом только с помощью правовых норм иной отраслевой принадлежности» (Постановление от 27 мая 2008 г. № 8-П). При этом данных о невозможности (или затруднении) защиты нарушенных прав и интересов участников правоотношений в сфере долевого строительства иными способами, кроме уголовного преследования, не приводится»⁹. Несмотря на это, Комитет рекомендовал одобрить этот закон.

Оценка деятельности парламента по обеспечению соответствия принимаемых им уголовных законов конституционным положениям позволяет заключить, что при всей неоспоримой важности этого компонента законотворческого процесса ему уделяется в организационном и содержательном отношении явно недостаточное внимание. Единствен-

принятому Государственной Думой 21 декабря 2012 г.; Заключение Правового управления Аппарата Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 14 июля 2012 № 5.4-1360 по Федеральному закону «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», принятому Государственной Думой 13 июля 2012 г.

⁹ Заключение Комитета Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации по конституционному законодательству и государственному строительству от 26 апреля 2016 г. № 3.1-05/1515 по Федеральному закону «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления уголовной ответственности за нарушение требований законодательства об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости», принятому Государственной Думой 20 апреля 2016 г.

ное средство, прямо закрепленное в Регламентах палат Федерального Собрания, которое призвано ответить на вопрос о конституционности уголовного закона, – правовая экспертиза законопроекта или закона. Однако проведение этой экспертизы, возложенное на правовые управления палат, по нашему убеждению, не может быть признано ни удовлетворительным (тем более учитывая, что ее проведение по внесенным в Государственную Думу законопроектам не всегда является обязательным), ни достаточно обеспеченным. Основная причина для такой оценки заключается в отсутствии универсальной методики такой экспертизы, причем с акцентом на выявление конституционности нормативного правового акта. В отличие от проведения антикоррупционной экспертизы, организационно-методические основы проведения которой закреплены на нормативном уровне¹⁰, проведение правовой экспертизы, ее цели, средства, формы, приемы, методики все еще остаются и неурегулированными, и малоисследованными. Лишь применительно к правовой экспертизе нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации Министерством юстиции Российской Федерации разработаны соответствующие рекомендации¹¹.

Что касается правовой экспертизы проектов федеральных законов, то в настоящее время в практике Правового управления Аппарата Государственной Думы используется лишь внутренний документ, разработанный сотрудниками самого Аппарата, – технологические карты на основные виды выполняемых работ [Исаков, В.Б., 2011]. Согласно этому документу при оценке законопроекта к первому и второму чте-

¹⁰ Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ (в ред. от 11 октября 2018 г.) «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2009. № 29. Ст. 3609; Постановление Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. № 96 (в ред. от 10.07.2017) «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» (вместе с «Правилами проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов», «Методикой проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов») // Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 10. Ст. 1084. См. также: Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов : памятка. М. : Ген. прокуратура Российской Федерации, 2019.

¹¹ Приказ Минюста России от 31 мая 2012 г. № 87 (в ред. от 2 октября 2019 г.) «Об утверждении Методических рекомендаций по проведению правовой экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации» // Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. 2013. № 1. См. также: Методические рекомендации по проведению правовой и антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований (с иллюстрацией на конкретных примерах). М. : ФБУ НЦПИ при Минюсте России, 2017.

нию проверяется среди прочего соответствие законопроекта Конституции Российской Федерации, в том числе: ст. 10 – о самостоятельности органов государственной власти; ст. 19 – о соблюдении принципа равенства граждан; ст. 27 – о праве на свободу передвижения, выбора места жительства; ст. 35 – о праве иметь имущество в собственности; ст. 37 – о запрете принудительного труда; ст. 55 – о запрещении издавать законы, отменяющие или умаляющие права граждан. Проверяются также соответствие законопроекта актам толкования Конституции Российской Федерации, содержащимся в решениях Конституционного Суда Российской Федерации, и соответствие законопроекта общепризнанным нормам и принципам международного права и международным договорам Российской Федерации, в том числе проверяется соответствие законопроекта стандартам Совета Европы и решениям Европейского Суда по правам человека.

Такой уровень регулирования экспертной работы по конституционализации права не соответствует стоящим перед ней задачам. В науке уже давно аргументирована необходимость принятия Федерального закона (его названия – вариативны: «О правовой экспертизе нормативных правовых актов и их проектов в Российской Федерации» [Ким, А.В., 2017, с. 252–258], «Об экспертизе законодательства в Российской Федерации» [Короткова, О.А., 2010, с. 9, 21], «Об экспертной законопроектной деятельности в Российской Федерации» [Кострицкая, М.В., 2009, с. 11], «О правовой экспертизе» [Закиров, И.А., 2008, с. 26]), в котором необходимо закрепить понятие правовой экспертизы нормативных правовых актов и их проектов, принципы ее проведения, виды и объекты экспертизы, определить субъектов, правовой статус экспертов (права, обязанности и ответственность), общие для всех нормативных правовых актов и их проектов правила, основы методики проведения правовой экспертизы, установить единые критерии оценки акта, требования к экспертному заключению, его юридическую силу, меры по приведению проекта нормативного правового акта, нормативного правового акта в соответствие с действующим законодательством, предпринимаемые по результатам осуществления правовой экспертизы.

Всецело присоединяясь к этим предложениям, напомним лишь два важных организационных обстоятельства.

Во-первых, принятие и последующая реализация этого закона должны быть надлежащим образом обеспечены в кадровом отношении. Правовая экспертиза уголовно-правовых законопроектов требует от экспертов глубоких и специальных юридических познаний в области конституционного и уголовного права, криминологии и уголовной политики, международного и гуманитарного права. В связи с этим проблематика кадрового обеспечения аппаратной деятельности парламента должна рассматриваться как один из важнейших компонентов работы

по улучшению качества законодательства в стране. При необходимости (а по сути – всегда) профессионализм в проведении экспертизы должен достигаться посредством включения в экспертную работу специалистов из области науки уголовного права.

Во-вторых, проведение правовой экспертизы законопроекта нельзя воспринимать как однозначное решение о его конституционности. Эксперт не вторгается в компетенцию Конституционного Суда России и не осуществляет официальное толкование конституционных норм [Журкина, Е.В., 2009, с. 18]. Он лишь соотносит текст законопроекта с теми конституционно-правовыми позициями, которые к данному моменту уже выработаны уполномоченными органами и внедрены в правовую систему страны. Иными словами, его деятельность, по большому счету, аналитически-констатирующая, ведь эксперт не может предвидеть ни динамики в официальном толковании конституционных норм, ни возможной специфики в практике применения создаваемых уголовно-правовых предписаний. Это, разумеется, не снимает с него необходимости просчитывать риски в реализации законопроекта, но в известной степени избавляет от ответственности за последующую неконституционную интерпретацию оцениваемого им законопроекта.

Суд общей юрисдикции

После положительной оценки законопроекта и принятия того или иного уголовно-правового закона ответственность за реализацию в нем конституционных начал несет уже иной субъект, в нашем случае – суды общей юрисдикции, рассматривающие уголовные дела

Суд – важнейший в правовом государстве орган, призванный воплощать идеалы права и конституционные ценности в конкретных правовых ситуациях, которые становятся предметом судебного разбирательства [Bilionis, L.D., 1998]. Рассматривая механизм и процесс конституционализации уголовно-правовых отношений на уровне судов, необходимо учитывать два обстоятельства.

Во-первых, в силу инстанционного строения судебной системы вопросы конституционализации решаются в судах на всех стадиях прохождения уголовного дела – в первой инстанции, в апелляции, в кассации, при рассмотрении дела по новым или вновь открывшимся обстоятельствам. Тем самым создаются надежные гарантии защиты конституционных прав граждан, включающие проверку и перепроверку правильности применения уголовного закона, охватывая правильность истолкования его положений на предмет соответствия Конституции Российской Федерации.

Во-вторых, в силу принципа единства судебной системы и единства задач, решаемых судом на каждой стадии уголовного процесса, вопло-

щение конституционного смысла уголовно-правовых норм при их применении обеспечивается на каждой стадии процесса едиными способами и средствами.

В современной практике существует два основных способа обеспечения конституционализации уголовного права судами – прямое действие Конституции России и осуществление запроса в Конституционный Суд Российской Федерации о проверке конституционности положений УК РФ. Рассмотрим их подробнее.

Напомним общеизвестное: Конституция Россия – нормативный правовой акт прямого действия, в силу чего применяется всеми судебными (и иными правоприменительными) органами при рассмотрении любых дел непосредственно. Эта формула, прямо следующая из текста Конституции России, тем не менее вызывает серьезные дискуссии в отраслевой науке и существенно эволюционировала в правотолковательной практике Верховного Суда Российской Федерации (причем эволюция эта, как представляется, осталась малооцененной представителями научного сообщества).

Речь идет о Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»¹² и о тех кардинальных изменениях, которые были в него внесены в 2013 г. Напомним, что первоначальная редакция документа предусматривала возможность прямого и непосредственного применения судами норм Конституции Российской Федерации в случаях:

а) когда закрепленные нормой Конституции положения, исходя из ее смысла, не требуют дополнительной регламентации и не содержат указания на возможность ее применения при условии принятия федерального закона, регулирующего права, свободы, обязанности человека и гражданина и другие положения;

б) когда суд придет к выводу, что федеральный закон, действовавший на территории Российской Федерации до вступления в силу Конституции России, противоречит ей;

в) когда суд придет к убеждению, что федеральный закон, принятый после вступления в силу Конституции Российской Федерации, находится в противоречии с соответствующими положениями Конституции.

В 2013 году эти положения были существенно пересмотрены. Согласно позиции высшей судебной инстанции суд, разрешая дело, применяет непосредственно Конституцию, в частности:

а) когда закрепленные нормой Конституции положения, исходя из ее смысла, не требуют дополнительной регламентации и не содержат указания на возможность ее применения при условии принятия феде-

¹² Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1996. № 1.

рального закона, регулирующего права, свободы, обязанности человека и гражданина и другие положения;

б) когда Конституционным Судом Российской Федерации выявлен пробел в правовом регулировании либо когда пробел образовался в связи с признанием не соответствующими Конституции нормативного правового акта или его отдельных положений с учетом порядка, сроков и особенностей исполнения решения Конституционного Суда Российской Федерации, если они в нем указаны.

Из текста Постановления, таким образом, было исключено указание на возможность прямого применения судами общей юрисдикции норм Конституции России в случае, если подлежащий применению закон (в частности, уголовный) противоречит, по мнению суда, конституционным установлениям. Такая трансформация стала во многом ответом на Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июня 1998 г. № 19-П, специально посвященного вопросам толкования норм Конституции России о ее прямом действии¹³. В этом документе Конституционный Суд Российской Федерации сформулировал следующие принципиальные позиции:

– требование о непосредственном применении Конституции России обращено ко всем судам, которые в соответствии с главой 7 Конституции Российской Федерации независимо осуществляют судебную власть в пределах своей компетенции и в формах судопроизводства, установленных данной главой;

– Конституция Российской Федерации не предполагает проверку судами общей юрисдикции конституционности федеральных законов, правомочием по проверке конституционности указанных нормативных актов наделен только Конституционный Суд Российской Федерации;

– выводы судов общей юрисдикции о неконституционности закона не могут сами по себе послужить основанием для его официального признания не соответствующим Конституции Российской Федерации и утрачивающим юридическую силу; в аспекте взаимодействия судов различных видов юрисдикции и разграничения их компетенции по выявлению неконституционных законов исключение последних из числа действующих актов является совокупным результатом реализации, с одной стороны, обязанности общих судов поставить вопрос о конституционности закона перед Конституционным Судом Российской Федерации, а с другой – обязанности последнего окончательно разрешить этот вопрос;

¹³ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июня 1998 г. № 19-П «По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1998. № 5.

– предусмотренное ч. 4 ст. 125 Конституции Российской Федерации обращение судов общей юрисдикции в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности примененного или подлежащего применению в конкретном деле закона, если суд приходит к выводу о несоответствии закона Конституции России, не может рассматриваться только как его право, – суд обязан обратиться с таким запросом, чтобы не соответствующий Конституции Российской Федерации акт был лишен юридической силы в конституционно установленном порядке, что исключило бы его дальнейшее применение;

– обязанность судов в случаях, если они приходят к выводу о неконституционности закона, для официального подтверждения его неконституционности обращаться в Конституционный Суд Российской Федерации не ограничивает непосредственное применение ими Конституции России, которое призвано обеспечивать реализацию конституционных норм прежде всего при отсутствии их законодательной конкретизации.

Таким образом, Конституционный Суд Российской Федерации, а вслед за ним – и Верховный Суд Российской Федерации существенным образом ограничили сферу прямого применения судами общей юрисдикции Конституции России при рассмотрении уголовных дел. Это возможно, по сути, лишь в случаях, когда речь идет о нормах Конституции России, не требующих для своего применения конкретизации в отраслевом уголовном законодательстве. Таких норм, по очевидным причинам, в тексте Конституции России крайне немного. К ним уверенно можно отнести положения, закрепленные, в частности, в ч. 3 ст. 6 (гражданин Российской Федерации не может быть лишен своего гражданства); ч. 4 ст. 15 (если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора); ч. 1 ст. 19 (все равны перед законом и судом); ст. 49 (каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда; неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого); ч. 1 ст. 50 (никто не может быть повторно осужден за одно и то же преступление); ч. 1 ст. 51 (никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга); ст. 54 (закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет; никто не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением; если после совершения правонарушения ответственность за него устранена или смягчена, применяется новый закон); ч. 1 ст. 61 (гражданин Российской Федерации не может быть выслан за пределы Российской Федерации или выдан другому государству); ч. 2

ст. 62 (в Российской Федерации не допускается выдача другим государствам лиц, преследуемых за политические убеждения, а также за действия (или бездействие), не признаваемые преступлением в Российской Федерации).

