

ПРАВОСУДИЕ/ JUSTICE

2020
Том 2, № 4

2020
Vol. 2, no. 4

Научно-практический журнал

Scientific and Practical Journal

Учредитель и издатель:

Российский государственный
университет правосудия

Founder and publisher:

Russian State University of Justice

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>

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

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.

Переводчик: Клепальченко И.А.
Научный редактор: Архипова Л.Б.
Корректор: Чегулова К.В.
Компьютерная верстка: Гордиенко Г.С.

Адрес редакции:
117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69
Тел.: +7(495) 332-51-49; +7(495) 332-51-19

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

ГУП МО «Коломенская типография»
Подписано в печать 25.12.2020
Формат 70×100/16
Объем 18,2 усл. печ. л.
Тир. 300

The peer reviewed, academic and scientific journal “Pravosudie/Justice” publishes original articles that explore the most important issues concerning both domestic and foreign jurisprudence and philosophy. They correspond to advanced requirements, including rights, globalisation and justice, modern legal thinking and legal doctrines, digitalization and law, justice, philosophy, philosophy of law, and law and language.

Each article submitted to the editorial board material is subject to a scientific and academic review by an expert peer reviewer. All peer reviewers are top-ranked experts on the subject of materials they review. Reviews are kept in the editorial office for five years. When requested by the The Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation, the editorial staff sends them copies of the reviews that were made.

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

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

Translator: I.A. Klepal'chenko
Scientific editor: L.B. Ahkipova
Proof-reader: K.V. Chegulova
Computer layout: G.S. Gordienko

Postal adress:

69 Novocheremushkinskaya ul.,
Moscow 117418, Russian Federation
Tel.: +7(495) 332-51-49; +7(495) 332-51-19

When reprinting or quoting,
the reference to the journal “Pravosudie/Justice” is necessary.
No part of this publication may be reproduced
without the prior written permission of the publisher

Printing House: “Kolomenskaya Tipografiya”
Signed to print 25.12.2020
Sheet size 70×100/16
Conventional printed sheets 18,2
Number of copies 300

Главный редактор

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

Редакционная коллегия

Алекси Роберт (г. Киль, Германия), профессор, доктор, почетный доктор, доктор публичного права и философии права, ведущий профессор юридического факультета Кильского университета имени Христиана Альбрехта

Архипова Людмила Борисовна (г. Москва, Россия), кандидат юридических наук, начальник Управления периодических научных изданий, 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

Бударски Аркадиуш (г. Франкфурт-на-Одере, Германия), профессор польского и европейского частного права и сравнительного права Европейского университета Виадрины и Зеленогурского университета (г. Зелена-Гура, Польша)

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

Кальехон Франциско Балагер (г. Гранада, Испания), профессор конституционного права Университета Гранады

Кнейзик Лилианна-Божена (г. Зелена-Гура, Польша), Dr hab., ординарный профессор Института философии Зеленогурского университета

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

Марочкин Сергей Юрьевич (г. Тюмень, Россия), доктор юридических наук, профессор, директор Института государства и права Тюменского государственного университета, заслуженный юрист Российской Федерации

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

Химма Кеннет Эйнар (г. Сياتл, США), доктор права, профессор, юридический факультет Вашингтонского университета

Editor-in-Chief

Viktor N. Kornev (Moscow, Russian Federation), Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Vitruk Constitutional Law Department of Russian State University of Justice

Editorial board

Robert Alexy (Kiel, German), Prof. Dr. Dr. h.c. mult., Senior Professor of the Law Department of the Christian Albrecht University of Kiel

Lyudmila B. Arkhipova (Moscow, Russian Federation), Cand. Sci. (Law), Head of the Periodical Scientific Publications Department, Editor-in-Chief of "Rossijskoye pravosudie" ("Russian Justice") journal

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

Arkadiusz Wudarski (Frankfurt am Oder, Germany), Professor of Polish and European Private Law and Comparative Law at the European University Viadrina and at the University of Zielona Góra in Poland (Zelena Góra, Poland)

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

Francisco Balager Callejón (Granada, Spain), Professor of Constitutional Law at the University of Granada

Lilianna-Bożena Kiejzik (Zielona Góra, Poland), Dr hab., Full Professor, Institute of Philosophy, University of Zielona Góra

Lorenz Kaehler (Bremen, Germany), PhD in Law, Professor, the University of Bremen School of Law

Sergey Yu. Marochkin (Tyumen', Russian Federation), Dr. Sci. (Law), Professor, Director of the Institute of State and Law, Tyumen' State University, Honored Lawyer of the Russian Federation

Pierre-Yves Monjal (Tours, France), PhD in Public Law, Professor of the Francois Rabelais University

Dragan K. Nikolić (Niš, Serbia), PhD in Law, Professor, Head of the History and Law Department of Law Department of the State University

Vitaly V. Ogleznev (Tomsk, Russian Federation), Dr. Sci. (Philosophy), Professor of the Theory and History of Law and State Department of the West Siberian Branch of the Russian State University of Justice

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

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

Kenneth E. Himma (Seattle, USA), PhD in Law, Professor, the University of Washington School of Law

РЕДАКЦИОННАЯ СТАТЬЯ

<i>Корнев В.Н.</i> Достоинство человека и право	8
---	---

ОРИГИНАЛЬНЫЕ СТАТЬИ

ПРАВОСУДИЕ

<i>Пудовочкин Ю.Е., Бабаев М.М.</i> Необходимость обновления методологии исследований в науке уголовного права	14
<i>Тулиглов М.А.</i> Назначение наказания в виде пожизненного лишения свободы	44

ПРАВО И ГЛОБАЛИЗАЦИЯ

<i>Чернядьева Н.А.</i> Соотношение понятий «терроризм» и «международный терроризм» в международном праве	62
--	----

СОВРЕМЕННОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ

<i>Монжаль П.-И.</i> Совместное осуществление суверенных полномочий государств –членов Европейского Союза. Французский подход к правовому осмыслению Европейского Союза	77
<i>Ершов В.В.</i> Правовое государство – цель верховенства права (на англ. яз.)	109
<i>Малышева Е.Ю., Фетисова Т.В.</i> Инновационные объекты права	131

ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Карелина М.М., Бузова Н.В.</i> История формирования института авторского права	153
---	-----

ОТРАСЛИ ПРАВА. ИНСТИТУТЫ ПРАВА

<i>Генрих Н.В.</i> Культура и криминализация: взаимообусловленность и взаимовлияние (на англ. яз.)	176
--	-----

ПЕРЕВОДЫ

ФИЛОСОФИЯ. ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

<i>Алекси Р.</i> Пропорциональность и рациональность	197
--	-----

PERSONA GRATA

Валентин Валентинович Ершов	216
Роберту Алекси – 75 лет	221

EDITORIAL

<i>V.N. Kornev. Human dignity and law</i>	8
---	---

ORIGINAL PAPERS

JUSTICE

<i>Yu.E. Pudovochkin, M.M. Babayev. The need to update the research methodology in Criminal law science</i>	14
<i>M.A. Tuliglovich. Sentencing to life imprisonment</i>	44

LAW AND GLOBALISATION

<i>N.A. Cherniadeva. Correlation of the concepts of “terrorism” and “international terrorism” in international law</i>	62
--	----

MODERN UNDERSTANDING OF LAW

<i>P.-Y. Monjal. Joint exercise of sovereign powers of the member states of the European Union. The french approach to legal understanding of the European Union</i>	77
<i>V.V. Ershov. Legal state is the goal of the rule of law (In Eng.)</i>	109
<i>E.Yu. Malysheva, T.V. Fetisova. Innovative objects of law</i>	131

HISTORY OF THE STATE AND LAW

<i>M.M. Karelina, N.V. Buzova. History of the formation of the institute of copyright</i>	153
---	-----

BRANCHES AND INSTITUTIONS OF THE LAW

<i>N.V. Genryh. Culture and criminalisation: Interdependence and mutual influence (In Eng.)</i>	176
---	-----

TRANSLATIONS

PHILOSOPHY. PHILOSOPHY OF LAW

<i>R. Alexy. Proportionality and rationality</i>	197
--	-----

PERSONA GRATA

Valentin Valentinovich Ershov	216
75 Anniversary of Robert Alexy	221

DOI: 10.37399/2686-9241.2020.4.8-12

Достоинство человека и право

Human Dignity and Law

Последствием всех глобальных гуманитарных потрясений, которые пережило человечество в XX в. и переживает в начале XXI в., стало то, что понятие «достоинство человека» приобрело в философии права ключевое значение и выступает главным ориентиром и отправным пунктом в правовом регулировании правоотношений и поведения субъектов права.

С теоретической и практической точек зрения при всей существующей неясности и спорности дальнейшего развития человека и в целом человеческого общества одно остается бесспорным и незыблемым: охрана человеческого достоинства сегодня составляет определяющее направление и главный ориентир как для этики, так и для национального, наднационального и международного права [Mahlmann, M., 2012, p. 370]. Отсюда следует, что достоинство человека – это базовая этико-правовая ценность, которая занимает в иерархии ценностей ведущее, определяющее место, поскольку достоинство человека лежит в основе иных правовых ценностей. Для такого вывода, как представляется, имеется достаточно философско-правовых, теоретических и юридических предпосылок.

В основу классических философско-правовых представлений о достоинстве человека и его личности могут быть положены идеи великих немецких мыслителей Канта и Гегеля. Кант рассматривал чувство уважения к личности другого человека как моральный долг, но не как принудительную юридическую обязанность. Для него человек представлялся «как цель в себе самом», но «никогда просто как средство» [Кант, И., 2007, с. 326]. Для Гегеля же уважение другого как личности есть непосредственная юридическая обязанность. «Личность, – писал Гегель, – содержит вообще правоспособность и составляет понятие и саму абстрактную основу абстрактного и потому *формального* права. Отсюда веление права гласит: *будь лицом и уважай других в качестве лиц*» [Гегель, 1990, с. 98]. Вместе с тем оба мыслителя ни в коем случае не сводили человека к простому объекту общественных отношений, поскольку человеческое достоинство как раз грубо нарушается, когда конкретный человек низводится к объекту, к простому средству для достижения целей других лиц [Seelmann, K. and Demko, D., 2014, pp. 243–244].

Весьма примечательными в этом смысле являются идеи о природе и правовом значении достоинства человека, которые были выдвинуты русскими учеными-юристами С.А. Котляревским, П.Н. Новгородцевым, Н.А. Покров-

ским в начале XX в. и не потеряли своей теоретической и практической значимости и до настоящего времени. «В основе всех их (прав и обязанностей. – В.К.) лежит представление о достоинстве человеческой личности, которое должно быть отражено в действующем праве и в известных пределах является его молчаливой предпосылкой», – писал С.А. Котляревский [Котляревский, С.А., 2001, с. 337, 342]. Из этой же предпосылки он выводил право человека на достойное существование, из этого же источника проистекает, как считал С.А. Котляревский, недопустимость применения смертной казни.

Современное понимание юридического значения достоинства человека находит свое отражение как в международном праве, так и в конституциях ряда государств.

Так, в Преамбуле Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г., указывается, что признание достоинства человека, наряду с правами и свободами, является основой справедливости. Следовательно, достоинство человека признается в качестве универсальной и ненарушаемой фундаментальной правовой ценности, правового факта.

В оценке значимости достоинства человека Международные пакты по правам человека 1966 г. идут еще дальше. В них признается тот факт, что из присущего человеческой личности достоинства вытекают права человека, в том числе и справедливость. Такие международно-правовые документы, как Европейская социальная хартия, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, имеют в основе своей природы достоинство человека, и их статьи направлены на защиту этой фундаментальной правовой ценности.

Для понимания юридической значимости достоинства человека очень важными представляются положения Хартии основных прав Европейского Союза¹, принятой Европейским парламентом 7 декабря 2000 г. в Ницце. В указанной Хартии достоинство человека, а также иные ценности рассматриваются как основа, на которой базируются права, в свою очередь направленные на защиту этих ценностей. Следовательно, тем самым подчеркивается включенность достоинства человека в правовую сферу, потому что оно обладает всеми свойствами реального правового факта. Достоинство человека – это есть не юридическая фикция, а явление, которое лежит в основе принятия юридически значимых актов.

По этому пути, развивая положения международного права о достоинстве человека, идут конституции современных государств. Анализ статей ряда конституций европейских стран свидетельствует о том, что указанная категория, имея естественно-правовую природу, выражается в нормах позитивного права и за ней признается фундаментальное значение. В большинстве конституций европейских государств достоинство человека рассматривается как необходимая предпосылка, принцип существования государственного и общественного строя, прав и свобод человека, мира и

¹ Московский журнал международного права. 2003. № 2. С. 302–314.

справедливости (ст. 10 Конституции Испании, ст. 30 Конституции Республики Польша, ст. 1 Основного Закона ФРГ). Поскольку достоинство человека является неприкосновенным, а защищать и уважать его является обязанностью государства, постольку действия различных органов государственной власти по отношению к человеку должны соответствовать этому. Достоинство человека – это та граница, которую государство не должно переступать во избежание принятия и применения правонарушающих актов в процессе своей деятельности. Можно сказать, что правотворчество и правоприменение связаны правовым императивом ненарушаемости достоинства человека. Достоинство человека – это то основание, на котором строится правопорядок.