Не станем вступать сейчас в дискуссию относительно того, являются ли эти нормы собственно уголовно-правовыми или конституционно-правовыми. Отметим одно – они могут быть применены судами Российской Федерации непосредственно при разрешении уголовных дел. Другое дело, что действующий УК РФ во многом воспроизводит и развивает эти конституционные предписания, в силу чего потребность в прямом действии Конституции России и в непосредственной ссылке на нее в судебных решениях утрачивает актуальность и значимость.

Решения высших судов страны не перечеркивают самой идеи прямого действия Конституции государства в регулировании уголовно-правовых отношений, которая со всей наглядностью проявляет себя на переломных этапах в жизни государства, когда происходят изменения (смена) самой Конституции (при сохранении положений о ее прямом действии) либо отраслевого кодифицированного нормативного акта. Примерами могут служить в данном случае:

– Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации»¹⁴, определившее особенности судебного контроля над ограничением прав граждан на жилище, на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений;

– Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О судебной практике по делам об изготовлении или сбыте поддельных денег или ценных бумаг»¹⁵ (в ред. до 2001 г.), которое закрепило правило, согласно которому «при обсуждении вопроса о назначении наказания лицам, виновным в изготовлении или сбыте поддельных денег или ценных бумаг, судам необходимо учитывать, что в соответствии со статьей 20 Конституции Российской Федерации применение смертной казни в качестве исключительной меры наказания допускается лишь за особо тяжкие преступления против жизни и, следовательно, она не может быть назначена за преступление, предусмотренное статьей 87 УК РСФСР»;

¹⁴ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 декабря 1993 г. № 13 (в ред. от 6 февраля 2007 г.) «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1994. № 3.

¹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 апреля 1994 г. № 2 «О судебной практике по делам об изготовлении или сбыте поддельных денег или ценных бумаг» // Российская газета. 1994. 14 июля.

– решения, вынесенные по конкретным уголовным делам, рассматривавшимся в период после принятия Конституции России, но до трансформации под ее воздействием предписаний уголовного законодательства (в частности, дела об ответственности за недоносительство, совершенное супругами¹⁶).

В современной практике, когда вопросы противоречия между УК РФ и Конституцией России не являются столь очевидными, практика судов также изобилует обращениями к конституционным нормам для разрешения конкретных правоприменительных ситуаций. Весьма востребованной, в частности, конституционной нормой выступает ч. 1 ст. 61 Конституции, не допускающая выдачу иностранным государствам граждан Российской Федерации, обвиняемых в совершении преступлений. Непосредственно обращаются суды также к положениям Конституции Российской Федерации при определении содержания бланкетной части уголовно-правовых норм (например, в ст. 278, 285, 322 УК РФ)

Таким образом, можно заключить, что непосредственное применение судами Конституции Российской Федерации, пусть и в несколько ограниченном масштабе, сохраняет свое значение в деле конституционализации уголовно-правовых отношений и выступает своего рода «страховочным средством» в ситуациях критической трансформации отраслевого законодательства. В относительно спокойном, стабильном правовом пространстве потребность в таком прямом действии Конституции страны сокращается вследствие повышения качества уголовного законодательства.

Однако и в таких условиях значение судов общей юрисдикции в качестве агентов конституционализации уголовного права не снижается. За судами остается закрепленная на уровне обязанности необходимость воздерживаться от применения закона, вызывающего сомнения в конституционности, и обращаться в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке соответствия его Конституции России.

В случае неопределенности в вопросе о том, соответствует ли Конституции подлежащий применению по конкретному делу закон, суд обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о конституционности этого закона. Такой запрос в соответствии со ст. 101 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» может быть сделан судом любой инстанции и в любой стадии рассмотрения дела.

Надо признать, что суды не часто ставят перед этим органом вопрос о конституционности уголовного закона. Обращение к электрон-

¹⁶ Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации по делу И. от 28 апреля 1993 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1993. № 8. С. 6–7.

ной базе данных, содержащей решения Конституционного Суда Российской Федерации на официальном сайте Суда в сети Интернет, показывает, что за период с 1993 по 2019 г. Конституционный Суд Российской Федерации вынес всего 25 решений (включая отказные определения) по запросам судов общей юрисдикции и ни одного решения по запросу Верховного Суда Российской Федерации в порядке ч. 4 ст. 125 Конституции России (в то время как по жалобам граждан Российской Федерации – 2039 решений).

Такая ситуация, с одной стороны, может свидетельствовать о конституционном качестве уголовного закона и убежденности судов в его соответствии конституционным стандартам прав человека и безопасности. С другой стороны, это дает основания для постановки вопроса о том, насколько укоренено в правосознании представителей судейского корпуса позитивистское правопонимание, насколько они владеют приемами и навыками конституционного толкования и конституционной оценки уголовного закона, насколько готовы к свободной оценке уголовно-правовых норм и оспариванию презумпции их конституционности, насколько жестко судьи связаны запретом аналогии в уголовном праве, ограничивающим возможности распространения выработанных Конституционным Судом Российской Федерации позиций в отношении одних уголовно-правовых норм на иные нормы.

Не станем в настоящей работе вступать в обсуждение этих сложнейших тем. Отметим лишь, что ответы на них предполагают прежде всего формирование надлежащего правопонимания у всех представителей судейского корпуса, отвечающего современным представлениям о сущности права. Как верно пишет В.И. Крусс, «судье недостаточно быть “только” юридически грамотным и добросовестным лицом в механизме публичной власти. Ему требуется достоверная конституционно-правовая образованность, основанием которой выступают не дидактические познания в области законодательства... а нечто иное и гораздо большее: та степень интеллектуально-нравственной причастности к философии права и конституционализма, без которых судья заведомо не сможет – при выработке и принятии своих правосудных решений – руководствоваться буквой и духом национальной Конституции как акта прямого действия, актами и положениями международного права прав человека, которые затрагивает его акт правосудия» [Крусс, В.И., 2012, с. 40].

Конституционный Суд Российской Федерации

Конституционный Суд Российской Федерации выступает единственным субъектом, уполномоченным Конституцией России делать вывод о соответствии уголовного закона конституционным нормам и ценностям [Singelstein, T., 2011]. За период с 1993 по 2019 г. Конституци-

онный Суд вынес 2137 решений по обращениям о проверке конституционности УК РФ. Оценивая уголовно-правовое предписание, Конституционный Суд учитывает смысл, придаваемый рассматриваемому нормативному акту сложившейся судебной практикой, и его место в системе права. Тем самым он выражает свое отношение как к позиции законодателя, так и к пониманию нормы правоприменителем.

Детальное исследование вопроса о работе Конституционного Суда Российской Федерации, разумеется, не может составлять предмет нашего анализа. В интересующем нас отраслевом аспекте отметим лишь несколько значимых позиций.

Согласно Федеральному конституционному закону от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»¹⁷ проверка положений уголовного законодательства на предмет соответствия его Конституции России возможна в двух ситуациях:

а) по жалобе гражданина Российской Федерации или иных лиц на нарушение их конституционных прав и свобод той или иной нормой УК РФ, примененной в конкретном деле (ст. 97 Закона);

б) по запросу суда, если он придет к выводу о несоответствии Конституции России предписаний уголовного закона, подлежащего применению им в конкретном деле (ст. 101 Закона).

Исходя из этого и с учетом внесенных в названные статьи Закона изменений можно констатировать:

во-первых, допуская запрос судов о проверке конституционности уголовного закона, лишь «подлежащего применению» (а не примененного, как предполагалось в первоначальной редакции Закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»), законодатель подтвердил недопустимость применения судами законов, которые вызывают сомнения в их конституционности, и в то же время признал, что граждане могут самостоятельно оспаривать конституционность уголовного закона лишь в случае, если суд общей юрисдикции, по их мнению, не выполнил своего предназначения по защите конституционных ценностей;

во-вторых, не связывая запрос судов с проверкой факта нарушения уголовным законом лишь конституционных прав и свобод человека, законодатель существенно расширил возможности судов по обеспечению конституционализации уголовного права. Суд может ставить вопрос о конституционности уголовно-правовой нормы вне зависимости от того, нарушаются ли ею права и свободы граждан.

Как показал анализ 25 решений Конституционного Суда Российской Федерации, вынесенных по запросам судов, в них ставился вопрос о соответствии положений УК РФ ст. 19 Конституции Российской Федерации (56 процентов ссылок в запросах), ст. 15, 54, 55 (по 20 процентов), ст. 49 (16 про-

¹⁷ Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 13. Ст. 1447.

центов), ст. 50, 52 (по 12 процентов), ст. 1, 4, 45 (по 8 процентов), а также Преамбуле Конституции, ст. 2, 6, 17, 18, 22, 37, 38, 46, 47, 76, 118, 120 (по 4 процента).

По итогам рассмотрения дела о проверке конституционности положений уголовного закона Конституционный Суд Российской Федерации принимает аргументированное постановление или определение. Любое решение Конституционного Суда Российской Федерации в рассматриваемой части является окончательным и не подлежащим обжалованию. В соответствии с Законом «О Конституционном Суде Российской Федерации» (ст. 79) решение Конституционного Суда Российской Федерации действует непосредственно и не требует подтверждения другими органами и должностными лицами. Положения УК РФ, признанные неконституционными, утрачивают силу; решения судов, основанные на них, не подлежат исполнению и должны быть пересмотрены в установленных федеральным законом случаях. Юридическая сила постановления Конституционного Суда Российской Федерации о признании уголовно-правовой нормы неконституционной не может быть преодолена повторным принятием этого же нормативного предписания.

При анализе механизма конституционализации уголовного права посредством решений Конституционного Суда Российской Федерации необходимо принимать во внимание и содержание, и вид принимаемого Судом решения. По итогам конституционного разбирательства Суд принимает одно из следующих постановлений: о признании их соответствующими Конституции России; о признании их соответствующими Конституции Российской Федерации в данном Конституционном Судом Российской Федерации истолковании; о признании их не соответствующими Конституции Российской Федерации. Наряду с этим в практике Конституционного Суда Российской Федерации оформился особый вид решений – «определения с позитивным содержанием» (информационная база решений Конституционного Суда Российской Федерации по соответствующему запросу выдает 23 определения с позитивным содержанием). В литературе отмечается, что необходимость их принятия возникает в случаях, когда оспаривается не то же самое нормативное положение, по которому вынесено решение Конституционного Суда Российской Федерации (в таких случаях принимается обычное отказное определение), а аналогичное ему, т. е. такое, которое регулирует сходные отношения в соответствующей сфере общественной жизни [Витушкин, В.А., 2005].

Вместе с тем анализ показывает, что некоторые определения с позитивным содержанием не просто распространяют ранее сформулированную правовую позицию Конституционного Суда Российской Федерации на иные аналогичные ситуации, но по сути своей выявляют конституционно-правовой смысл оспариваемого уголовно-правового пред-

писания без проведения специального конституционно-правового разбирательства.

Принимая такое определение, Конституционный Суд Российской Федерации «обязывает государство и общество учитывать данное в определении конституционно-правовое истолкование обжалуемой нормы, исключая любое иное в правоприменительной практике, что, в свою очередь, обуславливает согласно данному толкованию применение иных норм, содержащих аналогичные положения» [Сухина, И.В., 2008]. Например, в своих определениях Конституционный Суд Российской Федерации констатировал: «Положения статьи 79 УК РФ по своему конституционно-правовому смыслу не препятствуют применению условно-досрочного освобождения от наказания в отношении лиц, которым назначенное по приговору суда наказание в виде смертной казни было в порядке помилования заменено на лишение свободы»¹⁸; при применении ст. 310 УК РФ на правоприменителя «...возлагается обязанность учитывать не только сам факт разглашения данных предварительного расследования, но и существо разглашенных данных, их соотношение с интересами предварительного расследования и (или) правами и законными интересами участников уголовного судопроизводства, которым причинен вред или которые находятся под угрозой причинения вреда, с тем чтобы оценить исходя из конкретных условий времени, места и обстановки совершения деяния характер и степень его общественной опасности»¹⁹.

Таким образом, можно утверждать, что конституционализация уголовного права осуществляется Конституционным Судом Российской Федерации либо непосредственно в постановлении при разрешении вопроса о конституционности уголовно-правовой нормы по существу, либо опосредованно путем толкования уголовно-правовой нормы в определении с аргументацией на основе ранее сформулированных правовых позиций.

В каждом решении Конституционного Суда Российской Федерации обосновывается правовая позиция по вопросу о соответствии нормы

¹⁸ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 11 июля 2006 г. № 406-О «По жалобе гражданина Груздева Алексея Александровича на нарушение его конституционных прав статьями 79 УК Российской Федерации и частью третьей статьи 399 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2007. № 1.

¹⁹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 6 октября 2015 г. № 2444-О «По жалобе гражданина Дворяка Владимира Геннадьевича на нарушение его конституционных прав положениями пункта 3 части второй статьи 38, части третьей статьи 53, статьи 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и статьи 310 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2016. № 1.

уголовного закона и придаваемого ей правоприменительной практикой смысла конституционным нормам и принципам.

Однако, пожалуй, только два вида решений – о полном, категорическом соответствии или, напротив, несоответствии закона Конституции – не вызывают проблем с их пониманием, толкованием и применением. При этом таких решений крайне немного. Один из наиболее ярких примеров – решение по вопросу о проверке конституционности ст. 64 УК РСФСР (1960), предусматривавшей ответственность за измену Родине²⁰. Здесь Конституционный Суд Российской Федерации четко и недвусмысленно констатировал: признать положение п. «а» ст. 64 УК РСФСР, квалифицирующее бегство за границу или отказ возвратиться из-за границы как форму измены Родине, не соответствующим Конституции Российской Федерации; признать положение п. «а» ст. 64 УК РСФСР, квалифицирующее выдачу государственной или военной тайны иностранному государству, а равно оказание иностранному государству помощи в проведении враждебной деятельности против Российской Федерации как форму измены Родине, соответствующим Конституции Российской Федерации. В силу решений подобного рода те или иные предписания УК РФ признаются либо недействующими, либо соответствующими ценностям Конституции, что влечет прогнозируемые и установленные законом последствия как в части законотворчества, так и в части правоприменения – для всех рассматриваемых или уже рассмотренных уголовных дел.

Основной массив решений Конституционного Суда Российской Федерации содержит выводы хотя и однозначные, но не столь категоричные. Это решения, в которых Суд признает уголовно-правовую норму (либо в целом, либо в некоторой части, либо в определенном истолковании, которое ей придается правоприменительной практикой) конституционной либо неконституционной, выявляя при этом конституционный смысл оцениваемого уголовно-правового предписания²¹.

Решения такого рода весьма специфичны. Они не исключают сами по себе дефектной нормы из УК РФ, а в ряде случаев даже не прово-

²⁰ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 декабря 1995 г. № 17-П «По делу о проверке конституционности ряда положений пункта «а» статьи 64 Уголовного кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.А. Смирнова» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 1. Ст. 54. К решениям подобного рода следует отнести: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 апреля 2001 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности статьи 265 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А.А. Шевякова» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2001. № 5.

²¹ См., например: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 11 декабря 2014 г. № 32-П «По делу о проверке конституционности положе-

дят их конституционно-правовой дисквалификации. Их исполнение не предполагает с необходимостью ни исключения статьи из УК РФ, ни внесения в нее изменений. Достаточно, к примеру, указать, что инициативы депутатов Государственной Думы внести на рассмотрение законопроекты об исключении ст. 212.1 УК РФ или изменении ст. 282 УК РФ фактически блокировались профильным комитетом на том основании, что сами по себе эти нормы признаны соответствующими Конституции России Конституционным Судом Российской Федерации. Однако такие решения наполняют уголовный закон смыслом и «духом», который должен быть воспринят прежде всего судами общей юрисдикции, рассматривающими уголовные дела, в которых применяется или предполагается применение соответствующей уголовно-правовой нормы. Последствие таких решений – это изменение практики толкования и применения уголовно-правовой нормы.

И еще на одну разновидность решений Конституционного Суда Российской Федерации надо обратить внимание. Они касаются не просто той или иной отдельной статьи уголовного закона, а «взаимосвязанных положений» уголовного и иного законодательства, толкование и применение которых в той или иной конкретной ситуации нарушает конституционные установления. Например, Суд признал не соответствующими Конституции Российской Федерации взаимосвязанные положения ч. 1 ст. 10 УК РФ, ч. 2 ст. 24, ч. 2 ст. 27, ч. 4 ст. 133 и ст. 212 УПК РФ в той мере, в какой они лишают лицо, уголовное преследование которого прекращено на досудебной стадии уголовного судопроизводства вследствие принятия нового уголовного закона, устраняющего преступность и наказуемость инкриминируемого ему деяния, возможности обжалования в судебном порядке законности и обоснованности вынесенных в ходе осуществления уголовного преследования этого лица актов органов дознания и предварительного следствия, в том числе фиксирующих выдвинутые подозрение, обвинение в инкриминируемом ему деянии, применение мер процессуального принуждения в ходе производства по уголовному делу, а в случае установления их незаконности и необоснованности – возможности признания за ним права на реабилитацию²². Как видим, в иных аспектах своего функционирования, об-

ний статьи 159.4 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Салехардского городского суда Ямало-Ненецкого автономного округа» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2015. № 2; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2017 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 212.1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина И.И. Дадина» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2017. № 2.

²² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 ноября 2013 г. № 24-П «По делу о проверке конституционности положений части первой

суждение которых не затребовано в обращении, ст. 10 УК РФ не проверяется здесь на конституционность, ее соответствие Конституции Российской Федерации презюмируется. Но в одном строго определенном отношении и в строго определенной ситуации истолкование этой статьи правоприменительными органами признается неконституционным.

Оценка содержания и видов представленных решений позволяет заключить, что конституционализация уголовного права посредством деятельности Конституционного Суда Российской Федерации осуществляется двояко: либо путем корректировки непосредственно текста уголовного закона, либо путем изменения понимания уголовно-правовой нормы, сложившегося на практике. В первом случае дефектная уголовно-правовая норма либо признается недействующей самим постановлением Конституционного Суда Российской Федерации, либо же ее корректировка возлагается Конституционным Судом Российской Федерации на парламент. Во втором случае решение Конституционного Суда Российской Федерации может не содержать посланий организационного характера парламенту, но ориентировано на принципиальное изменение в толковании и применении уголовно-правовой нормы.

Обсуждение и заключение

Проведенное исследование позволяет сформулировать ряд важных выводов.

1. С институциональной точки зрения механизм конституционализации уголовного права представляет собой систему взаимосвязанных и дополняющих друг друга способов и средств воплощения в уголовно-правовых нормах и практике их применения конституционных ценностей, дифференцированных в зависимости от функциональной принадлежности и компетенции субъектов конституционализации.

2. Этот механизм включает в себя: проведение правовой (в том числе на предмет соответствия Конституции Российской Федерации) экспертизы проектов уголовных законов в Государственной Думе, проведение правовой экспертизы принятых уголовных законов в Совете Федерации, толкование уголовных законов на предмет их соответствия Конституции Российской Федерации судами общей юрисдикции, запрет на применение сомнительных с точки зрения суда уголовных законов и обращение в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о

статьи 10 Уголовного кодекса Российской Федерации, части второй статьи 24, части второй статьи 27, части четвертой статьи 133 и статьи 212 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.А. Боровкова и Н.И. Морозова» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2014. № 1.

его конституционной оценке, проверку конституционности уголовного закона в Конституционном Суде и исполнение его решений законодателем и правоприменителем.

3. Совершенствование институционального механизма конституционализации уголовного права требует надлежащего нормативного регулирования правовой экспертизы уголовных законов на этапе их принятия и разработки эффективной методики такой экспертизы; обобщения и систематизации правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации по вопросам конституционности уголовного закона; формирования современного, конституционно-ориентированного правопонимания у всех представителей судебского корпуса, развития навыков применения уголовного закона в его толковании, данном Конституционным Судом Российской Федерации.

Список использованной литературы

Витушкин В.А. Определения Конституционного Суда Российской Федерации: особенности юридической природы. М. : Норма, 2005. 144 с.

Журкина Е.В. Правовая экспертиза нормативного правового акта как средство повышения эффективности законодательства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 25 с.

Закиров И.А. Правовая экспертиза : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2008. 27 с.

Исаков В.Б. Технологические карты правовой экспертизы законопроектов. URL: https://pravo.hse.ru/data/2011/12/13/1258913427/2001_Технологические%20карты%20правовой%20экспертизы%20законопроектов.pdf (дата обращения: 06.12.2019).

Ким А.В. Правовая и антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов и их проектов в территориальных органах Министерства юстиции Российской Федерации (административно-правовое исследование) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. 263 с.

Короткова О.А. Экспертиза законопроектов и законодательных актов: теоретико-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. 25 с.

Кострицкая М.В. Экспертная законопроектная деятельность: теоретико-правовое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2009. 22 с.

Крусс В.И. Конституционная судебная дискреция в механизме конституционализации правовой системы России // Российская юстиция. 2012. № 9. С. 39–43.

Сухина И.В. Регулирование конституционного судопроизводства определениями Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 19. С. 2–7.

Bilionis L.D. Process, the Constitution, and Substantive Criminal Law // *Michigan Law Review*. 1998. Vol. 96, no. 5. P. 1269–1334. DOI: 10.2307/1290179.

Lazerges C. La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal: entre audace et prudence // Dans *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. 2011. Vol. 1, no. 1 P. 193–207.

Philip L. La Constitutionnalisation du droit pénal français // *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. 1985. No. 4. P. 711–723.

Singelstein T. Zur Konstitutionalisierung im Strafrecht // *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul XLIII*. 2011. No. 60. P. 33–45.

References

Bilionis, L.D., 1998. Process, the Constitution, and Substantive Criminal Law. *Michigan Law Review*, 96(5), pp. 1269–1334. DOI: 10.2307/1290179. (In Eng.)

Isakov, V.B., 2011. *Tekhnologicheskie karty pravovoj ekspertizy zakonoproektov* = [Technological maps of legal examination of bills]. Available at: <https://www.hse.ru/data/2010/12/31/1208182926/4-42_Yuzhakov.pdf> [Accessed 6 December 2019]. (In Russ.)

Kim, A.V., 2017. *Pravovaya i antikorrupcionnaya ekspertiza normativnyh pravovyh aktov i ih projektov v territorial'nyh organah Ministerstva yusticii Rossijskoj Federacii (administrativno-pravovoe issledovanie)* = [Legal and anti-corruption examination of normative legal acts and their projects in the territorial bodies of the Ministry of Justice of the Russian Federation (administrative and legal study)]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Korotkova, O.A., 2010. *Ekspertiza zakonoproektov i zakonodatel'nyh aktov: teoretiko-pravovoj aspekt* = [Examination of bills and legislative acts: theoretical and legal aspect]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Kostritskaya, M.V., 2009. *Ekspertnaya zakonoproektnaya deyatel'nost': teoretiko-pravovoe issledovanie* = [Expert legislative activity: theoretical and legal research]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Belgorod. (In Russ.)

Kruss, V.I., 2012. Constitutional judicial discretion in the mechanism of constitutionalization of the legal system of Russia. *Rossiyskaya yusticiya* = [Russian Justice], 9, pp. 39–43. (In Russ.)

Lazerges, C., 2011. La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal: entre audace et prudence. *Dans Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1(1), pp. 193–207. (In Fr.)

Philip, L. 1985. La Constitutionnalisation du droit pénal français. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4, pp. 711–723. (In Fr.)

Singelstein, T., 2011. Zur Konstitutionalisierung im Strafrecht. *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul XLIII*, 60, ss. 33–45. (In Germ.)

Sukhinina, I.V., 2008. Regulation of constitutional legal proceedings by the constitutional Court of the Russian Federation. *Konstitucionnoe i municipal'noe pravo* = [Constitutional and Municipal Law], 19, pp. 2–7. (In Russ.)

Vitushkin, V.A., 2005. *Opredeleniya Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii: osobennosti yuridicheskoy prirody* = [Definitions of the Constitutional Court of the Russian Federation: features of a legal nature]. Moscow: Norma. (In Russ.)

Zakirov, I.A., 2008. *Pravovaya ekspertiza* = Legal examination. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Nizhny Novgorod. (In Russ.)

Zhurkina, E.V., 2009. *Pravovaya ekspertiza normativnogo pravovogo akta kak sredstvo povysheniya effektivnosti zakonodatel'stva* = [Legal examination of a normative legal act as a means of increasing the effectiveness of legislation]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Гузеева Ольга Сергеевна, судья Арбитражного суда Московской области (107078, Россия, г. Москва, пр-т Академика Сахарова, д. 18), кандидат юридических наук [**Olga S. Guzeeva**, Judge of the Arbitration Court of the Moscow Region (18 Akademika Sakharova Av., Moscow, 107078, Russia), Cand. Sci. Law]. E-mail: olga3520@list.ru

Особенности правового режима земельных участков в границах охранных зон особо охраняемых природных территорий

К.М. Широков*

** ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия
shirokov_kirill@mail.ru*

Введение. Данная статья посвящена анализу особенностей правового режима земельных участков в границах охранных зон особо охраняемых природных территорий. В силу особой значимости и уникальности особо охраняемые природные территории образуют природно-заповедный фонд Российской Федерации с особым механизмом охраны и защиты от негативного антропогенного воздействия. Охранные зоны являются одной из мер по охране таких особо охраняемых природных территорий, как государственные природные заповедники, национальные парки, природные парки и памятники природы, а также одним из главнейших элементов правового режима земель особо охраняемых природных территорий. Создание таких особо охраняемых природных территорий, как правило, сопровождается последующим утверждением положений об их охранных зонах. Так как в законодательстве отсутствуют императивные нормы об обязательности создания охранных зон, на федеральном и региональном уровне такие зоны не имеют широкого распространения.

Теоретические основы. Методы. Важную роль в процессе изучения особенностей правового режима земельных участков в границах особо охраняемых природных территорий сыграли системный, сравнительный, формально-юридический методы.

Результаты исследования. Рассмотрены особенности установления, изменения и прекращения существования охранных зон особо охраняемых природных территорий, а также особенности согласования их границ и внесения информации в кадастры и реестры. На основе комплексного анализа судебной практики сделаны выводы о необходимости совершенствования механизма определения возможности осуществления хозяйственной деятельности на земельных участках в охранных зонах. Особое внимание уделено характеристике законодательства Российской Федерации и законодательства субъектов Российской Федерации об охранных зонах особо охраняемых природных территорий федерального и регионального значения и правового режима земельных участков в их границах.