В статье 21 Конституции Российской Федерации закреплено, что достоинство личности охраняется законом. Ничто не может быть основанием для его умаления. Никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому обращению или наказанию. Никто не может быть без добровольного согласия подвергнут медицинским, научным или иным опытам. В Конституции Российской Федерации термин «достойная жизнь» используется в тексте ст. 7, в которой говорится о цели российского государства как социального государства.

В последние годы правовое и моральное восприятие понятия человеческого достоинства вновь оказалось в центре внимания, поскольку на совершенно определенные практические и политические вопросы невозможно было найти более или менее удовлетворительные ответы. Это прежде всего касается, например, биоэтики, и особенно исследования стволовых клеток, клонирования, а также преимплантационной генетической диагностики и т. д. [Лапаева, В.В., 2020, с. 32].

Кроме того, биоэтика в последние годы, обсуждая вопросы статуса человеческого эмбриона, выходит на совершенно новую, ранее неизвестную проблему, состоящую в том, следует ли признать человеческий эмбрион личностью и тем самым – субъектом права. Составной современной частью биоюриспруденции является биоюгенезис, или биоправо, которое исследует с правовой точки зрения период жизни человека с момента зачатия до его рождения [Токаrczyk, R., 2009, р. 151]. В этом смысле очень важное значение имеет Конвенция о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине (принята Комитетом министров Совета Европы 19 ноября 1996 г.) ETS N 164².

В конституциях ряда стран есть статьи, которые позволяют рассуждать о правовом статусе эмбриона. Например, в конституциях Чехии (ч. 1 ст. 6)³ и Словакии (ч. 1 ст. 15)⁴ содержатся положения о том, что «человеческая жизнь достойна охраны еще до рождения». Согласно п. 3.1.3 ст. 40 Кон-

² Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

³ Конституции государств Европы : в 3 т. М. : Норма, 2001. Т. 3. С. 491–531.

⁴ Конституции государств Европы. Т. 3. С. 103–159.

ституции Ирландии «государство признает право на жизнь нерожденного и, имея в виду равное право на жизнь матери, гарантирует в своих законах уважение и, насколько это возможно, защищает и поддерживает своими законами это право»⁵. В конституции Швейцарии есть ст. 119 «Репродуктивная медицина и генная инженерия человека», в части второй которой указано, что «Союз издает предписания об обращении с человеческим зародышевым и наследственным материалом. Он заботится при этом об охране человеческого достоинства, личности и семьи...»⁶.

Проблема охраны человеческого достоинства обострилась в связи с пандемией COVID-19. В этом аспекте очень важное значение имеет документ SG/Inf (2020)11 *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*⁷ (Соблюдение принципов демократии, верховенства права и прав человека в условиях эпидемиологического кризиса COVID-19. Руководство для государств-членов), выпущенный Генеральным секретарем Совета Европы весной этого года. В этом документе отмечается, что основная социальная, политическая и правовая проблема, с которой сталкиваются государства – члены Совета Европы, заключается в их способности эффективно реагировать на этот кризис, не допуская при этом того, чтобы принимаемые ими меры поставили под угрозу основополагающие ценности Европы, такие как демократия, верховенство права и права человека. В качестве не нарушаемых ни при каких условиях признаются право на жизнь, за исключением правомерных военных действий; запрещение пыток и бесчеловечного или унижающего человеческого достоинства обращения или наказания; правило о наказании исключительно на основании закона, а также иные права, предусмотренные Европейской конвенцией по правам человека и протоколами к ней. Особо следует подчеркнуть необходимость защиты частной жизни и персональных данных при пандемии. Одним из средств, которые способствуют сдерживанию и прекращению пандемии, признаны новые технологии доступа к персональным данным и их обработке. Современные цифровые технологии, с помощью которых обрабатываются данные геолокации, обеспечивается распознавание лиц и т. д., могут использоваться для необоснованного вмешательства в частную жизнь граждан под видом борьбы с негативными последствиями пандемии, что может привести к умалению достоинства человека.

Обобщая все вышеизложенное, можно сделать вывод о том, что понятие «достоинство человека» гораздо шире понятия «достоинство личности», поскольку оно включает в себя не только юридические, но и биологические, медицинские и социально-экономические составляющие. Достоинство человека – это правовой институт, потому что он состоит из системы норм и принципов права, которые направлены на признание и защиту всех его со-

⁵ Конституции государств Европы. Т. 1. С. 775–817.

⁶ Конституции государств Европы. Т. 3. С. 531–581.

⁷ Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 2. С. 214–224.

ставляющих элементов. Об этом объективно свидетельствуют приведенные и проанализированные в настоящей статье специальная научная литература, международные правовые документы и национальные нормативные правовые акты.

Таким образом, исходя из безусловной теоретической и практической значимости правового обеспечения и охраны достоинства человека в условиях сложившейся непростой социально-экономической обстановки эта проблема остро нуждается в дальнейшей разработке. На основе данного факта, как представляется, возможно объединение интеллектуальных усилий как ученых внутри страны, так и представителей науки других стран с целью формирования доктрины, наиболее адекватно соответствующей важности исследования и решения этого, комплексного по своей природе явления. Редакция журнала «Правосудие/Justice» будет уделять особое внимание материалам такого рода с целью их опубликования на страницах журнала.

В.Н. Корнев,

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

Список использованной литературы

Гегель Г.В.Ф. Философия права : пер. с нем. / ред. и сост. Д.А. Керимов, В.С. Нерсесянц ; авт. вступ. ст. и примеч. В.С. Нерсесянц. М. : Мысль, 1990. 524 с.

Кант И. Метафизика нравов : в 2 ч. / пер. с нем., примеч. С.Я. Шейнман-Топштейн, Ц.Г. Арзаканьян ; вступ. ст. М.М. Филиппова ; примеч. А.А. Тахо-Годи. М. : Мир книги : Литература, 2007. 400 с.

Котляревский С.А. Власть и право. Проблема правового государства. СПб. : Лань, 2001. 365 с.

Лапаева В.В. Право в «эпоху биотехнологий» (правовой режим преимплантационной генетической диагностики) // Российское правосудие. 2020. № 7. С. 31–44.

Mahlmann M. Human dignity and autonomy in modern constitutional orders // The Oxford handbook of comparative constitutional law / eds. M. Rosenfeld, A. Sajo. Oxford, UK : Oxford University Press, 2012. P. 370–396.

Seelmann K., Demko D. Rechtsphilosophie. 6., uberarb. und erw. Aufl. München : Verlag C.H. Beck, 2014. 293 s.

Tokarczyk R. Filozofia prawa. Wydanie pierwsze. Warszawa : Lexis Nexis, 2009. 329 s.

References

- Hegel, G.W.F., 1990. *Filosofiya prava* = [Philosophy of law]. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Kant, I., 2007. *Metafizika npravov* = [Metaphysics of Morals]. In 2 vols. Translated from Germ. Moscow: Mir knigi; Literatura. (In Russ.)
- Kotlyarevskiy, S.A., 2001. *Vlast' i pravo. Problema pravovogo gosudarstva* = [Power and law. The problem of the rule of law]. St. Petersburg: Lan'. (In Russ.)
- Lapaeva, V.V., 2020. Law in the "Age of biotechnology" (legal regime for preimplantation genetic diagnosis). *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 7, pp. 31–44. (In Russ.)
- Mahlmann, M., 2012. Human dignity and autonomy in modern constitutional orders. In: Rosenfeld, M. and Sajo, A., eds. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford, UK: Oxford University Press. Pp. 370–396.
- Seelmann, K. and Demko, D., 2014. *Rechtsphilosophie*. 6., uberarb. und erw. Aufl. München: Verlag C.H. Beck.
- Tokarczyk, R., 2009. *Filozofia prawa. Wydanie pierwsze*. Warszawa: Lexis Nexis.

УДК 343.01

DOI: 10.37399/2686-9241.2020.4.14-43

Необходимость обновления методологии исследований в науке уголовного права

Ю.Е. Пудовочкин^а, М.М. Бабаев^б

ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Российская Федерация

^а 11081975@list.ru, ^б babaevmm@yandex.ru

Аннотация

Введение. Современное состояние уголовно-политической теории требует не только ее содержательного, но и методологического обновления как за счет активации новых методов и направлений исследования, так и за счет реактуализации известных методологических принципов. Одним из таких принципов, в некоторой степени дискредитировавших себя в истории отечественной науки, но не раскрывших в полной мере свой потенциал, является принцип единства и борьбы противоположностей, составляющий ядро диалектической методологии. Лишенное идеологического флера исследование уголовной политики с точки зрения анализа составляющих ее противоречий является новой и перспективной задачей отечественной юридической науки.

Материалы и методы. Исследование выполнено в традициях диалектического понимания содержания и сущности любого социального явления, согласно которому его состояние в каждый конкретный момент времени определяется содержанием и соотношением образующих это явление противоположностей. С этих позиций исследованию подвергнута текущая практика реализации уголовной политики и ее оценка в современной литературе.

Результаты исследования. В анализе системы противоречий уголовной политики перспективным представляется выделение с последующим самостоятельным исследованием двух групп: противоречия развития и противоречия функционирования уголовной политики. Последние представляют собой отношение между противоположными характеристиками функционирования уголовной политики в данный конкретный момент времени, которое развивается в пределах определенного интервала развития политики и проявляется как некая тенденция. Они могут быть представлены в виде нескольких групп, раскрывающих диалектику идеального и материального, структуры и функций системы, должного и сущего.

Обсуждение и заключение. Принципиально важно различать противоречия в функционировании уголовной политики и субъективную оценку уголовной политики как противоречивую. Если субъективная оценка диктуется во многом идеологической позицией наблюдателя, то объективные противоречия функционирования уголовной политики характеризуются вечным сосуществованием противоположностей и их неуничтожимостью, что предполагает их разрешение в условиях поливекторного развития общества на демократических началах за счет достижения согласия, а в некоторых случаях – компромисса. Разрешение противоречий функционирования уголовной политики должно быть подчинено не столько цели оптимизации правотворческой или правоприменительной деятельности, сколько цели минимизации преступности и защиты конституционных ценностей от криминальных угроз.

Ключевые слова: методология уголовной политики, диалектические противоречия, система противоречий уголовной политики, функционирование и развитие уголовной политики, разрешение противоречий уголовной политики, борьба и единство противоположностей

Для цитирования: Пудовочкин Ю.Е., Бабаев М.М. Необходимость обновления методологии исследований в науке уголовного права // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 4. С. 14–43. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.14-43

The Need to Update the Research Methodology in Criminal Law Science

Yury E. Pudovochkin^a, Mikhail M. Babayev^b

Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation

For correspondence: ^a 11081975@list.ru, ^b babaevmm@yandex.ru

Abstract

Introduction. The current state of criminal-political theory requires not only a substantive, but also a methodological renewal. This is both through the active creation of new methods and research directions, and also by utilization of already well established methodological principles. One of these principles, is the principle of unity and the struggle of opposites, which taken together constitute the core of dialectical methodology. This to some extent discredited in the history of Russian science, but its potential has not been fully revealed. Deprived of ideological flair, the study of criminal policy from the point of view of analysing its constituent contradictions is a new and promising area of research in the sphere of domestic legal science.

Materials and Methods. The study was carried out using the tradition of dialectical understanding of the content and essence of any social phenomenon. This is by a methodology where its state at each specific moment of time is determined by the content and ratio of the opposites that form this phenomenon. From these positions, the current practice of the implementation of criminal policy and its assessment in modern literature are the subject of research.

Results. In the analysis of the system of contradictions in criminal policy, it is promising to single for future independent research, two areas. The first is contradictions in the development and contradictions in the functioning of criminal policy. The second is the representation of the relationship between the opposite characteristics of the functioning of criminal policy at a given moment in time. This develops within a certain interval of policy development and manifests itself as a type of tendency. They can both be presented in the form of several groups that reveal the dialectic of the ideal and the material, the structure and functions of the system, the forthcoming due and the current existing.

Discussion and Conclusion. It is fundamentally important to distinguish between contradictions in the functioning of criminal policy and the subjective assessment of criminal policy itself as contradictory. If the subjective assessment is largely dictated by the ideological position of the observer, then the objective contradictions in the functioning of criminal policy are characterised by the eternal coexistence of opposites and their indestructibility. This presupposes their resolution in the context of the multi-vector development of society on a democratic basis by reaching agreement, and in some cases a compromise. The resolution of contradictions in the functioning of criminal policy should be subordinated not so much to the goal of optimising lawmaking or law enforcement activities, but rather to the goal of minimising crime and protecting constitutional values from criminal threats.