Обсуждение и заключение. Настоящее исследование показало, что установление охранных зон особо охраняемых природных территорий существенным образом влияет на правовой режим земельных участков, находящихся в их границах. Несмотря на то что оборотоспособность данных земельных участков не ограничена, они не изымаются или не выкупаются из частной собственности, индивидуально-определенные характеристики существенным образом не изменяются, но при этом устанавливаются ограничения на возможность осуществления хозяйственной и иной деятельности, необходимость дополнительного согласования с органами государственной власти порядка осуществления такой деятельности на земельных участках. Изменения, связанные с установлением охранных зон, влекут изменение кадастровой и рыночной стоимости земельных участков и, как следствие, право правообладателей земельных участков требовать от органов государ-

ственной власти возмещения убытков в соответствии с гражданским и земельным законодательством.

Ключевые слова: особо охраняемая природная территория, охранный режим, земельный участок, ограничение, хозяйственная деятельность, правовой режим

Для цитирования: Широков К.М. Особенности правового режима земельных участков в границах охранных зон особо охраняемых природных территорий // Правосудие. 2020. Т. 2, № 2. С. 195–213. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.195-213

Features of the Legal Regime of the Land Plots within the Boundaries of Protected Areas of Specially Protected Natural Territories

Kirill M. Shirokov*

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

For correspondence: shirokov_kirill@mail.ru

Introduction. This article is devoted to the analysis of the peculiarities of the legal regime of land plots within the boundaries of protected zones of specially protected natural territories. Due to their special significance and uniqueness, specially protected natural territories form the nature reserve fund of the Russian Federation with a special mechanism for protection and protection from negative anthropogenic impact. Protected areas are one of the measures to protect such specially protected natural areas as state nature reserves, national parks, natural parks and natural monuments, as well as one of the most important elements of the legal regime of lands of specially protected natural areas. The creation of data on specially protected natural areas, as a rule, is followed by the subsequent approval of the regulations on their protected zones. Since the legislation does not have peremptory norms on the mandatory creation of protection zones, such zones are not widespread at the federal and regional levels.

Theoretical Basis. Methods. An important role in the process of studying the peculiarities of the legal regime of land plots within the boundaries of specially protected natural territories was played by systematic, comparative, formal-legal methods.

Results. The features of the establishment, modification and termination of the protection zones of specially protected natural areas, as well as the features of coordination of their borders and the entry of information into cadasters and registers are considered. Based on a comprehensive analysis of judicial practice, conclusions are drawn about the need to improve the mechanism for determining the feasibility of economic activity on land in protected areas. Particular attention is paid to the characteristics of the legislation of the Russian Federation and the legislation of the constituent entities of the Russian Federation on protected areas of specially protected natural territories of federal and regional significance and the legal regime of land plots within their borders.

Discussion and Conclusion. This study showed that the establishment of protected areas of specially protected natural areas significantly affects the legal regime of land within their borders. Despite the fact that the turnover of these land plots is not limited, they are not withdrawn or redeemed from private property, individually defined characteristics are not significantly changed, but at the same time restrictions are set on the possibility of carrying out economic and other activities, the need for additional coordination with state bodies authorities order to carry out such activities on land. Changes associated with the establishment of protective zones entail a change in the cadastral and market value of land, and as a result, the right of land owners to demand compensation from state authorities for civil and land laws.

Keywords: specially protected natural territory, conservation zone, land plot, restriction, economic activity, legal regime

For citation: Shirokov, K.M., 2020. Features of the legal regime of the land plots within the boundaries of protected areas of specially protected natural territories. *Pravosudie = Justice*, 2(2), pp. 195–213. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.2.195-213

Введение

Охранные зоны представляют собой один из видов зон с особыми условиями использования территорий, которые создаются для защиты окружающей среды или отдельных объектов от негативного воздействия. В соответствии со ст. 105 Земельного кодекса Российской Федерации¹ (далее – ЗК РФ) одним из видов охранных зон являются охранные зоны особо охраняемых природных территорий.

Согласно Федеральному закону от 14 марта 1995 г. № 33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях»² (далее – Закон об ООПТ) под особо охраняемыми природными территориями (далее – ООПТ) понимаются участки земли, водной поверхности и воздушного пространства над ними, где располагаются природные комплексы и объекты, которые имеют особое природоохранное, научное, культурное, эстетическое, рекреационное и оздоровительное значение, которые изъяты решениями органов государственной власти полностью или частично из хозяйственного использования и для которых установлен режим особой охраны.

Особо охраняемые природные территории, как и зоны экологического бедствия, являются территориями с особым эколого-правовым статусом. Режим особо охраняемых природных территорий регулируют десятки нормативных правовых актов, а сами они исчисляются тысячами [Анисимов, А.П., Алексеева, А.П. и Мелихов, А.И., 2013, с. 86].

Согласно ст. 95 ЗК РФ и ст. 58 Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»³ данные земли являются общенациональным достоянием и образуют природно-заповедный фонд России.

Правовое значение определения ООПТ, как и иных объектов, получивших сходный статус, в качестве общенационального достояния следует искать в том, что режим данных территорий должен обеспечивать экологические интересы всего общества, а использование природных объектов в границах ООПТ в интересах частных лиц должно быть ограничено [Боголюбов, С.А., и др., 2010, с. 226].

Развитие ООПТ позволяет в долгосрочной перспективе сохранить ареалы обитания объектов растительного и животного мира, занесен-

¹ Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 44. Ст. 4147.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 12. Ст. 1024

³ Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 2. Ст. 133.

ных в Красную книгу Российской Федерации, эстетико-культурное разнообразие ландшафтов, историческую ценность памятников, расположенных на этих территориях [Сухов, В.Е., 2018, с. 14].

Для предотвращения угроз в области экологической безопасности и рационального природопользования Стратегия национальной безопасности Российской Федерации⁴ устанавливает меры, реализуемые органами государственной власти и местного самоуправления во взаимодействии с институтами гражданского общества и направленные на развитие системы ООПТ, в том числе морских, сохранение редких и исчезающих видов растений и животных, уникальных природных ландшафтов и живых систем [Жаворонкова, Н.Г. и Шпаковский, Ю.Г., 2017, с. 12].

Согласно Концепции развития системы особо охраняемых природных территорий федерального значения на период до 2020 года предлагается осуществить ряд изменений действующего законодательства, а именно совершенствовать регулирование земельных отношений на особо охраняемых природных территориях; регламентировать режим особой охраны земельных участков, включенных в границы национальных парков без изъятия из хозяйственной эксплуатации; совершенствовать механизм изменения границ, статуса и категорий особо охраняемых природных территорий; уточнять особенности режима особой охраны отдельных категорий особо охраняемых природных территорий и перечень категорий особо охраняемых природных территорий⁵.

Для решения поставленных задач необходимы совершенствование и развитие системы ООПТ посредством устранения несовершенства правового регулирования в этой сфере, восприятия международного и зарубежного опыта, в том числе гармонизации законодательства Российской Федерации об ООПТ с нормами международного экологического права [Воронцова, А.А., 2016, с. 33–34].

Все требования законодательства об охране окружающей среды являются своеобразными ограничениями прав частных собственников. Кроме того, предусматриваются особые меры, специально адресованные собственникам земли и прямо затрагивающие их интересы [Красов, О.И., 2014, с. 340]. Одной из таких мер, направленных на пре-

⁴ Указ Президента Российской Федерации от 31 декабря 2015 г. № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 1 (ч. II). Ст. 212.

⁵ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 22 декабря 2011 г. № 2322-р «Об утверждении Концепции развития системы особо охраняемых природных территорий федерального значения на период до 2020 года» (вместе с «Планом мероприятий по реализации Концепции развития системы особо охраняемых природных территорий федерального значения на период до 2020 года») // Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 3. Ст. 452.

дотвращение негативного антропогенного воздействия, ограничение хозяйственной деятельности, которая может нанести вред ООПТ, является создание охранных зон.

Законодательство не содержит определение понятия «охранная зона». Его можно определить исходя из предназначения. *Охранными зонами* можно считать территории земельных участков и водных объектов, прилегающие к границам ООПТ и предназначенные для предотвращения неблагоприятных антропогенных воздействий на ООПТ.

Законодатель установил закрытый перечень ООПТ, для которых возможно создание охранных зон. Ими являются государственные природные заповедники, национальные парки, природные парки и памятники природы. Как указывает М.М. Бринчук, «действующую позицию законодателя вряд ли можно считать оправданной, так как иные категории ООПТ также могут нуждаться в предотвращении неблагоприятных антропогенных воздействий из сопредельных территорий. Территории в границах охранных зон не являются ООПТ, соответственно, в отличие от ООПТ они создаются в упрощенном порядке. Категория земель в границах охранных зон не меняется, но обременяется определенными запретами и ограничениями» [Бринчук, М.М., и др., 2015].

Поскольку в законодательстве отсутствуют императивные нормы об обязательности создания охранных зон, на федеральном и региональном уровне создание таких зон не носит повсеместного распространения (например, на федеральном уровне охранные зоны созданы вокруг государственного природного заповедника «Нургуш», государственного природного заповедника «Остров Врангеля», национального парка «Государственный комплекс “Завидово”», Сохединского государственного природного заповедника; на уровне субъектов Российской Федерации – вокруг памятника природы «Уйтаг», природного парка «Бурейский», природного парка «Кумысная поляна»).

Вопреки требованиям Закона об ООПТ исполнительные органы государственной власти Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления не обеспечили принятие положений о тысячах ООПТ федерального, регионального и местного значения, а в связи с этим отсутствуют и положения об охранных зонах ООПТ.

Так, отсутствуют охранные зоны вокруг Дарвинского государственного природного биосферного заповедника, Кавказского государственного природного биосферного заповедника, заповедников «Зейский», «Норский», «Корякский», «Командорский», «Тебердинский», «Хинганский», «Центральносибирский», «Эрзи» и других [Паламарчук, А.В., 2018, с. 3–4].

При этом охранные зоны ООПТ необходимо отличать от функциональных зон ООПТ, созданных внутри границ ООПТ. Если первые со-

здаются вокруг ООПТ и являются буферными зонами, призванными минимизировать вредное воздействие на ООПТ, то вторые создаются в границах ООПТ и являются одним из правовых инструментов определения правового режима земель и земельных участков в границах национальных, природных, дендрологических парков и ботанических садов (например, в национальных парках создаются особо охраняемые зоны). Если функциональное зонирование является обязательным для некоторых категорий ООПТ и должно быть отражено посредством утверждения положений о соответствующих видах ООПТ, то охранная зона ООПТ устанавливается положением о соответствующей охранной зоне, которое утверждается по усмотрению органа государственной власти, принимающего решение о создании ООПТ.

Для каждого земельного участка важнейшими его характеристиками для определения правового режима являются целевое назначение и разрешенное использование на основании градостроительного регламента и иных процедур, установленных законом. По мнению Е.А. Галиновской, «расположение на этом земельном участке недвижимых объектов, природных объектов, установление охранных или защитных зон также являются основой определения уникального для этого земельного участка правового режима» [Галиновская, Е.А., 2015].

По своей юридической природе охранная зона, не являясь самостоятельным объектом гражданских правоотношений, может влиять на объем и содержание правомочий правообладателя земельного участка, расположенного в границах охранных зон [Золотова, О.А., 2013, с. 15].

Е.В. Лунева указывает, что «правовой режим земельных участков в охранной зоне ООПТ (они свободны в обороте, у них сравнительно широкие возможности по хозяйственному использованию) значительно отличается от правового режима земельных участков в границах ООПТ (как правило, земельные участки ограничены либо изъяты из оборота, установлены более строгие ограничения по их использованию» [Лунева, Е.В., 2018, с. 28–29].

Следовательно, правовой режим земельных участков, расположенных в границах охранных зон ООПТ, носит смешанный правовой режим, так как на него распространяются общие нормы гражданского, земельного, природоресурсного и градостроительного законодательства, а также специальные природоохранные нормы об особом статусе ООПТ.

Теоретические основы. Методы

Объектом исследования в статье выступает установление особого правового режима земельных участков в границах охранных зон как одной из мер по охране ООПТ. В представленном исследовании использован комплекс научных методов: системный, сравнительный, формально-

юридический методы, а также проблемно-теоретический прием исследования.

На основе системного метода раскрываются место и роль охранных зон для предотвращения негативного воздействия на ООПТ посредством ограничения хозяйственной деятельности и установления иных ограничений, влияющих на правовой режим земельных участков.

Сравнительный метод исследования позволил сопоставить федеральное и региональное законодательство по вопросу разработки и утверждения положений об охранных зонах ООПТ.

Формально-юридический метод содействовал осмыслению правовой парадигмы в контексте современного юридического научного знания, уточнению существующих понятий и юридических конструкций в рассматриваемой области.

Проблемно-теоретический прием исследования способствовал постановке проблемных вопросов, которые требуют обстоятельного изучения в теории земельного и гражданского права и изменений в их регулировании действующим законодательством.

Результаты исследования

Порядок установления, изменения и прекращения существования охранных зон ООПТ, а также общие требования к правовому режиму земельных участков в границах данных зон определяются ст. 106, 107 ЗК РФ, а также постановлением Правительства Российской Федерации от 19 февраля 2015 г. № 138 «Об утверждении Правил создания охранных зон отдельных категорий особо охраняемых природных территорий, установления их границ, определения режима охраны и использования земельных участков и водных объектов в границах таких зон»⁶ (далее – Постановление «Об утверждении Правил создания охранных зон»).

Данное Постановление определяет минимальную ширину охранных зон государственных природных заповедников и национальных парков, которая не может быть меньше одного километра, определяет порядок согласования проекта положения об охранных зонах с федеральными органами исполнительной власти (Министерство сельского хозяйства Российской Федерации, Министерство обороны Российской Федерации, Федеральное агентство по недропользованию, Федеральное агентство водных ресурсов и Федеральное агентство лесного хозяйства, Федеральная служба безопасности Российской Федерации и др.).