Keywords: methodology of criminal policy, dialectical contradictions, system of contradictions in criminal policy, functioning and development of criminal policy, resolution of contradictions in criminal policy, struggle and unity of opposites

For citation: Pudovochkin, Y.E. and Babayev, M.M., 2020. The need to update research methodology in criminal law science. *Pravosudie/Justice*, 2(4), pp. 14–43. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.14-43

Введение

Об актуальности диалектического познания противоречий уголовной политики

Проблемы формирования, реализации, оценки и корректировки уголовной политики страны составляют значимый компонент общественно-политического и научного дискурса. Непрерывно происходящие трансформации уголовного законодательства, связанные и не связанные с этим изменения судебной практики, нарастающий вал научных публикаций – все это, с одной стороны, отражает глубокую заинтересованность общества в эффективности уголовно-политического курса, но, с другой стороны, выступает явным показателем неудовлетворенности его текущим состоянием, свидетельствует о непрерывающемся поиске путей и средств его модернизации.

Во многом согласованные оценки российской уголовной политики со стороны видных отечественных специалистов заключаются в констатации ее асистемности, несбалансированности, неадекватности. Эти характеристики используются либо для подтверждения вывода о пребывании уголовной политики в затяжном системном кризисе [Алексеев, А.И., Овчинский, В.С., Побегайло, Э.Ф., 2006], либо для аргументации тезиса о формировании в стране новой модели уголовной политики [Бабаев, М.М. и Пудовочкин, Ю.Е., 2020]. Независимо от того, воспринимается современное состояние уголовной политики как кризис «старой» или становление «новой» уголовной политики, общим местом всех рассуждений о ней выступает положение, согласно которому политика противодействия преступности в современной России полна внутренних противоречий.

Исходная оценка феномена противоречий уголовной политики в современной науке во многом определяется парадигмой, заданной логикой Аристотеля, в рамках которой противоречия воспринимаются не иначе как дефект или недопустимое состояние, с той лишь принципиальной оговоркой, что требованию недопустимости противоречий как дефекту познавательной деятельности придан статус онтологической характеристики уголовной политики. Отсюда предлагаемый большинством рецепт оптимизации политики включает необходимость устранения ее противоречий.

Не углубляясь в обсуждение проблемы противоречий у Аристотеля и Гегеля, памятуя о том, что этой теме посвящен значительный массив философской литературы [Попов, В.В., 2013; Васильев, С.Ф., 2014], отметим применительно к нашей теме, что восприятие противоречий уголовной политики только и исключительно в качестве ее дефектов не способствует ни процессам ее познания, ни работе по оптимизации хотя бы потому, что ни одна из противоположных онтологических характеристик политики не может сама по себе считаться верной и правильной или, наоборот, ошибоч-

ной по отношению к своей противоположности. Методологически ущербны утверждения о том, например, что гуманистическая уголовная политика верна, а репрессивная – ошибочна, что в расхождении между законом и практикой истина всегда на стороне закона и т. д. Соотношение между бытийными характеристиками уголовной политики в рамках концепта противоречия должно исследоваться с использованием преимуществ гегелевского понимания противоположностей как необходимых, имманентных свойств любого объекта и противоречий как диалектических отношений между ними.

«Диалектическое противоречие относится к ситуациям, когда элементы экзистенциально предполагают друг друга, но находятся в конфликте. Элементы находятся в диалектическом противоречии, когда одна предпосылка не может быть удовлетворена исключением другой, с которой она внутренне связана. ... Теория должна быть в состоянии идентифицировать и объяснить различные, противоположные и исключительные положения, которые порождает социальный и исторический феномен. Таким образом, теория, утверждающая, что оба “p” и “not-p” верны, может оскорбить систему формальной логики, но может более верно охватить различные аспекты объекта исследования» [Norrie, A., 1996, p. 545].

В диалектике противоречие представляет собой сущностную характеристику бытия. Как пишет сам Гегель, «лишь доведенные до крайней степени противоречия, многообразные [моменты] становятся деятельными и жизненными по отношению друг к другу и приобретают в нем ту отрицательность, которая есть имманентная пульсация самодвижения и жизни» [Гегель, Г.В.Ф., 1970, с. 68].

В последние десятилетия в отечественной уголовно-правовой науке складывается неоднозначное отношение к гносеологическим возможностям диалектики. При том что едва ли не каждая диссертация в описании ее методологической основы содержит ритуальную ссылку на использование категорий и принципов диалектики, сам этот метод практически не разворачивается в тексте научных работ. Философы отмечают, что отечественные специалисты в области различных проблем социального и гуманитарного знания фактически отказались от диалектики именно тогда, когда наука и общественная жизнь начали испытывать в ней жгучую потребность [Метлов, В.И., 1997, с. 159]. Такое положение является следствием и дискредитации диалектики в силу использования ее в идеологических целях наукой советского времени, и отсутствия ее современных философских интерпретаций, и безусловных сложностей, которые возникают в процессе диалектического познания уголовно-политических и уголовно-правовых проблем.

Между тем исследование уголовной политики с точки зрения диалектики противоречий, лишенное идеологических пристрастий и штампов, открывает новые перспективы познания истоков ее формирования, особенностей функционирования и направлений развития. Противоречие, как пишет Д.Т. Жовтун, является «...одной из самых загадочных и увлекательных областей диалектики, приводящей в трепет и духовное напряже-

ние мыслящего субъекта»; оно выступает «...поистине, нервным центром, ядром диалектики. Противоречие в процессе осмысления того или иного предмета – это всегда проблема, пункт высшего напряжения духа, точка роста знания... Наличие противоречия есть критерий истины, а его отсутствие – критерий заблуждения» [Жовтун, Д.Т., 2010, с. 6].

Основная часть

Противоречия уголовной политики: необходимые методологические пояснения

В предельно общем и не нуждающемся в критике понимании противоречие может быть определено как некий тип отношений между «чем-то» различающимся. Правильное понимание противоречий уголовной политики требует уяснения как минимум двух исходных точек в этом определении: (а) между чем складывается исследуемое отношение и (б) каково содержание этого отношения.

В первом случае надо понять и применить принципиально важное философское положение о том, что противоречия могут складываться только между противоположностями, а противоположности, в свою очередь, представляют собой результат дихотомического деления единого (!) класса предметов по признаку наличия или отсутствия какой-либо характеристики. Противоположности – это всегда подклассы одного класса. В этой связи не может существовать противоречий между уголовной политикой и экономикой, между уголовной политикой и демографией, так как политика, экономика и демография не являются объектами одного рода. Но при этом вполне мыслимы, реально проявляют себя и требуют познания противоречия между уголовной политикой и экономической политикой, между уголовной политикой и демографической политикой и т. д., поскольку такие противоречия отражают отношение между двумя противоположными видами одного рода – между «уголовной» и «неуголовной» политикой.

Это обстоятельство имеет важное значение для понимания системы противоречий уголовной политики. Оно позволяет уже в первом приближении четко дифференцировать как минимум два уровня противоречий: во-первых, между уголовной политикой и сопоставимыми с ней сущностями (правовой политикой, экономической политикой, социальной политикой, внешней политикой и т. д.); во-вторых, внутри самой уголовной политики. Поскольку наше исследование посвящено анализу противоречий собственно уголовной политики, первый из этих уровней, хотя он и представляет несомненный познавательный и практический интерес, будет оставлен за пределами рассмотрения. Сосредоточимся на внутренних противоречиях уголовной политики.

При этом, анализируя уголовную политику как направление деятельности государства по защите конституционных ценностей, и прежде всего – человека, его прав и свобод, от угроз, связанных с существованием преступности, следует сделать еще одну принципиальную оговорку относительно противоречий. В частности, важно различать два несовпадающих

направления анализа: собственно внутренние противоречия уголовной политики, с одной стороны, а с другой стороны – исследование уголовной политики как средства разрешения противоречий между государством и преступностью. Оценка уголовной политики в контексте специфического взаимодействия государства и преступности [Бабаев, М.М., 2016] раскрывает основной источник формирования и развития уголовной политики, определяет ее место в системе средств разрешения социальных противоречий и конфликтов, вскрывает особый пласт противоречий, который в философии традиционно обозначается как противоречие между «субъектом и объектом». Однако эти противоречия, способствуя пониманию процесса зарождения, движения, изменения уголовной политики, ее адаптации к условиям внешней социальной и криминальной действительности, не исчерпывают всех присущих уголовной политике противоречий и мало помогают в познании состояния уголовной политики в каждый отдельный момент времени. Восполнить этот недостаток в знании призвано исследование собственно внутренних противоречий самой уголовной политики.

Учитывая, что уголовная политика (и этот тезис можно отнести к ряду общепризнанных) проявляет себя одновременно на уровне идей и на уровне конкретных действий по их практическому воплощению, есть основания в определенной степени согласиться со специалистами, которые в системе противоречий уголовной политики выделяют, среди прочего, две их группы: I группу – внутренние противоречия, характеризующие социальную сущность уголовной политики, ее стратегию и целевые установки; II группу – противоречия, характеризующие механизм уголовной политики [Гребцов, О.В., 2000, с. 13–14].

Однако именно с учетом представлений о механизме уголовной политики эта логика должна быть продолжена. Во-первых, учитывая, что практика уголовной политики имеет нормотворческий и правоприменительный уровни реализации, есть основания для выделения противоречий на уровне идейного наполнения уголовной политики (например, между карой и превенцией), на уровне нормативного отражения политики (например, между международными и национальными нормами права) и на уровне правоприменения (например, между требованиями учета опасности деяния и опасности личности). Во-вторых, бытие механизма уголовной политики может описываться одновременно посредством таких связанных, но все же различающихся концептов, как «развитие» и «функционирование». Соответственно, и противоречия, свойственные развитию и функционированию уголовной политики, целесообразно исследовать как относительно самостоятельные группы противоречий.

Применяя допустимые для целей нашего исследования упрощения, можно в итоге утверждать, что противоречия уголовной политики проявляют себя как:

(а) генетические противоречия, отражающие либо внешний источник развития системы (противоречивое единство отношения двух различных сущностей, например уголовной политики и экономической, правовой и т. д. политик), либо внутренний источник ее развития (отношение отлич-

ных друг от друга сторон одной сущности, например различных уголовно-политических идей или различающихся нормативных требований и т. д.);

(б) функциональные противоречия, характеризующие бытие системы на определенном этапе ее развития (например, между целями и средствами уголовной политики, между законом и практикой и т. д.).

Такое деление является в известном смысле условным, поскольку организованное бытие системы оказывается диалектическим единством ее генетической и функциональной структур. Однако в познавательных целях оно и возможно, и необходимо. Более того, выделение группы генетических и функциональных противоречий дает возможность рассматривать в качестве противоположностей сами понятия функционирования и развития. Противоречие между функционированием и развитием справедливо признавать одним из глобальных диалектических противоречий любой социальной системы, в том числе системы уголовной политики. Обратимся к мнениям специалистов с извинениями за обширное цитирование.

«Функционирование системы суть способ ее движения в условиях относительного покоя, на стадии сравнительно стабильного существования. Оно предполагает воспроизводство существующих отношений на протяжении ряда циклов, с незначительными изменениями от одного цикла к другому, последующему. В социологии структурного функционализма общество рассматривается как отлаженная система, в которой противоречиям отводится второстепенная роль этаких “нарушений” нормального хода функционирования, патологических явлений, “дисфункций”, которые преодолеваются действием заложенных в самой основе социальной системы защитных механизмов. Однако сводить противоречия в жизни общества только к нарушениям нормы – значит, во-первых, уходить от познания подлинных законов его функционирования и, во-вторых, закрывать себе дорогу к пониманию причин исторического развития общества, т. е. эволюции социальных систем, их качественной трансформации и даже гибели, о чем многократно свидетельствовала история. И то, и другое может быть понято с позиций диалектики, требующей изучать как противоречия функционирования социальных систем, так и противоречия их исторического развития. Важно отметить, что вторые действуют не “отдельно” от первых, а через них» [Руткевич, М.Н., 1995, с. 146–147].

Концепция противоречия между функционированием и развитием позволяет обосновать временные этапы и направление движения системы уголовной политики.

«Такой фактор существования социально-экономической системы, как функционирование, подразумевает собой поддержание деятельности этой системы: при сохранении всех функций и качеств этой системы происходит пролонгация ее существования в контексте времени. ... С одной стороны, существование организации в краткосрочном периоде обеспечивается функционированием, но выполнения процессов функционирования не достаточно для существования предприятия в долгосрочной перспективе, для этих целей необходимо выполнение процессов в их развитии. В противоположность функционированию развитие означает приобретение и освое-

ние нового качества или функции и нередко проявляется в качественном измерении, из которого далее следуют количественные изменения прежнего функционирования. ... В этом проявляется взаимосвязь функционирования и развития: функционирование обеспечивает систему ресурсами, необходимыми для развития. А развитие, в свою очередь, позволяет системе функционировать более эффективно, конкурентно, результативно и качественно. Следовательно, функционирование любой системы необходимо с точки зрения выживания и текущего производственного обеспечения, а развитие необходимо в контексте расширенной воспроизводственной функции» [Карпухина, Н.И. и Шибанова-Роенко, Е.А., 2012, с. 106].