Установленные размеры охранных зон государственных природных заповедников, национальных парков и памятников природы федерального значения также можно рассматривать в качестве иных нормативов в области охраны окружающей среды [Берназ, Л.П., и др., 2018].

⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 9. Ст. 1323.

Однако проектом постановления Правительства «Об утверждении Положения об охранных зонах особо охраняемых природных территорий» (подготовлен Министерством природных ресурсов и экологии Российской Федерации 28 февраля 2019 г.)⁷ предлагается изменить подход к определению границ и ширины охранных зон: охранный зона может состоять из отдельных участков, а ширина охранной зоны не должна быть менее 5 метров и более 25 километров от границ ООПТ. Данные предложения, если и будут законодательно утверждены, негативным образом отразятся на охране и соблюдении правового режима ООПТ, а в перспективе могут нанести непоправимый ущерб окружающей среде в целом.

При определении размеров охранной зоны ООПТ должны приниматься во внимание следующие факторы: природно-климатические условия; категории земель и разрешенное использование земельных участков, которые планируется включить в границы охранной зоны; функциональное зонирование ООПТ; наличие или отсутствие объектов капитального строительства федерального, регионального или местного значения; положения о территориальном планировании Российской Федерации, субъектов Федерации или муниципальных районов.

Режим охраны и использования земельных участков и водных объектов в границах охранных зон устанавливается положением о соответствующей охранной зоне, которое утверждается органом государственной власти, принимающим решение о ее создании⁸.

Если сравнивать названные нормативные правовые акты Российской Федерации и субъектов Федерации об утверждении положений о

⁷ URL: https://regulation.gov.ru/projects?_ga=2.266617095.886502375.1580064118-1088397321.1580064118#search=охранных&npr=88970 (дата обращения: 11.01.2020).

⁸ Например, на федеральном уровне утверждены приказ Минприроды России от 4 июля 2019 г. № 442 «Об охранной зоне участка “Бухта Медуза” государственного природного заповедника “Большой Арктический”»; приказ Минприроды России № 293, ФСО России № 59 от 7 мая 2019 г. «Об охранной зоне национального парка “Государственный комплекс “Завидово”»; на региональном уровне – постановление Губернатора Амурской области от 7 июня 2018 г. № 116 «О создании охранной зоны особо охраняемой природной территории регионального значения природного парка “Бурейский”», указ Губернатора Пермского края от 1 августа 2018 г. № 74 «О создании охранных зон особо охраняемых природных территорий Пермского края категории “памятники природы”», постановление Главы Республики Хакасия – Председателя Правительства Республики Хакасия от 2 декабря 2016 г. № 90-ПП «О создании охранной зоны особо охраняемой природной территории регионального значения – памятник природы “Уйтаг”», постановление Губернатора Саратовской области от 18 июня 2019 г. № 147 «Об установлении охранной зоны особо охраняемой природной территории регионального значения “Природный парк “Кумысная поляна”»).

создании охранных зон ООПТ, то по своей внутренней структуре они очень похожи: цель создания, площадь и границы (карта-схема), перечень ограничений хозяйственной деятельности, который носит неисчерпывающий характер, а также информация об уполномоченном органе, осуществляющем контроль за соблюдением режима охранной зоны ООПТ. В данном случае, как считает Н.И. Хлуденева, «региональный законодатель, вместо того чтобы оценить состояние действующего экологического законодательства и выявить наличие проблем правового регулирования экологических отношений, которые могут быть устранены на уровне субъектов Российской Федерации, ограничивается переписыванием предписаний, сформулированных нормотворцами на федеральном уровне» [Хлуденева, Н.И., 2014, с. 36].

На территории охранной зоны, как правило, запрещаются следующие виды хозяйственной и иной деятельности: добыча полезных ископаемых; сплошные рубки лесных насаждений, за исключением санитарных; сбор, размещение, накопление, утилизация, обезвреживание отходов, размещение свалок отходов и мусора; загрязнение почв, замусоривание территории, захоронение мусора; предоставление садоводческих и дачных участков; иная деятельность, оказывающая негативное (вредное) воздействие на природные комплексы памятника природы. При этом разрешены эксплуатация и реконструкция существующих объектов хозяйственной и иной деятельности.

Порядок установления охранных зон не нарушает права граждан на передвижение и пребывание в местах общего пользования [Волков, С.Н., и др., 2009].

Однако на законодательном уровне не регламентирован порядок согласования возможности осуществления хозяйственной деятельности с органами государственной власти. Такого рода пробел порождает множество судебных споров, в частности применительно к режиму использования национальных парков.

Особенность осуществления хозяйственной деятельности на земельных участках в границах охранных зон национальных парков состоит в том, что в соответствии с п. 4 ст. 15 Закона об ООПТ необходимо произвести согласование с федеральными органами исполнительной власти, в ведении которых находятся национальные парки, вопросов социально-экономической деятельности хозяйствующих субъектов, а также проекты развития населенных пунктов, находящихся на территориях соответствующих национальных парков и их охранных зон.

В соответствии с п. 2 постановления Правительства Российской Федерации от 29 мая 2008 г. № 404 «О Министерстве природных ресурсов и экологии Российской Федерации» Минприроды России осуществляет государственное управление в области организации и функционирования ООПТ федерального значения.

Однако, как указано в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 15 сентября 2015 г. по делу № А40-219463/14⁹, законодательством не установлено конкретное требование о возможности эксплуатации какого-либо объекта на территории национального парка только при наличии соответствующего согласования, не предусмотрен порядок согласования, в частности, не установлена обязанность хозяйствующих субъектов по инициированию вопросов согласования.

Предоставление государственной услуги по согласованию вопросов социально-экономической деятельности хозяйствующих субъектов, находящихся на территории национальных парков и их охранных зон, равно как и соответствующий регламент согласования деятельности с Минприроды России, действующим законодательством не установлено.

В настоящее время порядок согласования не разработан, следовательно, в случае несоблюдения данного порядка невозможно привлечь субъекта хозяйственной деятельности, в частности, к административной ответственности по ст. 8.39 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации [Амелин, Р.В., Колоколов, Р.В. и Колоколова, М.Д., 2019].

Противоположная позиция высказана в Постановлении Верховного Суда Российской Федерации от 20 февраля 2015 г. по делу № 305-АД14-6627¹⁰, в котором определено, что доводы жалобы о том, что п. 4 ст. 15 Закона об ООПТ не устанавливает конкретное требование о возможности эксплуатации какого-либо объекта на территории национального парка (как особо охраняемой природной территории) только при наличии соответствующего согласования, а также о том, что данной нормой не предусмотрен порядок согласования, в частности не установлена обязанность хозяйствующих субъектов по инициированию вопросов согласования подобного пользования, подлежат отклонению. В Постановлении указано также далее, что и разрешение на строительство не означает соблюдение требований п. 4 ст. 15 Закона об ООПТ.

В связи с тем, что федеральное законодательство не содержит перечень возможных видов хозяйственной деятельности, которые разрешено осуществлять на земельных участках в границах охранных зон ООПТ, можно сделать вывод о том, что осуществление определенного вида хозяйственной деятельности регламентируется региональным законодательством, принятым в развитие положений об отдельных видах ООПТ, а также по согласованию с федеральными органами исполнительной власти в области охраны окружающей среды.

Например, в апелляционном определении Московского городского суда от 18 ноября 2016 г. по делу № 33а-45970/2016¹¹ указано, что ограничение со-

⁹ Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

циально-экономической деятельности хозяйствующих субъектов, расположенных в охранной зоне национального парка, в частности запрет строительства и реконструкция жилых домов, инженерных коммуникаций, коммунальных объектов в 150-метровой полосе охранной зоны территории национального парка, возникает в силу закона, т. е. данный запрет прямо предусмотрен п. 8 постановления Правительства Москвы и Администрации Московской области от 29 апреля 1992 г. № 235-113 «О дальнейшем развитии Государственного природного национального парка “Лосиный остров”»¹². Однако за границами 150-метровой полосы строительство многоквартирного дома по согласованию с Министерством природных ресурсов и экологии Российской Федерации может осуществляться в том числе и путем изменения категории земель и вида разрешенного использования земельного участка, если это приведет к снижению негативного воздействия на национальный парк.

В вопросе о том, на каком этапе хозяйствующий субъект должен согласовать социально-экономическую деятельность, необходимо руководствоваться принципом презумпции экологической опасности планируемой хозяйственной деятельности, закрепленным в ст. 3 Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды», а также иными запретами, установленными ст. 15 Закона об ООПТ. Таким образом, согласование должно осуществляться до начала реализации планируемой деятельности.

Еще одна проблема: действующим законодательством не установлены порядок и сроки рассмотрения заявлений от хозяйствующих субъектов, направляемых на согласование возможности осуществления хозяйственной деятельности в федеральный орган исполнительной власти, в ведении которого находятся национальные парки.

Как указывается в постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 25 апреля 2019 г. № 09АП-13154/2019 по делу № А40-236011/18¹³, довод заявителя со ссылкой на порядок и сроки, установленные Федеральным законом № 59-ФЗ от 2 мая 2006 г. «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»¹⁴, является ошибочным, так как в данном случае нормы этого Закона к спорным правоотношениям применению не подлежат. Минприроды России своим письмом проинформировало заявителя о необходимости предоставления определенных документов и информации для принятия решения о согласовании социально-экономической деятельности на территории Национального парка, после чего считает возможным вернуться к рассмотрению вопроса о согласовании социально-экономической деятельности.

Нередко вызывает вопросы оборотоспособность земельных участков в границах охранных зон ООПТ. Это связано с тем, что ни Закон об

¹² Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹³ Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 19. Ст. 2060.

ООПТ, ни ст. 27 ЗК РФ, ни Постановление «Об утверждении Правил создания охранных зон» не устанавливают возможность или невозможность оборота данных земельных участков.

По этому вопросу Верховный Суд Российской Федерации в Определении от 28 мая 2015 г. № 58-КГ15-2¹⁵ высказал позицию, подтверждающую, что действующее законодательство не содержит запрета на предоставление гражданам в собственность земельных участков, расположенных в границах охранных зон особо охраняемых природных территорий, в том числе государственных природных заповедников.

Такие земельные участки не изъяты из оборота и не ограничены в обороте, их использование допускается с соблюдением определенных ограничений, направленных на предотвращение негативного воздействия на природные комплексы [Краснова, И.О., Мисник, Г.А. и Влащенко, В.Н., 2019, с. 117].

Одним из обязательных законодательных требований, завершающих процедуру создания (изменения или прекращения) охранных зон ООПТ, является включение информации о них в соответствующие реестры и кадастры. Согласно Федеральному закону от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» (далее – Закон о регистрации недвижимости)¹⁶ сведения о границах ООПТ, о зонах с особыми условиями использования включаются в специальный реестр границ (подп. 3 п. 2 ст. 7 Закона о регистрации недвижимости), а, в свою очередь, сведения о том, что земельный участок полностью или частично расположен в их границах, являются дополнительными и должны быть отражены в кадастре недвижимости (подп. 5, 6 п. 5 ст. 8 Закона о регистрации недвижимости). Особый порядок внесения таких сведений в Единый государственный реестр недвижимости (ЕГРН) и обязанность органов государственной власти предоставлять данные сведения установлены ст. 32 Закона о регистрации недвижимости и постановлением Правительства Российской Федерации от 31 декабря 2015 г. № 1532 «Об утверждении Правил предоставления документов, направляемых или предоставляемых в соответствии с частями 1, 3–13, 15 статьи 32 Федерального закона “О государственной регистрации недвижимости” в федеральный орган исполнительной власти (его территориальные органы), уполномоченный Правительством Российской Федерации на осуществление государственного кадастрового учета, государственной регистрации прав, ведение Единого государственного реестра недвижимости и предоставление сведений, содержащихся в Едином государственном реестре недвижимости»¹⁷.

¹⁵ Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4344.

¹⁷ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 2 (ч. I). Ст. 405.

Наличие соответствующих сведений о границах ООПТ в ЕГРН и иных информационных ресурсах является дополнительной гарантией принятия грамотных (прежде всего экологически обоснованных) управленческих решений [Лавров, В.В., 2018, с. 280].

Таким образом, момент возникновения, изменения и прекращения существования охранных зон ООПТ привязан к моменту внесения соответствующих сведений в ЕГРН.

Так, охранные зоны, возникающие в силу закона, а также ограничения использования земельных участков в таких зонах считаются установленными (либо измененными, либо прекратившими свое существование) со дня внесения сведений о конкретной зоне в ЕГРН. Данное правило, закрепленное в ч. 8 ст. 26 Федерального закона от 3 августа 2018 г. № 342-ФЗ «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», действует в отношении зон, устанавливаемых после 4 августа 2018 г. В отношении зон, установленных до этой даты, сформулировано переходное положение, согласно которому до 1 января 2022 г. такие зоны считаются установленными и в случае отсутствия сведений о них в ЕГРН. При этом Законом этот срок установлен как пресекательный: после 1 января 2022 г. зоны, сведения о которых не внесены в ЕГРН, не будут считаться установленными (существующими) [Степанова, Л.И., 2019, с. 99].

В кадастры ООПТ федерального¹⁸ или регионального уровня подлежат внесению сведения о режиме охранной зоны ООПТ (в том числе приводятся следующие сведения: реквизиты правового акта, которым создана охранная зона; размеры охранной зоны – минимальная и максимальная ширина (км); описание границ охранной зоны; реквизиты последнего по времени принятия документа, устанавливающего режим охраны и использования этой территории; основные ограничения хозяйственной и иной деятельности; основные разрешенные виды природопользования и иной хозяйственной деятельности), а также о площади охранной зоны ООПТ (га).

Однако отсутствие информации об охранных зонах ООПТ в названных ЕГРН и кадастрах ООПТ не освобождает правообладателей и иных заинтересованных лиц от необходимости соблюдения правового режима охранных зон, особых требований к использованию земельного участка и от ответственности, которая может наступить в соответствии с уголовным и административным законодательством.

Согласно постановлению Арбитражного суда Московского округа от 8 сентября 2015 г. № Ф05-11909/2015 по делу № А40-127115/14 отсут-

¹⁸ Приказ Минприроды России от 19 марта 2012 г. № 69 «Об утверждении Порядка ведения государственного кадастра особо охраняемых природных территорий». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

ствие сведений об ограничениях и обременениях в отношении земельного участка, расположенного в охранной зоне ООПТ в ЕГРН, т. е. отсутствие зарегистрированных обременений на эту территорию, не свидетельствует об их фактическом отсутствии.

Как указывает Е.С. Болтанова, на территории России «в силу отсутствия у правообладателей земельных участков информации о специальных зонах, в том числе по объективным причинам (зачастую нет такой информации и в открытых информационных системах), во многих случаях в пределах границ зон с особыми условиями использования расположены объекты недвижимости, не соответствующие правовому режиму этих зон» [Болтанова, Е.С., 2019, с. 59].

Такие объекты недвижимости согласно п. 5 ст. 107 ЗК РФ подлежат сносу за счет правообладателя земельного участка, за исключением случаев, если собственник объекта недвижимости изменил вид разрешенного использования на допустимый, в срок, определяемый соглашением о возмещении убытков или в течение трех лет со дня принятия постановления о соответствующей охранной зоне ООПТ.

Таким образом, статус охранной зоны устанавливает специфические ограничения в использовании земельных участков, при этом ни категория, ни вид их разрешенного использования не изменяются. Правовой режим охранных зон распространяется на все земельные участки вне зависимости от вида их разрешенного использования, а также на земельные участки, градостроительные регламенты для которых не устанавливаются или на которые их действие не распространяется.

Необходимо иметь в виду, что соблюдение режима земель охранных зон является обязательным, даже если о них нет сведений в ЕГРН, но при этом охранные зоны установлены в соответствии с требованиями законодательства. Следует помнить, что помимо запретов на совершение определенных действий у землепользователей существует обязанность согласования строительства и эксплуатации объектов с эксплуатирующей объект охранной зоны организацией или организацией, осуществляющей полномочия собственника в отношении объекта охранной зоны. В определенных случаях возможно возместить убытки, причиненные установлением охранных зон [Золотова, О.А., 2015, с. 45].

Возмещение убытков в связи с ограничением прав правообладателей земельных участков ввиду установления охранных зон свидетельствует о возмещении вреда, причиненного правомерными действиями, и регулируется общими положениями ст. 1064 ГК РФ и ст. 57 и 57.1 ЗК РФ.

Обсуждение и заключение

Настоящее исследование показало, что установление охранных зон особо охраняемых природных территорий существенным образом влияет на правовой режим земельных участков, находящихся в их границах.

Несмотря на то что оборотоспособность данных земельных участков не ограничивается, они не изымаются или не выкупаются из частной собственности, индивидуально-определенные характеристики существенным образом не изменяются, но при этом устанавливаются ограничения на возможность осуществления хозяйственной и иной деятельности и необходимо дополнительное согласование с органами государственной власти порядка осуществления такой деятельности на земельных участках. Изменения, связанные с установлением охранных зон, влекут изменение кадастровой и рыночной стоимости земельных участков и, как следствие, право правообладателей земельных участков требовать от органов государственной власти возмещения убытков в рамках гражданского и земельного законодательства.

Список использованной литературы

Амелин Р.В., Колоколов Р.В., Колоколова М.Д. Постатейный комментарий к Кодексу РФ об административных правонарушениях. Часть первая / под общ. ред. Л.В. Чистяковой. М. : ГроссМедиа : РОСБУХ, 2019. Т. 1. 1343 с.

Анисимов А.П., Алексеева А.П., Мелихов А.И. Актуальные проблемы противодействия экологической преступности в России // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2013. № 3. С. 80–89.

Берназ Л.П., Жочкина И.Н., Кичигин Н.В. и др. Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (постатейный) / под ред. Н.И. Хлуденева. М. : ИГиСП : Контракт, 2018. 528 с.

Боголюбов С.А. и др. Институты экологического права. М. : Эксмо, 2010. 480 с.

Болтанова Е.С. Ограничение прав в связи с установлением зоны с особыми условиями использования // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2019. № 5. С. 55–65.

Бринчук М.М., Дубовик О.Л., Зозуля В.В. и др. Комментарий к Федеральному закону от 14 марта 1995 г. № 33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях» (постатейный) / под ред. О.Л. Дубовик. 2-е изд., перераб. и доп. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс». 2015.

Волков С.Н., Васильева М.И., Галиновская Е.А. и др. Комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ (постатейный) / отв. ред. С.Н. Волков; науч. ред. Ю.Г. Жариков. М. : Юстицинформ, 2009. 864 с.

Воронцова А.А. Гармонизация законодательства Российской Федерации об особо охраняемых природных территориях с нормами международного экологического права как одно из направлений российской государственной экологической политики // Экологическое право. 2016. № 4. С. 33–37.

Галиновская Е.А. Земельное правоотношение как социально-правовое явление : моногр. М. : ИЗИСП : Инфра-М, 2015. 272 с.

Жаворонкова Н.Г., Шпаковский Ю.Г. Правовое обеспечение экологической безопасности в условиях экономической интеграции Российской Федерации : моногр. М. : Проспект, 2017. 160 с.

Золотова О.А. Правовое регулирование режима земель охранных зон: основные вопросы судебной практики // Судья. 2015. № 9. С. 41–45.

Золотова О.А. Правовой режим земель охранных зон : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. 27 с.

Краснова И.О., Мисник Г.А., Власенко В.Н. Практика разрешения земельных споров : науч.-практ. пособие / под ред. И.О. Красновой, Г.А. Мисник, В.Н. Власенко. М. : РГУП, 2019 (Библиотека российского судьи). С. 103–116.

Крассов О.И. Право собственности на землю в странах Европы : моногр. М. : Норма : Инфра-М, 2014. 400 с.

Лавров В.В. Особенности прокурорского надзора за исполнением законодательства об установлении границ особо охраняемых природных территорий // Вопросы российского и международного права. 2018. Т. 8. № 2В. С. 276–284.

Лунева Е.В. Правовой режим земельных участков в особо охраняемых природных территориях. М. : Статут, 2018. 159 с.

Паламарчук А.В. Прокурорский надзор за исполнением законодательства об особо охраняемых природных территориях, сохранении и использовании объектов животного мира и среды их обитания // Законность. 2018. № 1. С. 3–10.

Степанова Л.И. Новое в регулировании статуса зон с особыми условиями использования территорий // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2019. № 4. С. 97–110.

Сухов В.Е. Правовые коллизии в сфере соблюдения законодательства об особо охраняемых природных территориях // Законность. 2018. № 4. С. 14–16.

Хлуденева Н.И. Дефекты правового регулирования охраны окружающей среды : моногр. М. : ИЗИСП : Инфра-М, 2014. 172 с.

References

- Amelin, R.V., Kolokolov, R.V. and Kolokolova, M.D., 2019. *Postateynnyy kommentariy k Kodeksu RF ob administrativnykh pravonarusheniya* = [Article commentary on the Code of Administrative Offenses of the Russian Federation]. Part one. Volume 1. Moscow: GrossMedia; ROSBUH. (In Russ.)
- Anisimov, A.P., Alekseeva, A.P. and Melikhov, A.I., 2013. Current issues of ecological crime counteraction in Russia. *Kriminologicheskiy zhurnal Baykal'skogo gosudarstvennogo universiteta ekonomiki i prava* = Criminological Journal of the Baikal State University of Economics and Law, 3, pp. 80–89. (In Russ.)
- Bernaz, L.P., Zhochkina, I.N., Kichigin, N.V., et al., 2018. *Nauchno-prakticheskiy kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 10 yanvarya 2002 g. № 7-FZ «Ob okhrane okruzhayushchey sredy» (postateynnyy)* = [Scientific and practical commentary on the Federal Law of January 10, 2002 No. 7-ФЗ “On Environmental Protection” (article by article)]. Ed. N.I. Hludenev. Moscow: IZiSP. Contract. (In Russ.)
- Bogolyubov, S.A., et al., 2010. *Instituty ekologicheskogo prava* = [Institutes of environmental law]. Moscow: Eksmo. (In Russ.)
- Boltanova, E.S., 2019. [Restriction of rights in connection with the establishment of a zone with special conditions of use]. *Imushchestvennyye otnosheniya v Rossiyskoy Federatsii* = Property relations in the Russian Federation, 5, pp. 55–65. (In Russ.)
- Brinchuk, M.M., Dubovik, O.L., Zozulya, V.V., et al., 2015. *Kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 14 marta 1995 g. № 33-FZ «Ob osobo okhranyayemykh prirodnykh territoriyakh» (postateynnyy)* = [Commentary on Federal Law of March 14, 1995 No. 33-ФЗ “On Specially Protected Natural Territories” (itemized)]. ConsultantPlus. (In Russ.)
- Galinovskaya, E.A., 2015. *Zemel'noye pravootnosheniye kak sotsial'no-pravovoye yavleniye* = [Land relationship as a socio-legal phenomenon]. Monograph. Moscow: IZiSP; Infra-M. (In Russ.)
- Khludeneva, N.I., 2014. *Defekty pravovogo regulirovaniya okhrany okruzhayushchey sredy* = [Defects in the legal regulation of environmental protection]. Monograph. Moscow: IZiSP; Infra-M. (In Russ.)
- Krasnova, I.O., Misnik, G.A. and Vlasenko, V.N., 2019. *Praktika razresheniya zemel'nykh sporov* = [Land Dispute Resolution Practice]. Scientific and Practical Guide. Moscow: RGUP (Library of the Russian judge). (In Russ.)

Krassov, O.I., 2014. *Pravo sobstvennosti na zemlyu v stranakh Yevropy* = [Land ownership in European countries]. Monograph. Moscow: Norma; Infra-M. (In Russ.)

Lavrov, V.V., 2018. Features of prosecutor's supervision over the implementation of legislation on the establishment of boundaries of specially protected natural territories. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* = Matters of Russian and International Law, 8(2B), pp. 276–284. (In Russ.)

Luneva, E.V., 2018. *Pravovoy rezhim zemel'nykh uchastkov v osobo okhranyayemykh prirodnykh territoriyakh* = [The legal regime of land in specially protected natural areas]. Moscow: Statute. (In Russ.)

Palamarchuk, A.V., 2018. Prosecutorial supervision over implementation of legislation on nature protected areas, preservation and usage of wildlife resources and their habitat]. *Zakonnost'* = [Legality], 1, pp. 3–10. (In Russ.)

Stepanova, L.I., 2019. [New in the regulation of the status of zones with special conditions for the use of territories]. *Imushchestvennyye otnosheniya v Rossiyskoy Federatsii* = Property Relations in the Russian Federation, 4, pp. 97–110. (In Russ.)

Sukhov, V.E., 2018. Implementation of legislation on specially protected natural areas. *Zakonnost'* = [Legality], 4, pp. 14–16. (In Russ.)

Volkov, S.N., Vasilyeva, M.I., Galinovskaya, Ye.A., et al., 2009. *Kommentariy k Zemel'nomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii ot 25 oktyabrya 2001 g. № 136-FZ (postateynyy)* = [Commentary on the Land Code of the Russian Federation of October 25, 2001 No. 136-FZ (itemized)]. Ed. S.N. Volkov. Moscow: Justicinform. (In Russ.)

Vorontsova, A.A., 2016. [Harmonization of the legislation of the Russian Federation on specially protected natural territories with the norms of international environmental law as one of the directions of the Russian state environmental policy]. *Ekologicheskoye pravo* = [Environmental Law], 4, pp. 33–37. (In Russ.)

Zhavoronkova, N.G. and Shpakovsky, Yu.G., 2017. *Pravovoye obespecheniye ekologicheskoy bezopasnosti v usloviyakh ekonomicheskoy integratsii Rossiyskoy Federatsii* = [Legal support of environmental safety in the conditions of economic integration of the Russian Federation]. Monograph. Moscow: Prospect. (In Russ.)

Zolotova, O.A., 2015. [Legal regulation of the land regime of protected areas: the main issues of judicial practice]. *Sudya* = [Judge], 9, pp. 41–45. (In Russ.)

Zolotova, O.A., 2013. *Pravovoy rezhim zemel' okhrannykh zon* = [Legal regime of lands of protected zones]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Широков Кирилл Михайлович, доцент кафедры земельного и экологического права ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), кандидат юридических наук [**Kirill M. Shirokov**, Associate Professor of the Land and Environmental Law Department, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia) Cand. Sci. (Law)]. E-mail: shirokov_kirill@mail.ru



**Information Documents
SG/Inf(2020)11**

7 April 2020

**Respecting democracy, rule of law and human rights in the
framework of the COVID-19 sanitary crisis**

A toolkit for member states

Introduction

The purpose of this paper is to provide governments with a toolkit for dealing with the present unprecedented and massive scale sanitary crisis in a way that respects the fundamental values of democracy, rule of law and human rights.