Противоречие между функционированием и развитием системы уголовной политики может быть наглядно проиллюстрировано различными ситуациями. В зарубежной литературе отмечается: реформа уголовного правосудия не может разворачиваться линейно или однонаправленным образом и часто имеет парадоксальные последствия, частично потому, что институциональная динамика может подорвать или усложнить усилия по реформе уголовного правосудия. К примеру, такой элемент прежней или традиционной системы юстиции, как массовое лишение свободы, обуславливая вполне определенные имущественные интересы субъектов уголовной политики, стремится увековечить благоприятные для себя институциональные механизмы и свести на нет усилия по изменению пенитенциарной практики. Учреждения, которые процветали в результате массового лишения свободы, часто работают, чтобы обеспечить его дальнейшее существование, а частные корпорации, которые владеют и управляют тюрьмами (или получают прибыль от них), союзы тюремных служащих, залоговая индустрия и даже чиновники стремятся заблокировать прогрессивную реформу правосудия. «Институциональные события, такие как массовое заключение, таким образом, создают мощные учреждения, которые могут участвовать в открытых политических битвах для защиты своих интересов. Но усилия, направленные на то, чтобы притупить или повернуть вспять реформы, могут также принимать более тонкие и менее заметные формы» [Beckett, K., Reosti, A. and Knapfus, E., 2016, p. 241].

Обращаясь к содержательному анализу функциональных противоречий уголовной политики, надо отметить некоторые их характеристики, которые следует рассматривать в качестве общих методологических установок исследования.

Во-первых, диалектические противоречия характеризуют не отношение между функционированием российской уголовной политики и чем-то иным (например, функционированием уголовной политики иностранного государства), а отношения внутри самой российской уголовной политики между ее отдельными характеристиками в какой-то момент времени.

Во-вторых, хотя противоречие как особый тип отношения складывается между противоположностями, в «чистом», в «абсолютном» виде противоположности не представлены в действительности. Они могут выступать лишь результатом теоретического абстрагирования, тогда как в реальности любой объект познания есть «объект смешанный», т. е. соединяющий в себе

противоположности в том или ином виде, в той или иной пропорции. Однако, как пишет Г.Д. Левин, у каждого смешанного объекта существует интервал, в границах которого он, взаимодействуя с другим объектом, ведет себя как одна из входящих в него противоположностей, выделенная в чистом виде» [Левин, Г.Д., 2007, с. 39].

Отсюда, в-третьих, противоречия уголовной политики справедливо рассматривать как отношение между противоположностями внутри определенного интервала или, иными словами, как «взаимодействие взаимоисключающих, взаимнопротивоположных тенденций и аспектов» [Азимова, Ж.Ч., 2018, с. 82].

Обобщая, можно констатировать, что *противоречие функционирования уголовной политики есть определенное отношение между ее противоположными характеристиками в данный конкретный момент времени, которое развивается в пределах определенного интервала развития политики и проявляет себя как некая тенденция.*

Дальнейший анализ предполагает необходимость последовательного решения трех задач. Необходимо, прежде всего, выявить и назвать противоположности функционирования уголовной политики. Затем следует перейти к описанию и характеристике их противоречивых взаимоотношений. И в заключение надо обсудить проблему разрешения выявленных противоречий. Этому будут посвящены последующие разделы публикации.

Виды противоречий функционирования уголовной политики

Тема диалектических противоречий функционирования уголовной политики сложна и обширна. Выявление этих противоречий само по себе является сложной исследовательской задачей. Диалектически познающий субъект исходит из того, что мир соткан из противоречий [Nisbett, R., Peng, K., Choi, I. and Norenzayan, A., 2001], следовательно, справедливо пишет С.А. Блинникова, для более глубокого и точного познания ему необходимо не только фиксировать попавшиеся противоречия и противоположности, но и научиться специально их искать. Реализация диалектической стратегии на всех ее этапах предполагает активное направление субъектом своего познания на обнаружение и сохранение противоположного [Блинникова, С.А., 2017, с. 10].

Задача поиска противоречий функционирования уголовной политики, как представляется, не имеет универсального, раз и навсегда данного и всеми разделяемого решения. Между тем вполне надежный вектор поиска в данном случае может быть задан логическим приемом восхождения от абстрактного к конкретному. Разумеется, уровень конкретного также может иметь различную степень обобщенности, в связи с чем логика градации противоречий по типу «общее – конкретное» может рассматриваться как протяженный процесс.

Не претендуя на истину в последней инстанции, полагаем, что систему противоречий функционирования уголовной политики образуют следующие диалектические отношения:

1) раскрывающие диалектику идеального и материального:

- противоречие между теоретическим и эмпирическим уровнем уголовной политики;
- противоречие между принципами уголовной политики и практикой их воплощения;
- противоречие между нормативной моделью уголовной политики (законом) и практикой ее реализации (правоприменением);

2) раскрывающие диалектику структуры и функции системы:

- противоречие между целью защиты прав человека и ограничением прав как средством ее достижения;
- противоречие между единством уголовной политики и множественностью ее направлений;
- противоречие между формальными и неформальными практиками реализации уголовной политики;

3) раскрывающие диалектику должного и сущего:

- противоречие между материальными потребностями политики и ресурсными возможностями общества;
- противоречие между объективно необходимыми и субъективно случайными уголовно-политическими решениями;
- противоречие между целевыми установками уголовной политики и результатом ее осуществления.

Раскрытию этих противоречий, обсуждению возможностей и необходимости их преодоления, уяснению роли в структуре оценки современного состояния уголовной политики и будет посвящено нижеследующее изложение.

Содержание противоречий функционирования уголовной политики

1. Противоречие между теоретическим и эмпирическим уровнем уголовной политики

Противоречивое единство науки и практики составляет один из важнейших постулатов диалектики. Разделяющие его специалисты признают: «Научно-теоретическая (доктринальная) и деятельно-практическая стороны уголовной политики являются одновременно и единой, и противоречивой системой. Постоянно взаимодействуют друг с другом. Их единство состоит в объекте и субъекте уголовной политики, в механизме ее реализации, правоохранительной деятельности, противоречивость – в противоположности теории и практики, в противоречиях между ними» [Третьяков, И.А., 2017, с. 43].

Суть противоречия между теорией и практикой уголовной политики состоит в их асинхронном развитии, в развитии без опоры друг на друга, разорванности столь необходимого единства. Оно проявляет себя различным образом.

Во-первых, сегодня в стране отсутствует какая-либо цельная, единая, всеми разделяемая или компромиссная теория уголовной политики, тем более подтвержденная на уровне официальной концепции или стратегии. В доктрине представлен широкий конгломерат учений, основанных

на различных идейных посылах, причем учений, каждое из которых в отдельности не может претендовать на универсальность, но раскрывает лишь те или иные отдельные аспекты воздействия на преступность и использования в этих целях уголовного закона. Время методологического монизма, надемся, невозвратно ушло в прошлое. Это не хорошо и не плохо; это факт. Однако множеству релятивных теорий противостоит единая по сути своей законодательная и правоприменительная практика, которая вынуждена «пробираться» сквозь чащу несовпадающих и противостоящих друг другу учений, лавируя и прокладывая путь к безопасности конституционно значимых ценностей, не имея при этом «теоретического компаса».

Во-вторых, поскольку в рамках традиционного (марксистского) взгляда на диалектику теории и практики решающей ведущей стороной их взаимодействия всегда признавалась практика, которая только и выступает «критерием истины» любой теоретической конструкции, наука уголовной политики и уголовного права долгое время развивалась в подчиненном направлении сервисного обслуживания практики противодействия преступности. «Хотя криминологическая дисциплина в настоящее время хорошо зарекомендовала себя в институциональном плане, интеллектуальные инструменты этой дисциплины имеют все меньшее значение для современного социального мира» [Braithwaite, J.B., 2000, p. 222]. Это породило особое (по большому счету, опасное) состояние и статус современной юридической науки, превалирующее представление о ней как о системе прикладных знаний и едва ли не основное требование к научным исследованиям – аргументацию принимаемых на практике решений и обоснование рекомендаций по совершенствованию процесса их исполнения. В итоге наука лишилась самостоятельности, «опустилась» на уровень оправдания политических решений, во многом утратив роль организатора социальных преобразований, что в некоторой степени «обезнаучило» саму практику, «развязав» руки уголовно-политическим акторам, сместив акценты в обосновании принимаемых решений с научной необходимости на политическую целесообразность. Кроме того, выполнение этой «сервисной задачи» способствовало и деформации самой науки, ее идеологизации и политизации.

В-третьих, асинхронность развития науки и практики проявляется в одинаково нежелательных и опасных феноменах «запаздывания» и «опережения» научных исследований. Инертность, слабая прогностическая база и несовершенство методологии науки в ряде случаев приводят к тому, что она упускает из виду значимые тенденции развития практики (как «пропустила» феномен организованной преступности в последней трети прошлого столетия, как не обращает внимания на объективно внедряемые сегодня технологии риск-менеджмента в уголовно-правовое нормотворчество и правоприменение); в то время как «чистое теоретизирование», особенно то, что претендует на универсальность своих построений (например, аболиционистские криминологические теории), не учитывает объективных потребностей и возможностей практики.

В-четвертых, особую остроту противоречие науки и практики приобретает в ситуациях, когда теория развивается в направлениях, не пред-

ставляющих актуальности и значимости для текущей и перспективной практики, «топчется на месте», занимается «самокопанием» или «пережевыванием» давно решенных проблем, оставаясь на некогда выработанной и немодернизированной методологической платформе. В данном случае, кстати, нулевой прирост новой научной информации вынужденно компенсируется самой практикой, посредством становления и развития феномена «судебных доктрин», который наукой еще в полной мере не осмыслен.

В-пятых, отражение противоречий между теорией и практикой можно наблюдать на уровне компетенционных требований, которые предъявляются к специалистам в этих различающихся областях, между компетенциями, которые формируются системой высшего профессионального образования, и компетенциями, которые востребованы практикой для субъектов реализации задач уголовной политики на всех ее уровнях. Художественным апогеем этого противостояния служит расхожая фраза, приветствующая всех молодых специалистов на рабочем месте: «забудьте все, чему вас учили в вузе». Она отражает, в зависимости от точки зрения, либо неадекватность подготовки специалистов в вузах тем потребностям, которые испытывает практика (оторванность высшего образования от реальной жизни, его увлеченность абстрактными теориями и наполнение вузовских программ ненужными знаниями и устаревшими методиками), либо архаичность и отсталость самой практики, которая не просто безразлична и невосприимчива, но и активно противостоит внедрению передовых взглядов и инновационных технологий.

2. Противоречие между принципами уголовной политики и практикой их воплощения

В одном из существующих и допустимых значений принципы представляют собой некие руководящие идеи, общие положения и нормы, которые должны быть последовательно воплощены и конкретизированы на практике с целью определения содержания правовых норм и особенностей их применения. Будучи социально и исторически обусловленными, принципы явно или неявно вытекают из господствующих криминологических, уголовно-правовых, политических концепций, отражают идеал взаимоотношений государства и личности в сфере противодействия преступности. Иными словами, опираются на уже сложившиеся социально-политические реалии. Они предназначены выполнять важную защитно-стабилизирующую функцию, служат «фильтром», который пропускает в практику противодействия преступности нормы, соответствующие принципам, и препятствует внедрению в нее чужеродных или по сути несовместимых с нею элементов. В то же время принципы выступают значимым ориентиром для правотворческой и правоприменительной практики, устремлены в будущее, определяя цели и ориентиры развития уголовной политики.

Из этого проистекает и сущностное противоречие между принципами и практикой их воплощения. Оно состоит в выполнении ими одновременно блокирующей и стимулирующей функции. Принципы побуждают закон и практику развиваться в заданном ими направлении и блокируют не-

совместимые с самими принципами изменения [Бабаев, М.М. и Пудовочкин, Ю.Е., 2012].

Проблема, однако, заключается в том, что принципы отражают концепцию формирования уголовной политики и уголовного права лишь в определенных, заданных историей временных пределах. Они сохраняют свое значение в той мере, в какой соответствуют базовым характеристикам общества и его глобальным ориентирам, и закономерно утрачивают свою значимость в период после кардинальной трансформации социума. Современное общество кардинально отличается от того, что заложило основы классической, социологической и антропологической уголовно-правовых школ, однако вопрос о том, соответствуют ли новым характеристикам общества классические принципы уголовного права и уголовной политики, в отечественной науке не поднимается. Вместе с тем специалисты постоянно фиксируют, что государство демонстрирует, явно или косвенно, стремление отойти от принципов, изменить их содержание или вовсе отказаться от них. Принципы уже не определяют так строго содержания уголовно-правовых решений, не препятствуют законодателю и правоприменителю действовать без оглядки на исходные начала отрасли, выступают прикрытием концептуальных трансформаций уголовного закона. Сегодня они уже не в силах быть непреодолимым барьером на пути внедрения в практику противодействия преступлениям норм и институтов, которые им совершенно не соответствуют либо не вполне соответствуют.