It is recognised at the outset that governments are facing formidable challenges in seeking to protect their populations from the threat of COVID-19. It is also understood that the regular functioning of society cannot be maintained, particularly in the light of the main protective measure required to combat the virus, namely confinement. It is moreover accepted that the measures undertaken will inevitably encroach on rights and freedoms which are an integral and necessary part of a democratic society governed by the rule of law.

The major social, political and legal challenge facing our member states will be their ability to respond to this crisis effectively, whilst ensuring that the measures they take do not undermine our genuine long-term interest in safeguarding Europe's founding values of democracy, rule of law and human rights. It is precisely here that the Council of Europe must carry out its core mandate by providing, through its statutory organs and all its competent bodies and mechanisms, the forum for collectively ensuring that these measures remain proportional to the threat posed by the spread of the virus and be limited in time. The virus is destroying many lives and much else of what is very dear to us. We should not let it destroy our core values and free societies.

1. Derogation in time of emergency (Article 15 European Convention on Human Rights)

The extent of measures taken in response to the current COVID-19 threat and the way they are applied considerably vary from one state to another in different points of time. While some restrictive measures adopted by member states may be justified

on the ground of the usual provisions of the European Convention on Human Rights (Convention) relating to the protection of health (see Article 5 paragraph 1e, paragraph 2 of Articles 8 to 11 of the Convention and Article 2 paragraph 3 of Protocol No 4 to the Convention), measures of exceptional nature may require derogations from the states' obligations under the Convention. It is for each state to assess whether the measures it adopts warrant such a derogation, depending on the nature and extent of restrictions applied to the rights and freedoms protected by the Convention. The possibility for states to do so is an important feature of the system, permitting the continued application of the Convention and its supervisory machinery even in the most critical times¹.

Any derogation will be assessed by the European Court of Human Rights (Court) in cases that will be brought before it². The Court has granted states a large margin of appreciation in this field: *"It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for 'the life of [its] nation', to determine whether that life is threatened by a 'public emergency' and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 § 1 (...) leaves those authorities a wide margin of appreciation"*³.

A derogation is also subject to formal requirements: the Secretary General of the Council of Europe, being the depository of the Convention, must be fully informed of the measures taken, of the reasons therefore, and of the moment these measures have ceased to operate (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>).

Certain convention rights do not allow for any derogation: the right to life, except in the context of lawful acts of war (Article 2), the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (Article 3), the prohibition of slavery and servitude (Article 4 §1) and the rule of "no punishment without law" (Article 7). There can be no derogation from abolishment of death penalty or the right not to be tried or punished twice (Protocols Nos 6 and 13 as well as Article 4 of Protocol No 7).

A derogation under Article 15 is not contingent on the formal adoption of the state of emergency or any similar regime at the national level. At the same time, any derogation must have a clear basis in domestic law in order to protect against arbitrariness and must be strictly necessary to fighting against the public emergency. States must bear in mind that any measures taken should seek to protect the democratic order from the threats to it, and every effort should be made to safeguard the values of a democratic society, such as pluralism, tolerance and broadmindedness⁴. While derogations have been accepted by the Court to justify some exceptions to the Convention standards, they can never justify any action that goes against the paramount Convention requirements of lawfulness and proportionality.

¹ CM Reply to PACE recommendation 2125 (2018).

² See the Guide on Article 15 of the Convention (31 December 2019) published by the Court's Registry.

³ *Ireland v. UK* Judgment of 18.01.1978, Series A No 25, para 207.

⁴ *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, §§ 94 and 210; and *Şahin Alpay v. Turkey*, §§ 78 and 180.

2. Respect for the rule of law and democratic principles in times of emergency

2.1. The principle of legality

Even in an emergency situation the rule of law must prevail⁵. It is a fundamental principle of the rule of law that state action must be in accordance with the law⁶. The “law” in this context includes not only acts of Parliament but also, for example, emergency decrees of the executive, provided that they have a constitutional basis. Many constitutions provide for a special legal regime (or regimes) increasing the powers of the executive authorities in the case of a war or a major natural disaster or another calamity⁷. It is also possible for the legislature to adopt emergency laws specifically crafted for dealing with the current crisis, which go beyond the already existing legal rules. Any new legislation of that sort should comply with the constitution and international standards and, where applicable, be subjected to review by the Constitutional Court. If parliament wants to authorise the government to deviate from special majority legislation (or the legislation adopted following another special procedure), this must be done by the majority required for the adoption of the legislation, or following the same special procedure.

2.2. Limited duration of the regime of the state of emergency and of the emergency measures

During the state of emergency, governments may receive a general power to issue decrees having the force of the law. This is acceptable, provided that those general powers are of a limited duration. The main purpose of the state of emergency regime (or alike) is to contain the development of the crisis and return, as quickly as possible, to the normality⁸. Prolongation of the state of emergency regime should be subject to the control of its necessity by parliament. An indefinite perpetuation of the general exceptional powers of the executive is impermissible⁹.

During the state of emergency, not only should the power of the government to legislate be limited by the duration of the state of emergency, but any legislation enacted during the state of emergency should also include clear time limits on the duration

⁵ See the Venice Commission, Opinion on the protection of human rights in emergency situation, CDL-AD(2006)015), para. 13.

⁶ See the Venice Commission Rule of Law Checklist (CDL-AD(2016)007), paras. 44 and 45.

⁷ By 29 March 2020, 22 of our member states have declared state of emergencies.

⁸ Experience shows that “*the longer the emergency regime lasts, the further the state is likely to move away from the objective criteria that may have validated the use of emergency powers in the first place. The longer the situation persists, the lesser justification there is for treating a situation as exceptional in nature with the consequence that it cannot be addressed by application of normal legal tools.*” – The Venice Commission, Turkey – Opinion on Emergency Decree Laws N° s667–676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, CDL-AD(2016)037, para. 41.

⁹ CommDH(2002)7, Opinion 1/2002 on certain aspects of the United Kingdom derogation from Article 5 par. 1 of the European Convention on Human Rights, p. 25; see also the Venice Commission, Parameters On The Relationship Between The Parliamentary Majority And The Opposition In A Democracy: A Checklist (CDL-AD(2019)019), para. 119).

of these exceptional measures (like a “sunset clause”). Indeed, after the end of the emergency situation it may be justified to continue to apply certain specific, targeted measures, but such extension would fall within the competence of parliament through the ordinary procedures¹⁰.

2.3. Limited scope of the emergency legislation; the principle of necessity

The principle of necessity requires that emergency measures must be capable of achieving their purpose with minimal alteration of normal rules and procedures of democratic decision-making¹¹. Therefore, the power of the government to issue emergency decrees should not result in a *carte blanche* given by the legislator to the executive. Given the rapid and unpredictable development of the crisis, relatively broad legislative delegations may be needed, but should be formulated as narrowly as possible in the circumstances, in order to reduce any potential for abuse¹². As a general rule, fundamental legal reforms should be put on hold during the state of emergency¹³.

2.4. Distribution of powers and checks on the executive action during the state of emergency regime

The executive authorities should be able to act quickly and efficiently. That may call for adoption of simpler decision-making procedures and easing of some checks and balances. This may also involve, to the extent permitted by the constitution, bypassing the standard division of competences between local, regional and central authorities with reference to certain specific, limited fields, to ensure a more co-ordinated response to the crisis and on the understanding that full rights of local and regional authorities shall be re-established as soon as the situation allows it.

¹⁰ See PACE Resolution 1659 (2009), Protection of human rights in emergency situations, p. 12; See also the Rule of Law Checklist, cited above, and Article 15 of the Convention (“Derogation in time of emergency”); Article 4 of the ICCPR; Article 27 of the ACHR. On emergency powers see also the reports by the Venice Commission on the Emergency Powers (CDL-STD(1995)012) and on the Protection of Human Rights in Emergency Situations (CDL-AD(2006)015).

¹¹ The principle of necessity is not referred directly in the context of the institutional emergency measures, but may be derived from the requirement of proportionality and necessity of the emergency measures in the field of human rights – see the Venice Commission, Opinion on the Draft Constitutional Law on “Protection of the Nation” of France, CDL-AD(2016)006, para. 71

¹² CM(2008)170, Committee of Ministers document on the Council of Europe and the Rule of Law, p. 46; see also Venice Commission, Parameters On The Relationship Between The Parliamentary Majority And The Opposition In A Democracy: A Checklist (CDL-AD(2019)019), paras. 119–121, and Turkey – Opinion on Emergency Decree Laws N° s667–676 adopted following the failed coup of 15 July 2016 (CDL-AD(2016)037), para 98.

¹³ A substantial number of European constitutions have provisions prohibiting constitutional amendments in times of war, emergency or similar situations. See also Venice Commission, Turkey – Opinion on Emergency Decree Laws N°s667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016 (CDL-AD(2016)037), para. 80 and 90).

Parliaments, however, must keep the power to control executive action¹⁴⁴ in particular by verifying, at reasonable intervals, whether the emergency powers of the executive are still justified, or by intervening on an *ad hoc* basis to modify or annul the decisions of the executive¹⁵. Dissolution of parliaments during the states of emergency should not be possible, and indeed under many constitutions the parliament's mandate is prolonged until the end of the state of emergency.

The core function of the judiciary – in particular the constitutional courts, where they exist – should be maintained. It is important that judges may examine the most serious limitations of human rights introduced by the emergency legislation. Adjournments, “fast-tracking” or group treatment of certain categories of cases may be permitted, and preliminary judicial authorisation in some instances may be replaced with *ex post* judicial review (see also below, chapter 3.2).

During the state of emergency, holding elections and referendums may be problematic, since the possibility of campaigning is extremely limited in times of crisis.

3. Relevant human rights standards

3.1. *Right to life (Article 2 Convention) and Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (Article 3 Convention); right of access to health care (Article 11 of the revised European Social Charter)*

The right to life and the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment belong to the core rights under the Convention as they cannot be subject to any derogation, even in time of public emergency such as COVID-19. They have consistently been held to require positive obligations to protect people in state care against deadly diseases and the ensuing suffering¹⁶.

The Convention continuously requires any member state to ensure an adequate level of medical care for people deprived of their liberty¹⁷. The European Committee for the Prevention of Torture (CPT) issued a Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the COVID-19 pandemic. They apply to various places, including police detention facilities, penitentiary institutions, immigration detention centres, psychiatric hospitals and social care homes, as well as in various newly-established facilities or zones where persons are placed in quarantine in the context of the COVID-19 pandemic. The CPT principles also refer to the need to protect staff working in these institutions and to ensuring continuous access by national independent monitoring bodies to detention facilities. The Commissioner for Human Rights also published a Statement: COVID-19 pandemic: urgent steps are needed to protect the rights of prisoners in Europe.

¹⁴ See PACE Recommendation 1713 (2005), Democratic oversight of the security sector in member states, p. 38.

¹⁵ The Venice Commission, Rule of Law Checklist (CDL-AD(2016)007), para. 51.

¹⁶ See the factsheet “Prisoners’ health-related rights” published by the Court’s Registry.

¹⁷ See *Khudobin v. Russia*, no. 59896/00, 26 October 2006; As the CPT detailed in its Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic, “an inadequate level of health care can lead rapidly to situations falling within the scope of the term “inhuman and degrading treatment”.

Beyond people in the states' care, responsibility under Articles 2 and 3 of the Convention may be invoked in respect of severely ill patients, people with disabilities or elderly persons (see Recommendation CM/Rec(2014)2 on the promotion of human rights of older persons and the Statements by the Commissioner for Human Rights on persons with disabilities and older persons during the COVID-19 pandemic¹⁸). Their exposure to the disease and the extreme level of suffering may be found incompatible with the state's positive obligations to protect life and prevent ill-treatment. This positive obligation is further confirmed by Article 11 of the European Social Charter (revised) according to which states parties must demonstrate their ability to cope with infectious diseases, by means of arrangements for reporting and notifying diseases and by taking all the necessary emergency measures in case of epidemics¹⁹. States' increased attention to vulnerable groups would be consistent with the peoples' right to equitable access to health care (Article 3 of the Convention on Human Rights and Biomedicine, "the Oviedo Convention").

It is recalled in this respect that the availability of and access for patients to quality medicines is more important than ever in the context of the current COVID-19 pandemic. The Council of Europe Convention on the Elaboration of a European Pharmacopoeia²⁰ aims to provide a legal and scientific basis to ensure the quality of medicines and their components in the form of a single reference work, the European Pharmacopoeia. Under the auspices of the European Pharmacopoeia Commission, 39 member states and the European Union, together with experts from 29 observers, including the World Health Organization, join forces and workshare to establish quality standards, which are applicable in all signatory states and applied in more than 120 countries worldwide.

Finally, under both the Convention and the European Social Charter, states have a duty to inform the population about the known risks related to the pandemic and about behaviours or measures to avoid spreading the disease²¹.

3.2. *Right to liberty and security (Article 5) and Right to a fair trial (Article 6)*

The unprecedented measures taken in response to COVID-19 may affect the state's capacity to guarantee the right to liberty and security and alter the regular functioning of the judicial system.

¹⁸ The Commissioner for Human Rights, who in her work frequently stresses that large residential settings where persons are deprived of their liberty are inappropriate for persons with disabilities and older persons, called on member states facing the pandemic to stop new admissions into such institutions, move people with disabilities out of them as much as possible, and take all necessary measures to protect remaining residents; Statements by the Commissioner: Older persons need more support than ever in the age of the COVID-19 pandemic, 20 March 2020, and Persons with disabilities must not be left behind in the response to the COVID-19 pandemic, 2 April 2020.

¹⁹ ECSR, Conclusions XVII-2 (2005), Latvia.