Такая ситуация резко обостряет противоречие между принципами и практикой реализации уголовной политики. Несоответствие принципов и реальности альтернативно свидетельствует либо о том, что волюнтаристские и сиюминутные решения власти разрушают исторически и социально оправданную концепцию уголовной политики, либо о том, что объективная и оправданная практика принятия и применения уголовного закона опровергает устаревшую концепцию, стимулируя к поиску новой системы принципов. Собственно, в пространстве между этими выводами и наблюдается диалектически противоречивое единство принципов и практики их воплощения.

3. Противоречие между нормативной моделью уголовной политики (законом) и практикой ее реализации (правоприменением)

Уголовный закон и практика его применения образуют содержательное ядро уголовной политики, потому их взаимные отношения противоречивого единства имеют принципиальное значение для ее оценки. Эти противоречия могут быть продиктованы различными обстоятельствами. Так, в период коренного реформирования социальной и уголовной политики они во многом определяются «опережающим» характером закона, его «работой на перспективу». Как верно указывают специалисты, «противоречие между буквой уголовного закона и практикой его применения было изначально заложено в новом УК, поскольку его социальная сущность определяется теми нормами, которые во многом противоречат экономическим и политическим реалиям России 90-х годов XX и начала XXI столетия» [Третьяков, И.А., 2017, с. 19]. Однако по мере стабилизации ситуации, по мере

того, как социально-политические и экономические отношения «дотягиваются» до уровня нормативной модели, противоречия могут менять свой источник, когда закон уже становится рамкой, не соответствующей актуальным потребностям правоприменения и правовой охраны.

«Любой закон, – верно пишет А.В. Наумов, – это своего рода “идеал” законодателя, часто вопреки его представлениям корректируемый (менее или более значительно) жизнью, а применительно к нашей материи – судебной практикой. Вообще это естественно, и коррекция часто совершается не по “злой” воле правоприменителя, а по ряду вполне объяснимых объективных и субъективных причин. Задача исследователя – зафиксировать это отступление, так сказать, от “генеральной” линии законодателя (кстати сказать, они могут быть и заслуживающими положительной оценки: может оказаться и так, что “жизнь пошла” не совсем по тому пути, как это предполагал законодатель) и, главное, наметить пути исправления (предпочтительно законодательного) создавшегося положения» [Наумов, А.В., 2009, с. 5].

Несоответствия между законом и практикой его реализации могут приобретать различную форму, что крайне важно учитывать при их оценке, поскольку не все расхождения имеют свойство именно диалектических противоречий. Например, такие негативные явления, как правоприменительные или законодательные ошибки, не вправе претендовать на статус исследуемых нами противоречий. В противоречии, как известно, обе его стороны являются не просто объективно существующими, но объективно необходимыми для бытия того или иного явления. Ошибки же, будучи объективными (в том плане, что без них практика не может существовать), не являются необходимым феноменом. Они – нежелательны и опасны, они не противоречат нормативной модели уголовной политики, а искажают ее. Кроме того, ошибочное правоприменение не образует единства с законом, как и ошибочный закон не составляет единства с конституционными началами уголовно-правового регулирования.

Другое дело – расхождения между законом и правоприменительной практикой, которые отражают баланс между ними с точки зрения взаимоотношений модели и реальности в рамках, заданных легитимным законом. Эти противоречия наиболее явно проявляют себя при анализе тенденций развития закона и практики, например, когда криминализация новых общественно опасных деяний не сопровождается наращиванием практики применения соответствующих норм, когда декриминализация деяния сопровождается активным и результативным поиском иных уголовно-правовых норм, способных стать основанием ответственности, когда увеличение или уменьшение размера санкций в законе не сопровождается синхронным изменением судебной практики, когда на основе закона практика изыскивает легальные возможности расширить рамки его применения (как это имело место, к примеру, в ситуации применения ст. 62 УК РФ в редакции до 2008 г. или сегодня – при применении ст. 79 УК РФ) либо, напротив, ограничить (как это произошло с применением ст. 212.1 УК РФ после известного решения Конституционного Суда Российской Фе-

дерации). Такие ситуации, оставаясь в формальных пределах, заданных Конституцией Российской Федерации, свидетельствуют о том, что закон и практика его применения, отражая различающиеся подходы к уголовной политике со стороны законодательной и судебной (и исполнительной) власти, только в своем противоречивом единстве способны охватить реальные потребности государства в обеспечении безопасности и защите прав человека. Различающаяся близость, с одной стороны, закона, с другой стороны, практики его применения к актуальным потребностям общества задает некоторое пространство, в пределах которого колебательные движения закона и практики взаимно уравнивают друг друга.

4. Противоречие между целью защиты прав человека и ограничением прав как средством ее достижения

Одно из фундаментальных противоречий функционирования уголовной политики определяется соотношением ее цели и средств. Согласно Конституции России (ст. 2) высшей ценностью в государстве признаются человек, его права и свободы, защита которых – непреложная обязанность государства. Защиту человека от криминальных угроз допустимо рассматривать и в качестве цели уголовной политики страны. Вместе с этим, учитывая положения ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации и ст. 43 УК РФ, надо признать, что одним из основных средств ее реализации выступает ограничение прав и свобод человека. В этом и состоит основная дилемма политики и ее противоречие: чтобы защитить права человека, надо ограничить права человека. Из всех возможных противоречия между правами человека и их ограничением едва ли не самые болезненные для общества и для его отношений с государством. Они чувствительны не только на общественном, но и на личностном уровне. Особенно остро они проявляют себя в процессе реализации стратегии противодействия терроризму и экстремизму, которая, делая ставку на сплочение общества и мультикультурную интеграцию, вместе с тем предполагает явный и неявный контроль над инакомыслием, особенно в замкнутой среде культурных, этнических анклавов [Husband, C. and Alam, Y., 2012]. Однако ими наполнены и иные направления уголовной политики, когда необоснованные, содержательно восходящие к классическому пониманию нарушения прав человека, «правовые ограничения» оправдываются в информационном и общественно-политическом пространстве «заботой о безопасности общества и гражданина». С этой точки зрения самого пристального внимания и самой серьезной оценки на предмет соблюдения «теста на права человека» требуют решения государства об ограничениях в сфере организации и проведения массовых мероприятий, о контроле за личной информацией в интернет-пространстве и средствах массовой коммуникации, о расширении полномочий правоохранительных органов и др.

Конфликт цели и средства закономерно может развиваться по двум противоположным сценариям, логика которых давно получила литературно-художественную обработку. С одной стороны, это логика Лайоллы: «Если цель в спасении души, то цель оправдывает средства», с другой – логика Достоевского: «Гармония мира не стоит слезинки ребенка». В зависимости

от того, какая сторона в этическом конфликте цели и средства оказывается преобладающей, какой стороне отдает предпочтение субъект уголовной политики, сама политика может приобретать различные очертания и наполняться различным содержанием. Очевидно, что гиперболизация охранительной цели уголовной политики, «развязывающая руки» в их достижении, столь же опасна, как фетишизация средств, способная обезоружить практику борьбы с преступностью. Вся политика, по большому счету, балансирует между этими противоречащими друг другу, крайними стратегиями, образующими некий континуум, в пространстве которого она и разворачивается.

5. Противоречие между единством уголовной политики и множественностью ее направлений

Уголовная политика вне зависимости от того, выглядит ли она последовательной или, напротив, несистемной, всегда есть некая единая линия государства в противодействии преступности. В то же время структурно она представлена множеством направлений – уголовно-правовым, процессуальным, исполнительным, оперативно-розыскным, профилактическим. Между этим единством и множеством закономерно возникает некоторое напряжение, вызванное относительно самостоятельным характером структурных направлений уголовной политики, специфическими задачами, которые поставлены перед ними, различающимися средствами достижения единых целей уголовной политики. К этому «подмешивается» известный конфликт ведомств, связанный с освоением и перераспределением бюджетных средств, с формированием статистических показателей отчетности для оценки эффективности, разработкой самих критериев эффективности. «Система интерактивна в том смысле, что изменения в одном сегменте вызывают среди других реакции, которые могут принимать форму сопротивления, попытки трансформировать стратегии реформ или попытки разрушить намеченную реформу. Идеология борьбы с преступностью, ценности агентства, власть и авторитет являются источниками конфликта между полицией, прокуратурой, судами и сотрудниками исправительных учреждений. Агентства конкурируют друг с другом, и реакция на данную реформу зависит от воспринимаемой ценности этой реформы для выживания агентства» [Austin, J. and Krisberg, B., 1981, p. 166].

С известной долей условности можно говорить о том, что противоречие между направлениями уголовной политики подобно противоречивому единству органов государственной власти. Решая несовпадающие задачи, подчиненные общей цели, они уравнивают друг друга так же, как различные направления уголовной политики компенсируют упущения и перегибы друг друга. В итоге уголовная политика предстает не как последовательное и безапелляционное развертывание модели, заложенной в уголовном законе, т. е. как воплощение отраженной в законе воли народа как единственного конституционного источника власти, но как баланс действий различных органов государственной власти по созданию, толкованию, применению, исполнению закона. Это отчетливо видно на примере сопоставления усилий законодательной власти по масштабной кримина-

лизации общественно опасных деяний и системному усилению уголовного наказания [Коробеев, А.И., 2019, с. 246–280], с одной стороны, и судебного применения репрессивного по сути своей законодательства – с другой [Бабаев, М.М. и Пудовочкин, Ю.Е., 2020, с. 144–175].

б. Противоречие между формальными и неформальными практиками реализации уголовной политики

Уголовная политика в силу специфики своей природы требует исключительно легальных и легитимных форм осуществления: строго регламентированный и транспарентный законодательный процесс, объективное правоприменение, судебный контроль и т. д. Процесс принятия уголовно-политических и правовых решений, процесс реализации уголовной политики имеет не меньшее, а порой и более весомое значение, чем непосредственное содержание этих решений. Форма и содержание здесь неразрывно связаны еще и тем, что определение формы принятия и реализации любого уголовно-политического решения составляет неотъемлемую часть содержания уголовной политики. Вместе с тем, как показывает опыт, легальные формы уголовно-политической практики в реальности не просто сосуществуют, но и активно взаимодействуют с формами, которые не предусмотрены законом.

Противоречие между демократическим институциональным «фасадом» и неправовыми политическими практиками, при котором доминирующее влияние на политический процесс оказывают не столько формальные политические институты, сколько сложившиеся неформальные социально-политические практики, свойственные как элитам, так и массам, признается в политологии одним из основных противоречий российской политической системы, определяющим как ее временную и относительную стабилизацию, так и долговременную конфликтогенность [Савенков, Р.В., 2003, с. 9].

Это противоречие в достаточной степени проявляет себя и в сфере уголовной политики. Его специфика состоит в том, что процессуальные формы реализации уголовной политики определены законом, в связи с чем любое отступление от них противоречит праву. Однако в отличие от противоречий между законом и практикой в данном случае речь идет о противоречиях внутри самой практики. Они могут приобретать весьма острую форму в случае противостояния между легальными и нелегальными формами правотворческой и правоприменительной практики. В качестве конкретных проявлений здесь можно назвать противостояние между прозрачными законодательными процедурами законотворчества и тайным лоббизмом, между судебной процедурой рассмотрения дела и неформальными способами улаживания уголовно-правового конфликта, между независимостью суда и «сделками с правосудием», между «обвинительным» и «оправдательным» уклоном правосудия.

Но в некоторых случаях острота может быть не столь явной, хотя само противоречие весьма глубоким. В качестве иллюстрации здесь можно привести отмеченный в литературе «конфликт между долгосрочным интересом к праву и непосредственным интересом к порядку», «между формальными и

материальными принципами справедливости» [Balbus, I.D., 1973, p. 4]. Речь идет, в частности, о ситуациях своеобразной динамики отправления правосудия после массовых нарушений общественного порядка, когда приговоры, вынесенные участникам «крупных восстаний», были несколько менее суровыми, чем приговоры, вынесенные участникам «незначительных восстаний», и гораздо менее суровыми, чем приговоры, вынесенные за сопоставимые правонарушения в «обычное время». Суть этого конфликта отражает, с одной стороны, непосредственную заинтересованность государства в максимально скором прекращении общественного беспокойства и насилия, а с другой стороны – его долгосрочную заинтересованность в максимизации легитимности и тем самым ограничении «революционного потенциала».

Еще одним проявлением противоречий между формальными и неформальными практиками можно назвать напряжение между требованием максимально полного, всестороннего, объективного исследования всех обстоятельств дела и личности виновного в процессе расследования дела и в суде, с одной стороны, и, с другой стороны, требованиями максимальной оперативности в рассмотрении дела, в процессе которого «одержимость количеством имеет тенденцию быть в приоритете над поиском наиболее подходящего наказания, так что в некоторых случаях сам факт предоставления какого-либо вида уголовного ответа, по-видимому, имеет значение больше, чем само наказание» [Gautron, V., 2016, p. 47].