²⁰ Council of Europe Convention on the Elaboration of a European Pharmacopoeia, ETS No. 050, Strasbourg, 22 July 1964, and Protocol to the Convention on the Elaboration of a European Pharmacopoeia, ETS No. 134, Strasbourg, 1 November 1989

²¹ See European Court of Human Rights, *Guerra and Others v. Italy*, judgment of 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, p. 227, § 58; *Öneryildiz v. Turkey* [GC], no. 48939/99, 30 November 2004.

Article 5.1(e) specifies that the prevention of the spreading of infectious diseases is one of the grounds for which a person may be deprived of his or her liberty. Before resorting to such measures states are expected to control the existence of a relevant legal basis and consider whether measures amounting to deprivation of liberty are strictly necessary against any less stringent alternatives. The length of compulsory confinement and the way it is enforced in practice are relevant in this context.

Measures which aim at adapting modalities of access to courts should be designed in a way that is compatible with Article 6, not least in cases where special procedural diligence is required (vulnerable litigants, family and labour litigations, etc). Prolonged police custody or delayed judicial review of deprivation of liberty may lead to violations of Article 5 of the Convention.

Admittedly, derogations under Article 15 may enlarge the range of permissible measures under Articles 5 and 6 of the Convention and broaden the state authorities' margin of manoeuvre in complying with certain timelimits and other ordinary procedural requirements. However, the fundamental prohibition of detention without legal basis or timely judicial review, and the need to provide detainees with essential procedural safeguards, such as access to a doctor, a lawyer or next-of-kin, should in principle be observed in the present circumstances. States also remain under a general obligation to ensure that trials meet the fundamental requirement of fairness (such as equality of arms) and respect the presumption of innocence, and ensure that no steps are taken which would amount to an interference with the independence of judges or of courts.

3.3. Right to private life, freedom of conscience, freedom of expression, freedom of association

Effective enjoyment of all these rights and freedoms guaranteed by Articles 8, 9, 10 and 11 of the Convention is a benchmark of modern democratic societies. Restrictions on them are only permissible if they are established by law and proportionate to the legitimate aim pursued, including the protection of health. The significant restrictions to usual social activities, including access to public places of worship, public gatherings and wedding and funeral ceremonies, may inevitably lead to arguable complaints under the above provisions. It is for the authorities to ensure that any such restriction, whether or not it is based on a derogation, is clearly established by law, in compliance with relevant constitutional guarantees and proportionate to the aim it pursues²².

While heightened restrictions to the above-mentioned rights may be fully justified in time of crisis, harsh criminal sanctions give rise to concern and must be subject to a strict scrutiny. Exceptional situations should not lead to overstatement of criminal means. A fair balance between the compulsion and prevention is the most appropriate, if not the only way, to comply with the Convention proportionality requirement.

²² See *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, 13237/17, 20 March 2018; as regards freedom of assembly, see *Lashmankin and Others v. Russia*, no. 57818/09, 7 February 2017, at para. 434; in this case the Court ruled that a general interdiction on demonstration is acceptable if there is a real danger of these resulting in disorder which cannot be prevented by other, less stringent measures and if the disadvantage of the ban's impact on demonstrations is clearly outweighed by the security considerations invoked to justify it.

Freedom of expression and information, media freedom, access to official information

The freedom of expression, including free and timely flow of information, is a critical factor for the ability of the media to report on issues related to the pandemic. Media and professional journalists, in particular public broadcasters, have a key role and special responsibility for providing timely, accurate and reliable information to the public, but also for preventing panic and fostering people's co-operation. They should adhere to the highest professional and ethical standards of responsible journalism, and thus convey authoritative messages regarding the crisis and refrain from publishing or amplifying unverified stories, let alone implausible or sensationalist materials. The exceptional circumstances may compel responsible journalists to refrain from disclosing government-held information intended for restricted use – such as, for example, information on future measures to implement a stricter isolation policy²³.

The public's access to official information must be managed on the basis of the existing principles set down in the Court's caselaw²⁴. Any restriction on access to official information must be exceptional and proportionate to the aim of protecting public health. The Convention on Access to Official Documents ("the Tromsø Convention") underlines the need for transparency and provides that, at its own initiative and where appropriate, a public authority shall take the necessary measures to make public official documents to encourage informed participation by the public in matters of general interest.

At the same time, official communications cannot be the only information channel about the pandemic. This would lead to censorship and suppression of legitimate concerns. Journalists, media, medical professionals, civil society activists and public at large must be able to criticise the authorities and scrutinise their response to the crisis. Any prior restrictions on certain topics, closure of media outlets or outright blocking of access to on-line communication platforms call for the most careful scrutiny and are justified only in the most exceptional circumstances²⁵. The pandemic should not be used to silence whistle-blowers (see Recommendation CM/Rec(2014)7 on the protection of whistle-blowers)²⁶, or political opponents²⁷. Malicious spreading of disinformation may be tackled with *ex post* sanctions, and with governmental information campaigns. States should work together with online platforms and the media to prevent the manipulation of public opinion, as well as to give greater prominence to generally trusted sources of news and information, notably those communicated by public health authorities.

Privacy and data protection

The new technologies of access to – and the processing of – personal data have the potential to contain and remedy the pandemic. Monitoring, tracking and anticipating are crucial steps of an epidemic surveillance. With the multiplication and over-abundance of

²³ See the Council of Europe Guidelines on protecting freedom of expression and information in times of crisis.

²⁴ See, for example, *Magyar Helsinki* [GC], paras. 156–170).

²⁵ *Cumpana Mazare* [GC], para. 118.

²⁶ <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-51403795>

²⁷ See the Council of Europe Guidelines on protecting freedom of expression and information in times of crisis.

available sophisticated digital technologies and tools (geolocation data, artificial intelligence, facial recognition, social media applications) such pandemic surveillance could be facilitated.

At the same time, the intrusive potential of modern technologies must not be left unchecked and unbalanced against the need for respect for private life. Data protection principles and the Council of Europe Convention 108 (and its modernised version, referred to as “Convention 108+”²⁸) have always allowed a balancing of high protective standards and public interests, including public health. The Convention allows for exceptions to ordinary data-protection rules, for a limited period of time and with appropriate safeguards (eg anonymisation) and an effective oversight framework to make sure that these data are collected, analysed, stored and shared in legitimate and responsible ways. Large-scale processing of personal data by means of artificial intelligence should only be performed when the scientific evidence convincingly shows that the potential public health benefits override the benefits of alternative, less intrusive solutions. The Council of Europe expert network on artificial intelligence²⁹ and its partners can facilitate knowledge sharing in this respect.

3.4. Prohibition of discrimination (Article 14 Convention and Article 1, Protocol No. 12, Article E of the European Social Charter) and standards relating to diversity and inclusion

The principle of non-discrimination is highly relevant in the current context. When assessing whether derogating measures were “strictly required” under Article 15 of the Convention, the Court examines whether the measures discriminate unjustifiably between different categories of persons³⁰. Also, certain forms of discrimination can amount to degrading treatment proscribed by Article 3, a non-derogable provision³¹. Moreover, the fact of not taking into account the specific needs of persons belonging to a disadvantaged group may result in discrimination³². The prohibition of discrimination may thus entail obligations to take positive measures to achieve substantive equality³³. A similar approach is followed under the European Social Charter (Article E)³⁴. In this

²⁸ Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data (CETS 223): https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf

²⁹ The ad hoc Committee on Artificial Intelligence, CAHAI.

³⁰ ECtHR, *A. and Others v. the United Kingdom* (GC), 3455/05, 19 February 2009, §§ 182–190.

³¹ ECtHR, *Cyprus v. Turkey* (GC), 25781/94, 10 May 2001, §§ 312–315.

³² See, e.g., ECtHR, *Horvath and Kiss v. Hungary*, 11146/11, 29 January 2013.

³³ ECtHR, *Horvath and Kiss v. Hungary*, 11146/11, 29 January 2013, § 116; ECtHR, *Çam v. Turkey*, 51500/08, 23 February 2016. See also the Explanatory Report of Protocol No. 12 of the Convention.

³⁴ For the European Committee on Social Rights (ECSR), discrimination may result from failing to take due and positive account of all relevant differences between persons in a comparable situation, or failing to take adequate steps to ensure that the rights and collective advantages that are open to all are genuinely accessible by and to all. See, e.g., ECSR, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*, Complaint No. 91/2013, 12 October 2015, § 237; ECSR, *Confédération française démocratique du travail (CFDT) v. France*, Complaint No. 50/2008, decision on the merits of 9 September 2009, §§ 39 and 41.

sense, many of the provisions of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, the European Charter for Regional or Minority Languages, but also the General Policy Recommendations of ECRI should be seen as expressions of the principles of equality and non-discrimination.

The exceptional measures taken today in the framework of the fight against the spread of the virus are likely to raise questions as to their potential discriminatory consequences. For example, the right to education as enshrined in the Convention (Article 2 of Protocol No 1) and the European Social Charter (Article 17) should in principle be secured, even though the ways in which it is ensured require adaptation. Particular attention must be paid however to make sure that members of vulnerable groups continue to benefit from the right to education and have equal access to education means and materials in times of confinement. A detailed study of difficulties and risks faced by Roma, migrants, persons belonging to national minorities and LGBTI persons, but also of the excellent specific inclusion practices that have already been adopted during this crisis in some member states, is under preparation³⁵.

4. Protection from crime; protection of victims of crime

Incidents and evidence are increasingly reported showing that the policy of isolation and confinement leads to increased levels of domestic, sexual and gender-based violence – and therefore to a heightened need of protection against this. The approach of those member states which, in line with the spirit of the Istanbul Convention³⁶, are looking for ways to continue providing services offering support and protection to the victims of such violence, adapted to the isolation regime, can only be welcomed. The Council of Europe can disseminate information about practices put in place in its member states, such as for instance allowing victims alternative ways of reporting incidents of violence³⁷. It is also important to consider innovative means so that children have access to helplines and hotlines in light of the provisions of the Council of Europe Lanzarote Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse in order to report violence, maltreatment and sexual abuse during this pandemic³⁸.

Victims of human trafficking can find themselves in an even more vulnerable position, as a result of limited capacities of law enforcement and services supporting them, such as shelters³⁹.

³⁵ The study is being prepared by the Secretariat of the new Steering Committee on Anti-Discrimination, Diversity and Inclusion (CDADI), for examination at the first meeting of the CDADI. An introductory note will soon be published on its website.

³⁶ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, CETS No. 2010, Istanbul, 11 May 2011: <https://www.coe.int/conventions/treaty/210>

³⁷ See the statement by the Secretary General of the Council of Europe of 30 March 2020 (<https://www.coe.int/en/web/portal/-/covid-19-crisis-secretary-general-concerned-about-increased-risk-of-domestic-violence>) and the statement by the president of GREVIO of 24 March 2020: <https://rm.coe.int/grevio-statement-covid-24-march-2020/pdfa/16809cf55e>

³⁸ Lanzarote Committee Chair and Vice-Chairperson's statement: <https://rm.coe.int/covid-19-lc-statement-en-final/16809e17ae>

³⁹ See the statement by the GRETA of 3 April 2020.

As modern societies rely more than ever on computer systems, in times of crisis malicious actors may even more so exploit this reliance to their advantage (fraud schemes, phishing campaigns and malware distribution through seemingly genuine websites of information or advice on COVID-19 are used to infect computers, extract user credentials or fraudulent payments). Children are no exception to risks in cyberspace and with the closure of schools, their increased use of the internet and social media affects their security. Furthermore, the coronavirus outbreak has regrettably offered new opportunities for criminals to take advantage of the increased demand for medical, personal protection and hygiene products. These include fake medicines or fake medical devices, such as COVID-19 testing kits, which are being made available both online and offline. The manufacture and distribution of falsified medical products pose a significant risk to public health and endanger the right to life and the right to health. Criminal justice authorities need to engage in full co-operation to detect, investigate, attribute and prosecute the above offences. Within the framework of the Council of Europe Conventions (Cybercrime (Budapest) Convention, MEDICRIME Convention⁴⁰, Lanzarote Convention for the protection of children against sexual exploitation and abuse) states parties co-operate closely to improve their criminal law provisions, the procedural powers, and the international co-operation needed to counter these threats.

5. Next steps: the Council of Europe more relevant than ever

The Council of Europe was established to rebuild lasting peace in Europe after the most disastrous war it had ever known. It has largely succeeded by becoming, throughout its 70 year history, a pan-European organisation with unique institutions that set a world leading example. The challenge our societies face today is unprecedented. Even after the acute phase of the crisis, our societies will have to find the means to repair the social and economic damage and further enhance trust in our democratic institutions. Among other things, a broad reflection will need to be initiated on the protection of the most vulnerable individuals and groups in our societies and about the means to safeguard their rights in a more sustainable and solidary governance model.

The Council of Europe will continue to make every effort to assist its member states during the current crisis and its aftermath. Its wide array of effective legal instruments, technical expertise and extensive networks of national experts offer valuable tools for governments and citizens to find the best and most sustainable responses to protect public health, maintain the democratic fabric of our societies and mitigate the social consequences of the crisis.

The statutory bodies, all institutions of the Council of Europe and the Secretariat are mobilised and will spare no effort to use the tools and resources of the Organisation to share information, good practices and lessons learnt among all stakeholders, including authorities, civil society and citizens, in order to find common responses to the challenges we face. All programmes and activities of the Organisation (including – upon request – co-operation programmes with member states and non-member states) will be refocused to include components that will make the Organisation's contribution as relevant, timely and concrete as possible.

⁴⁰ The Committee of the Parties of the MEDICRIME Convention will issue advice on the application of the Convention in the context of COVID-19 (<https://www.coe.int/en/web/medicrime/home>)