Такого рода противоречия имеют различные источники – от ограниченности имеющихся ресурсов для воплощения законодательных требований и объективной косности законодательства, которое не соответствует текущим потребностям практики противодействия преступлениям, до субъективно окрашенных факторов личной или корпоративной заинтересованности и политической борьбы. Поскольку эти источники во многом пересекаются с факторами, детерминирующими закрепление легальных форм реализации различных направлений уголовной политики, логика взаимодействия формальных и неформальных практик предполагает наличие диалектического начала, в силу которого они, во-первых, не могут существовать друг без друга, во-вторых, могут «перетекать» одна в другую. Так, имевшие некогда исключительно негативную эмоциональную окраску эпизодические и во многом субъективно мотивированные «сделки с правосудием» становятся вполне нормальной широкой практикой; лоббизм становится предметом законодательного регулирования, превращаясь в допустимую практику формирования законодательных инициатив и норм, и т. д.

7. Противоречие между материальными потребностями политики и ресурсными возможностями общества

Любой объективно возникший социальный институт (и уголовная политика здесь не исключение) для своего эффективного функционирования постоянно требует ресурсов в виде норм, людей и денег. При этом по мере укрепления и разрастания этого института, по мере появления у него дополнительных целей объем требуемых ресурсов возрастает, что закономерно входит в противоречие с ограниченными ресурсными возможностями социума.

Конфликт между дорогостоящей и растущей в затратах системой обеспечения безопасности, с одной стороны, и возможностями и готовностью общества ее финансировать, с другой стороны, – крайне важный для понимания функционирования системы уголовной политики, особенно в текущей ситуации, когда государства переживают фискальный кризис, что делает вполне реальной необходимость разработки менее дорогостоящих механизмов управления обществом.

Уголовная политика современного общества требует большого числа специалистов определенного уровня и качества, развернутой и детализированной системы нормативных предписаний, значительных материальных ресурсов. В определенный момент общество оказывается их ненадежным поставщиком, что заставляет данный институт изыскивать внутренние возможности для их пополнения. Это, видимо, и порождает практику формирования корпуса сотрудников правоохранительных органов из числа выпускников ведомственных вузов и лиц, имеющих опыт работы в системе; реформы, связанные с сокращением численности сотрудников правоохранительных органов, развитие прецедентного права и многочисленных внутренних инструкций, порой значительно меняющих смысл и содержание законов; отсюда, по-видимому, и разработка механизмов обеспечения самофинансирования системы – от залогов до судебных штрафов, от принудительных работ до конфискации имущества.

Эти обстоятельства опять же нельзя оценивать в категориях «хорошо – плохо». Но они заставляют особым образом смотреть на функционирование уголовной политики с точки зрения ее подотчетности обществу, с позиций адекватности поставленных перед ней целей, наличия излишних или, напротив, недостающих функций, эффективности и т. д.

8. Противоречие между объективно необходимыми и субъективно случайными уголовно-политическими решениями

Закономерность и случайность – извечные спутники любого общества, гиперболизация оценок которых формирует антагонистические концепции жесткой предопределенности и вероятности общественного развития. Есть, конечно, большой соблазн утверждать, что уголовная политика является всецело закономерным отражением объективных потребностей и возможностей общества в противодействии преступности. Однако это было бы большим методологическим заблуждением. Равно как большой ошибкой следовало бы считать, что все в уголовной политике зависит от случайной воли какого-либо одного субъекта. Когда мы утверждаем, что любая уголовная политика должна отвечать требованиям закономерности, мы вовсе не предполагаем, что случайности в ней не должно быть места в принципе. Проблема возникает в том случае, когда случайные, необдуманные, противоречащие объективным потребностям уголовно-политические решения становятся закономерным, устойчивым уголовно-политическим трендом.

9. Противоречие между целевыми установками уголовной политики и результатом ее осуществления

Данное противоречие во многом выступает результирующей всех иных противоречий функционирования уголовной политики. Оно проявляет

себя различным образом. Это и формальная легитимация принимаемых и реализуемых решений со стороны широких групп общества при том, что сами такие решения в большей степени выражают интерес «господствующего класса» [Новиков, Д.В., 2019, с. 13–14]; и противоречие между статистическими показателями функционирования политики и субъективной оценкой уровня своей защищенности гражданами; и расхождение между притязаниями политики на защиту прав граждан и растущим объемом правоограничений и т. д. Последнее обстоятельство в современных условиях приобретает все большее значение, причем его значимость признается не только в России, но и в иных странах, где специалисты отмечают тенденцию «демагогического использования уголовного закона», потерявшего свою субсидиарность и обретающего «символическую функцию производства общих врагов», с которыми только он и способен бороться [Massaro, P., 2020, p. 7].

Сложности в артикулировании данного противоречия во многом объясняются тем, что цель собственно уголовной политики, предполагаемый идеальный результат ее реализации не является официально зафиксированным или провозглашенным со стороны государства, в то время как научные доктрины предлагают широкий спектр таких целей – от сокращения преступности до гарантирования свободы. Как бы то ни было, ни одна цель никогда не будет реализована в полной мере в тот или иной конкретный момент времени. Это противоречие отражает и стадийность в достижении целей, и динамику самих целей в процессе развития.

Разрешение противоречий

Выявление и описание противоречий в процессе познания механизма функционирования и развития любого феномена (в том числе уголовной политики), естественно, не является самоцелью. Более того, констатация наличия противоречий выступает здесь не итогом анализа, а его промежуточным этапом, в то время как основное предназначение диалектического исследования заключается в разработке оптимального механизма снятия, преодоления, примирения выявленных противоречий. Систему промежуточных целей и способов действия, направленных на разрешение противоречий, справедливо именуют стратегией разрешения противоречий [Блинникова, С.А., 2013, с. 6].

Наличие в системе противоречий множества различающихся видов, прежде всего отмеченных выше противоречий развития и функционирования, дает основание предположить, что стратегия их разрешения не может быть единой, универсально подходящей для всех противоречий. Интуитивное представление о том, что единственная форма отношений между противоположностями состоит в их борьбе, что именно через борьбу на взаимное уничтожение одна сторона противоречия прокладывает себе путь к существованию и обеспечивает развитие системы сегодня, не является ни полностью верным, ни единственно мыслимым. Разрешение различающихся противоречий требует, на наш взгляд, и различающихся механизмов. А потому в трактовке философского принципа единства и борьбы проти-

воположностей все чаще звучит мысль о том, что разрешение какого-либо социального противоречия происходит как минимум двояким путем: либо победой какой-либо из сторон, что способствует качественной трансформации социального субъекта, в пределах которого имело место противоречие, либо компромиссом между противниками, когда противоречие разрешается на более высоком уровне единства [Азимова, Ж.Ч., 2018, с. 83]. «Применение возможности закона единства и борьбы противоположностей на уровне социальной сферы общественного бытия показывает, что социальные противоречия, являясь источником развития, включают в себя не только борьбу, но и другие альтернативные варианты общественного развития, характеризующиеся мирным сосуществованием и сотрудничеством противоположностей в социальных явлениях; в этой связи в условиях поляризации научных подходов и методологий становится все более очевидным, что трактовка, предполагающая в качестве единственного пути разрешения противоречий уничтожение одной из его сторон, не может быть не только главной, но и верной» [Джонназарова, Д.Х., 2011, с. 8].

В разработке стратегий разрешения противоречий может быть весьма полезным наблюдение В.В. Богданова, который пишет, что «социальные противоречия играют двойственную роль: с одной стороны, они являются следствием проводимых в обществе преобразований, с другой стороны, социальные противоречия в известной диалектической методологии сами выступают причиной модернизации» [Богданов, В.В., 2009, с. 99]. В этой градации противоречий на порождаемые развитием и порождающие развитие можно видеть и основной ключ к определению механизма воздействия на них. Сам В.В. Богданов замечает, что вызванные развитием противоречия возникают, когда инновационные процессы в той или иной системе (в нашем случае – в уголовной политике) встречают сопротивление противоположно направленной и психологически мотивированной интенции самосохранения, устойчивости, консерватизма. Они обнаруживаются в переходные периоды и вызывают ответную реакцию. Однако реакция эта, по нашему мнению, может быть только одной: все, что противостоит развитию, служит препятствием на пути оптимизации системы, должно быть в процессе борьбы противоположностей минимизировано, блокировано, подавлено или даже уничтожено. Новое качество, свойство уголовной политики начинает «пробивать себе дорогу», ломая сопротивление системы и утверждаясь в качестве ее общей или ординарной характеристики. Показательный пример такого рода противоречия и стратегии его разрешения – возникновение и утверждение идеи приоритета прав человека и интересов личности при реализации уголовной политики. Возникнув как своего рода «мутация» политико-правовой доктрины на уровне отдельных предписаний Конституции, она через сопротивление политической и правовой системы разной степени интенсивности в конечном итоге была «растиражирована», подчинив себе все ее составляющие.

Другое дело – противоречия, подготавливающие развитие. Они не возникают именно в переломную эпоху, но выступают постоянными спутни-

ками любой фазы социального бытия и являются скорее сигналами набирающей обороты той или иной тенденции. «Они выступают движущей силой любого процесса, проходят необходимые фазы вызревания и, наконец, снимаются в рамках более развитой формации, но не исчезают, а приобретают новую форму, соответствующую содержанию» [Богданов, В.В., 2009, с. 99]. Неуничтожимость этой разновидности противоречий (к ним, собственно, и относятся исследуемые в рамках настоящей работы противоречия функционирования) диктует необходимость принципиально иной стратегии воздействия на них.

Понимание неустранимости противоречия, с которым предполагается дальнейшая работа, является важным этапом разработки эффективного механизма его разрешения. Противоречие может быть неустранимым посредством выбора одной из его сторон благодаря различным обстоятельствам: временному контексту (его невозможно ликвидировать в данный момент), мотивации субъекта (когда субъект не желает отказываться ни от одной из противоположностей во внутриличностном или межличностном противоречии) либо, как в ситуации с противоречиями функционирования уголовной политики, – в силу своей природы, поскольку составляющие его оппозиции таковы, что неизменно будут присутствовать [Блинникова, С.А., 2017, с. 10].

Вечное сосуществование противоположностей и их неуничтожимость предполагают, что в условиях поливекторного развития общества на демократических началах существенного взаимообогащения противоположностей в социальных противоречиях можно достигнуть путем достижения согласия, а в некоторых случаях – компромисса.

В основе любого компромисса лежит диалог людей, которые по праву своей научной компетенции или должностного статуса вступают в обсуждение различных точек зрения на перспективы развития уголовной политики в целом либо отдельных ее направлений. Иными словами, диалог – это *conditio sine qua non* компромисса, а следовательно, необходимое условие совершенствования уголовной политики. Таким образом, диалог должен быть (и должен стать) основной альтернативой разрешения противоречий, а значит, и конфликтов между представителями разных интересов или разных сущностей в сфере уголовной политики.

В какой бы форме он ни проходил, диалог остается не только способом наилучшим образом донести до другой стороны свои мнения, оценки, объяснить суть и представить обоснование своей позиции, но также выслушать и оценить аргументацию против нее, наконец, выявить точки соприкосновения проблемных интересов. Диалог – едва ли не единственное средство согласования мнений по спорным вопросам, выработки механизма, стратегии и тактики выхода из кризиса, смягчения противостояния в целом и снятия некоторых конкретных противоречий и конфликтов.

К сожалению, к нынешней политической и социально-правовой ситуации в стране в полной мере может быть отнесена оценка, которую в свое время А.И. Пригожин дал мировой цивилизации в целом: «дефицит диалогичности» [Пригожин, А.И., 2004, с. 51]

Рассмотренные выше противоречия функционирования уголовной политики свидетельствуют, что каждое из них представляет собой, по сути, два полюса, в пространстве которых наблюдается различное проявление и сочетание противоположных характеристик политики. Их противоположность не означает изначальной оценки какой-либо одной характеристики в качестве положительной, а другой – отрицательной. Противоположность здесь – не в оценках, а в качестве. Каждая из сторон, взятая в отдельности, не способна в полной мере обеспечить или охарактеризовать функционирование уголовной политики. Только взятые в своем единстве они представляют такую возможность. При этом в каждый отдельно взятый момент времени соотношение противоположных сил и характеристик не является константным, оно динамично меняется под воздействием самых разных факторов – от уровня развития самой уголовной политики до параметров внешней среды ее функционирования. Однако в каждый отдельно взятый момент времени такое соотношение обеспечивает относительную стабильность функционирования уголовной политики.

Заключение

Теоретико-прикладные выводы из диалектического понимания противоречий функционирования уголовной политики

Диалектический анализ противоречий функционирования уголовной политики позволяет сделать несколько умозаключений, позволяющих лучше понять как ее текущее состояние и некоторые возможные перспективы, так и состояние российской уголовно-политической науки. Основные выводы могут быть представлены следующим образом.

1. Противоречия функционирования являются одним из видов в общей системе противоречий уголовной политики и соотносятся с представлениями о внутренних источниках ее развития. Поскольку эти противоречия описываются в категориях «неантагонистические» и «вечные», отношения между противоположностями, образующими эти противоречия, не характеризуются борьбой на уничтожение, но требуют более щадящих инструментов разрешения, обеспечивающих установление и поддержание оптимального в данных конкретных условиях места и времени баланса между ними на основе взаимодействия и компромисса.

2. Само отношение между противоположностями, характеризующими функционирование уголовной политики, представляет собой определенный интервал или диапазон, в котором каждая из них проявляет себя с различной степенью интенсивности, при этом усиление или ослабление позиций любой из сторон противоречия приводит к смене тенденций в содержании уголовной политики; таким образом, противоположности задают определенный континуум функционирования системы уголовной политики на определенном этапе ее развития.

3. Отношение к противоположностям, характеризующим функционирование уголовной политики, не может быть описано в категориях одобрения или неодобрения, не предполагает требований о подавлении или уничтоже-

нии какой-либо из них. Неустранимость противоположностей диктуется их укорененностью в социальной жизни, в социальной среде, ибо «явления никогда не существуют сами по себе, независимо от других “вещей”, скорее, они всегда являются частью большей совокупности отношений и процессов, которые наделяют его определенными характеристиками» [Lasslett, K., 2010, p. 4]. Тем самым подвижность состояния социальной среды обуславливает изменение соотношений между противоположностями и динамику тенденций уголовной политики.

4. Противоречия между полюсами функционирования уголовной политики в каждый отдельный момент времени не могут рассматриваться как объективный недостаток или ущербность политики в контексте понимания противоречия как логического дефекта. То, что в науке выдается за проявление недостатков уголовной политики, представляет собой, большей частью, расхождение между реальным, объективным состоянием уголовной политики и субъективными, авторскими представлениями о ее идеальном состоянии.

5. Исследовательская оценка состояния, противоположностей и тенденций функционирования уголовной политики во многом определяется «местом отдельного ученого на шкале радикализма-консерватизма», которая в каком-то смысле выступает «главной шкалой предубеждений в социальной науке». Потому любая переходная фаза – период, в течение которого давно сложившиеся социальные механизмы, моральные и концептуальные понятия, лежащие в их основе, претерпевают существенные изменения, воспринимается оптимистами как переход от одного относительно эффективного социального заказа к другому, а пессимистами – как односторонний путь к катастрофе [Miller, W.B., 1973, pp. 141, 142]. Потому различные оценки состояния уголовной политики и направления ее реформирования устойчиво коррелируют с общими политическими установками неолiberaлизма и неоконсерватизма [Omalley, P., 1999, pp. 189–190].

6. Способ разрешения противоречий между различными социальными силами в процессе политической борьбы не может быть механически перенесен в область разрешения диктуемых этими силами противоречий функционирования уголовной политики. Сама уголовная политика как средство разрешения социальных противоречий должна быть беспристрастной и неконфликтной, должна не поддерживать, но сглаживать противоречия между социальными группами на основе некоего консенсуса и компромисса.

7. Учитывая роль и общественное предназначение уголовной политики, надо признать, что разрешение противоречий, складывающихся в процессе ее функционирования, должно быть подчинено не столько цели оптимизации правотворческой или правоприменительной деятельности (это в принципе не цель, а средство политики), сколько цели минимизации преступности и защиты конституционных ценностей от криминальных угроз. Следовательно, критерием эффективности разрешения противоречия должна выступать не степень соответствия складывающейся тенденции общественным и политическим настроениям, а степень влияния этой тенденции на состояние преступности и безопасности.

Список использованной литературы

- Азимова Ж.Ч. О социальных противоречиях // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2018. № 2. С. 79–83.
- Алексеев А.И., Овчинский В.С., Побегайло Э.Ф. Российская уголовная политика: преодоление кризиса. М. : Норма, 2006. 144 с.
- Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е. Принципы уголовного права и основания его устойчивого развития // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 1(2). С. 5–16.
- Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е. Российская уголовная политика XXI века. М. : Юрлитинформ, 2020. 200 с.
- Бабаев М.М. Уголовная политика и преступность // Уголовное право. Общая часть. Преступление. Академический курс : в 10 т. Т. 3. Уголовная политика. Уголовная ответственность / под ред. Н.А. Лопашенко. М. : Юрлитинформ, 2016. С. 359–377.
- Блинникова С.Л. Комплексная программа развития диалектической стратегии разрешения противоречий // Человеческий капитал. 2017. № 8. С. 9–13.
- Блинникова С.Л. Стратегия разрешения противоречий как фактор успешности обучения в вузе : автореф. ... дис. канд. психол. наук. М., 2013. 23 с.
- Богданов В.В. Эвристический потенциал категории противоречия в социально-философском анализе // Философия права. 2009. № 2. С. 99–103.
- Васильев С.Ф. В поисках диалектики. М. : Директ-Медиа, 2014. 127 с.
- Гегель Г.В.Ф. Наука логики : в 3 т. Т. 2. М. : Мысль, 1971. 248 с.
- Гребцов О.В. Уголовная политика современной России и предупреждение преступности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. 17 с.
- Джонназарова Д.Х. Особенности механизма взаимодействия противоположностей в социокультурной реальности : автореф. дис. ... канд. филос. наук. Душанбе, 2011. 24 с.
- Жовтун Д.Т. Методологический потенциал принципа противоречия в социальном познании // Социология власти. 2010. № 7. С. 6–17.
- Карпухина Н.И., Шибанова-Роевко Е.А. Противоречия между функционированием и развитием социально-экономической системы как генетическая основа кризисов // Успехи современного естествознания. 2012. № 4. С. 105–107.
- Коробеев А.И. Российская уголовно-правовая политика: от генезиса до кризиса. М. : Юрлитинформ, 2019. 352 с.
- Левин Г.Д. Противоположности и противоречия // Эпистемология и философия науки. 2007. Т. 11, № 1. С. 31–48.

- Метлов В.И. Диалектика в современных условиях // *Философия и общество*. 1997. № 3. С. 159–183.
- Наумов А.В. Уголовная политика в области назначения и исполнения наказания: противоречие между законодательным идеалом и практикой // *Вестник института: преступление, наказание, исправление*. 2009. № 5. С. 3–9.
- Новиков Д.В. Политический монополизм в современной России : автореф. дис. ... д-ра полит. наук. Владивосток, 2019. 46 с.
- Попов В.В. Философия противоречия: от Аристотеля к Канту и Гегелю // *Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук*. 2013. № 2. С. 163–166.
- Пригожин А.И. Диалогические решения. // *Общественные науки и современность*. 2004. № 3. С. 51–60.
- Руткевич М.Н. Макросоциология: методологические очерки. М. : ОФСПП РАН, 1995. 188 с.
- Савенков Р.В. Политическая система постсоветской России: тенденции, противоречия, пути стабилизации : автореф. дис. ... канд. полит. наук. Воронеж, 2003. 24 с.
- Третьяков И.Л. Уголовная политика современной России. СПб.: Фонд «Университет», 2017. 414 с.
- Austin J., Krisberg B. Wider, Stronger, and Different Nets: The Dialectics of Criminal Justice Reform // *Journal of Research in Crime and Delinquency*. 1981. Vol. 18, issue 1. P. 165–196.
- Balbus I.D. Dialectics of legal repression: The black rebels before the American criminal courts. Russell Sage Foundation, 1973. 269 p.
- Beckett K., Reosti A., Knaphus E. The End of an Era? Understanding the Contradictions of Criminal Justice Reform // *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. 2016. Vol. 664, issue 1. P. 238–259.
- Braithwaite J.B. The New Regulatory State and the Transformation of Criminology // *British Journal of Criminology*. 2000. Vol. 40. P. 222–238.
- Gautron V. Different methods, same results as French criminal courts try to meet contradictory policy demands // *Modernisation of the criminal justice chain and the judicial system* / eds. A. Hondeghem, X. Rousseaux, F. Schoenaers. Ser. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. N. Y. : Springer, 2016. P. 37–50.
- Husband C., Alam Y. Parallel policies and contradictory practices: The case of social cohesion and counter-terrorism in the United Kingdom // *Social cohesion, securitization and counter-terrorism* / ed. C. Husband. Helsingfors : University of Helsinki, COLLeGIUM : Studies across Disciplines in the Humanities and Social Sciences, 2012. P. 136–157.

- Lasslett K. Crime or social harm? A dialectical perspective // *Crime, Law and Social Change*. 2010. Vol. 54, issue 1. P. 1–19.
- Massaro P. Crisis and contradictions of the Italian penitentiary system, ten years after the declaration of the state of emergency // *Sociology and Social Work Review*. 2020. Vol. 1. P. 7–18.
- Miller W.B. Ideology and Criminal Justice Policy: Some Current Issues // *Journal of Criminal Law & Criminology*. 1973. Vol. 64. P. 141–162.
- Nisbett R., Peng K., Choi I., Norenzayan A. Culture and systems of thought: holistic vs. analytic cognition // *Psychological Review*. 2001. Vol. 108, no. 2. P. 291–310.
- Norrie A. The Limits of Justice: Finding Fault in the Criminal Law // *The Modern Law Review*. 1996. Vol. 59. P. 540–556.
- Omalley P. Volatile and Contradictory Punishment // *Theoretical Criminology*. 1999. Vol. 3. P. 175–196.

References

- Alekseev, A.I., Ovchinsky, V.S. and Pobegailo, E.F., 2006. *Rossiyskaya ugolovnaya politika: preodolenie krizisa* = [Russian criminal policy: overcoming the crisis]. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Austin, J. and Krisberg, B., 1981. Wider, Stronger, and Different Nets: the Dialectics of Criminal Justice Reform. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 18(1), pp. 165–196.
- Azimova, J.Ch., 2018. On social contradictions. *Mezhdunarodny'y zhurnal gumanitarny'x i estestvenny'x nauk* = [International Journal of Humanities and Natural Sciences], 2, pp. 79–83. (In Russ.)
- Babaev, M.M. and Pudovochkin, Yu.E., 2012. Principles of criminal law and the foundations of its sustainable development. *Biblioteka kriminalista. Nauchnyy zhurnal* = [Criminalist Library. Science Magazine], 1(2), pp. 5–16. (In Russ.)
- Babaev, M.M. and Pudovochkin, Yu.E., 2020. *Rossiyskaya ugolovnaya politika XXI veka* = [Russian criminal policy of the XXI century]. Moscow: Jurlitinform. (In Russ.)
- Babaev M.M., 2016. Criminal policy and crime. In: N.A. Lopashenko, ed. *Ugolovnoye pravo. Obshchaya chast'. Prestupleniye. Akademicheskii kurs: v 10 t. T. 3. Ugolovnaya politika. Ugolovnaya otvetstvennost'* = [Criminal law. A common part. The crime. Academic course in 10 vols. Volume 3. Criminal policy. Criminal liability]. Moscow: Jurlitinform. Pp. 359–377. (In Russ.)
- Balbus, I.D., 1973. *Dialectics of legal repression: The black rebels before the American criminal courts*. Russell Sage Foundation.
- Beckett, K., Reosti, A. and Knaphus, E., 2016. The End of an Era? Understanding the Contradictions of Criminal Justice Reform. *The Annals*

of the American Academy of Political and Social Science, 664(1), pp. 238–259.

Blinnikova, S.L., 2013. *Strategiya razresheniya protivorechij kak faktor uspešnosti obučeniya v vuze* = [The strategy of resolving contradictions as a factor in the success of education at a university]. Abstract of Cand. Sci. (Psychology) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Blinnikova, S.L., 2017. A comprehensive program for the development of a dialectical strategy for resolving contradictions. *Chelovecheskij kapital* = [Human Capital], 8, pp. 9–13. (In Russ.)

Bogdanov, V.V., 2009. Heuristic potential of the category of contradiction in socio-philosophical analysis. *Filosofiya prava* = [Philosophy of Law], 2, pp. 99–103. (In Russ.)

Braithwaite, J.B., 2000. The New Regulatory State and the Transformation of Criminology. *British Journal of Criminology*, 40, pp. 222–238.

Dzhonnazarova, D.Kh., 2011. *Osobennosti mexanizma vzaimodejstviya protivopoložnostej v sociokul'turnoj real'nosti* = [Features of the mechanism of interaction of opposites in socio-cultural reality]. Abstract of Cand. Sci. (Philosophy) Dissertation. Dushanbe. (In Russ.)

Gautron, V., 2016. Different Methods, Same Results as French Criminal Courts Try to Meet Contradictory Policy Demands. In: A. Hondeghem, X. Rousseaux, F. Schoenaers, eds. *Modernisation of the criminal justice chain and the judicial system*. Ser. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. New York: Springer. Pp. 37–50.

Grebtsov, O.V., 2000. *Ugolovnaya politika sovremennoj Rossii i preduprezhdenie prestupnosti* = [Criminal policy of modern Russia and crime prevention]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. St. Petersburg. (In Russ.)

Hegel, G.W.F., 1971. *Nauka logiki* = [Science of Logic]. In 3 vols. Vol. 2. Moscow: Mysl'. (In Russ.)

Husband, C. and Alam, Y., 2012. Parallel Policies and Contradictory Practices: The Case of Social Cohesion and Counter-Terrorism in the United Kingdom. In: C. Husband, ed. *Social Cohesion, Securitization and Counter-Terrorism*. Helsingfors: University of Helsinki, COLLeGIUM: Studies across Disciplines in the Humanities and Social Sciences. Pp. 136–157.

Karpukhina, N.I. and Shibanova-Roenko, E.A., 2012. Contradictions between the functioning and development of the socio-economic system as the genetic basis of crises. *Uspexi sovremennogo estestvoznaniya* = [Successes of Modern Natural Science], 4, pp. 105–107. (In Russ.)

Korobeev, A.I., 2019. *Rossijskaya ugolovno-pravovaya politika: ot genezisa do krizisa* = [Russian criminal law policy: from genesis to crisis]. Moscow: Jurlitinform. (In Russ.)

Lasslett, K., 2010. Crime or social harm? A dialectical perspective. *Crime, Law and Social Change*, 54(1), pp. 1–19.

- Levin, G.D., 2007. Opposites and Contradictions. *Epistemologiya i filosofiya nauki* = [Epistemology and Philosophy of Science], 11(1), pp. 31–48. (In Russ.)
- Massaro, P., 2020. Crisis and contradictions of the Italian penitentiary system, ten years after the declaration of the state of emergency. *Sociology and Social Work Review*, 1, pp. 7–18.
- Metlov, V.I., 1997. Dialectics in modern conditions. *Filosofiya i obshchestvo* = [Philosophy and Society], 3, pp. 159–183. (In Russ.)
- Miller, W.B., 1973. Ideology and Criminal Justice Policy: Some Current Issues. *Journal of Criminal Law & Criminology*, 64, pp. 141–162.
- Naumov, A.V., 2009. Criminal policy in the field of the appointment and execution of punishment: a contradiction between the legislative ideal and practice. *Vestnik Instituta: Prestuplenie, Nakazanie, Ispravlenie* = [Bulletin of the Institute: Crime, Punishment, Correction], 5, pp. 3–9. (In Russ.)
- Nisbett, R., Peng, K., Choi, I. and Norenzayan, A., 2001. Culture and systems of thought: holistic vs. analytic cognition. *Psychological Review*, 108(2), pp. 291–310.
- Norrie, A., 1996. The Limits of Justice: Finding Fault in the Criminal Law. *The Modern Law Review*, 59, pp. 540–556.
- Novikov, D.V., 2019. *Politicheskij monopolizm v sovremennoj Rossii* = [Political monopoly in modern Russia]. Abstract of Dr. Sci. (Politic) Dissertation. Vladivostok. (In Russ.)
- Omalley, P., 1999. Volatile and Contradictory Punishment. *Theoretical Criminology*, 3, pp. 175–196.
- Popov, V.V., 2013. The philosophy of contradiction: from Aristotle to Kant and Hegel. *Aktual'nye problemy' gumanitarnyx i estestvennyx nauk* = [Actual Problems of the Humanities and Natural Sciences], 2, pp. 163–166. (In Russ.)
- Prigozhin, A.I., 2004. *Dialogue solutions. Obshchestvennyye nauki i sovremennost'* = [Social Sciences and Modernity], 3, pp. 51–60. (In Russ.)
- Rutkevich, M.N., 1995. *Makrosociologiya: Metodologicheskie ocherki* = [Macrosociology: Methodological Essays]. Moscow: OFSPP RAN. (In Russ.)
- Savenkov, R.V., 2003. *Politicheskaya sistema postsovetsoj Rossii: tendencii, protivorechiya, puti stabilizacii* = [The political system of post-Soviet Russia: tendencies, contradictions, ways of stabilization]: Abstract of Cand. Sci. (Politic) Dissertation. Voronezh. (In Russ.)
- Tretyakov, I.L., 2017. *Ugolovnaya politika sovremennoj Rossii* = [Criminal policy of modern Russia]. St. Petersburg: Fund "University". (In Russ.)
- Vasiliev, S.F., 2014. *V poiskax dialektiki* = [In search of dialectics]. Moscow: Direct-Media. (In Russ.)

Zhovtun, D.T., 2010. Methodological potential of the principle of contradiction in social cognition. *Sociologiya vlasti* = [Sociology of Power], 7, pp. 6–17. (In Russ.)

Информация об авторах / Information about the authors

Пудовочкин Юрий Евгеньевич, доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник – руководитель направления уголовно-правовых исследований Центра исследований проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Российская Федерация, Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69)

Yury E. Pudovochkin, Dr. Sci. (Law), Professor, Principal Researcher – Head of the Criminal Law Direction of the Justice Research Center, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

E-mail: 11081975@list.ru

Бабаев Михаил Матвеевич, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, главный научный сотрудник направления уголовно-правовых исследований Центра исследований проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Российская Федерация, Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69)

Mikhail M. Babayev, Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Scientist of the Russian Federation, Principal Researcher of the Criminal Law Direction of the Justice Research Center, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

E-mail: babaevmm@yandex.ru

УДК 343.24

DOI: 10.37399/2686-9241.2020.4.44-61

Назначение наказания в виде пожизненного лишения свободы

М.А. Тулиглов

*Дальневосточный филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Хабаровск, Российская Федерация
tu-m-an@yandex.ru*

Аннотация

Введение. В системе уголовных наказаний России после введения моратория на смертную казнь самым суровым из применяемых видов наказаний выступает пожизненное лишение свободы. В целях соблюдения прав и законных интересов всех участников уголовного процесса суд при постановлении приговора должен учесть все особенности, характерные для назначения данного вида наказания. Вместе с тем отсутствие единообразных подходов к его назначению, использование оценочных категорий, не имеющих разъяснений в практике высшей судебной инстанции, а также пробелы в отдельных положениях уголовного закона приводят к тому, что в различных регионах судами формируется своя практика описания и обоснования в тексте приговора назначения пожизненного лишения свободы. Именно поэтому в рамках данной статьи автор на основании анализа приговоров судов первой инстанции исследует особенности назначения наказания в виде пожизненного лишения свободы.

Теоретические основы. Методы. Работа осуществлена на основе использования таких общенаучных методов исследования, как диалектический, формально-юридический и герменевтический. Названные методы использованы во взаимодействии с целью получения синергетического эффекта.

Результаты исследования. При назначении пожизненного лишения свободы важно качественно описать исключительную опасность личности лица, совершившего преступление. Невыполнение этого требования может привести к отмене приговора. В ходе исследования анализируются обстоятельства, исключающие возможность назначения пожизненного лишения свободы, особенности назначения пожизненного лишения свободы при совокупности преступлений или приговоров, проблемы определения вида исправительного учреждения для лица, приговоренного к данному виду наказания.

Обсуждение и заключение. На основании анализа в статье предлагаются варианты описания исключительной опасности личности лица, совершившего преступление, отражения в приговоре наказания, назначенного по совокупности преступлений и приговоров, одним из которых выступает пожизненное лишение свободы.

Ключевые слова: пожизненное лишение свободы, назначение наказания, исключительная опасность личности

Для цитирования: Тулиглов М.А. Назначение наказания в виде пожизненного лишения свободы // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 4. С. 44–61. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.44-61

Sentencing to Life Imprisonment

Maxim A. Tuliglovich

*The Far Eastern Branch, Russian State University of Justice,
Khabarovsk, Russian Federation*

For correspondence: tu-m-an@yandex.ru

Abstract

Introduction. After declaring a moratorium on the death penalty in Russia life imprisonment has turned to be the most severe of the applied criminal punishments. In order to respect the rights and interests of all parties of the criminal process, the court when passing a sentence shall consider all the characteristic features of this kind of imprisonment.

Taking into account the processes of self-organization, the lack of common approaches to the imprisonment for life in law, the use of evaluation categories that are not explained in the practice of the highest court, as well as the presence of gaps in certain provisions of the criminal law, leads to the fact that the courts in different regions in text justify and substantiate the sentence of life imprisonment form their own experience.

The problem of sentencing in the form of life imprisonment has become the subject of the article. The author's approach is based on the analysis of the first instance courts sentences and the examination of their features.

Theoretical Basis. Methods. The work is carried out with the use of such general scientific research methods as comparative legal, dialectical, formal legal, and hermeneutical methods are applied. The above methods are used in conjunction in order to obtain a synergistic effect of the research.

Results. When passing a life sentence, it is important to describe thoroughly the exceptional danger of the defendant. Failure to comply with this requirement may result in the cancellation of the sentence. The author also analyzes the circumstances that are to preclude the possibility of life imprisonment, deals with the features of life verdict in the case of a combination of crimes or sentences in the particular situation, takes up the questions of determining the type of correctional facility for a person sentenced to this type of punishment.

Discussion and Conclusion. Based on the author's research, the article offers legal options for describing the exceptional danger of the person committed the crime, reflecting in the sentence the punishment imposed for a combination of crimes and sentences, one of which is life imprisonment.

Keywords: life imprisonment, sentencing, exceptional danger to the person, a combination of crimes

For citation: Tuliglovich, M.A., 2020. Sentencing to life imprisonment. *Pravosudie/Justice*, 2(4), pp. 44–61. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.44-61

Введение

Трансформация общественного строя на пороге девяностых годов XX в., кумулятивный эффект реализации отдельных внутригосударственных (рост насильственной преступности) и внешнеполитических тенденций привели к верной «оценке законодателем состояния, динамики и уровня развития преступности, экономических и материальных возможностей общества по обеспечению надлежащего функционирования органов уголовной юстиции, уровня толерантности общества к антисоциальным проявлениям и поступкам и уровня нравственного развития общества» [Желоков, Н.В., 2007, с. 62]. Как следствие, в системе наказаний, установленных Уголовным кодексом Российской Федерации (УК РФ) 1996 г., появилось пожизненное лишение свободы, до 2004 г. назначаемое в рамках альтернативы

смертной казни¹, но позиционируемое в качестве самостоятельного вида наказания (п. «м» ст. 44 УК РФ). Этот законодательный шаг ознаменовал новый виток внимания ученых к данной проблеме. В результате наука встала перед необходимостью теоретического анализа проблем, возникших в практике применения пожизненного лишения свободы. В современной теории уголовного права к некоторым вопросам пожизненного лишения свободы обращались разные авторы [Михлин, А.С., 2002; Казакова, Е.Н., 2008; Сыч, К.А. и Каданева, Е.А., 2016 и др.]. Отдельные аспекты правовой природы, сущности, исполнения данного вида наказания рассматривались в рамках диссертационных исследований [Детков, А.П., 1996; Антонов, О.А., 1998; Желоков, Н.В., 2007; Кирюхина, Е.А., 2008; Мазурина, Ю.Е., 2010].

Вместе с тем следует констатировать, что в проведенных исследованиях не обобщена практика назначения данного вида наказания, не раскрыты особенности описания в приговоре исключительной опасности личности лица, осуждаемого к пожизненному лишению свободы, сложения наказаний при совокупности преступлений или приговоров, одним из которых выступает пожизненное лишение свободы, и другие аспекты, связанные с его назначением. Кроме того, отсутствие единообразных подходов к его назначению, использование оценочных категорий, не имеющих разъяснений в практике высшей судебной инстанции, а также наличие пробелов в отдельных положениях уголовного закона приводят к тому, что в различных регионах с учетом процессов самоорганизации судами формируется своя практика описания и обоснования в тексте приговора назначения пожизненного лишения свободы, не всегда соответствующая требованиям законодательства.

Теоретические основы. Методы

Теоретическую основу исследования составили научные работы в области уголовного права, отражающие содержание и сущность пожизненного лишения свободы в системе уголовного законодательства России. Результаты исследования основаны на анализе 16 приговоров², вынесенных в различных субъектах Российской Федерации по осуждению лиц к пожизненному лишению свободы. Использование историко-правового и системно-структурного методов позволило по-новому взглянуть на проблему замены пожизненного лишения свободы на более мягкое наказание. Применение гер-

¹ После вступления в силу Федерального закона от 21 июля 2004 г. № 74-ФЗ «О внесении изменений в статьи 57 и 205 Уголовного кодекса Российской Федерации» пожизненное лишение свободы может назначаться уже не как альтернатива смертной казни, а как основное, самостоятельное наказание. См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 30. Ст. 3092.

² Анализ статистических данных показывает, что число лиц, осуждаемых ежегодно в Российской Федерации к пожизненному лишению свободы, колеблется в среднем от 50 до 70 человек. См.: Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации. Основные статистические показатели состояния судимости в России за 2003–2007 годы и 2008–2019 годы. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=2074> (дата обращения: 21.06.2020).

меневтического и формального юридического методов помогло выделить особенности назначения наказаний по совокупности преступлений и приговоров, а также определить пути решения проблем назначения наказания в виде пожизненного лишения свободы. Названные методы использованы во взаимодействии с целью получения синергетического эффекта.

Автор использовал общенаучные методы исследования, такие как диалектический, формально-юридический и герменевтический. Названные методы использованы во взаимодействии с целью получения синергетического эффекта. Результаты исследования основаны на анализе 16 приговоров³, вынесенных в различных субъектах Российской Федерации по осуждению лиц к пожизненному лишению свободы.

Результаты исследования

Назначение наказания в виде пожизненного лишения свободы с точки зрения материального права в целом происходит по правилам, присущим назначению наказания в виде лишения свободы на определенный срок. Вместе с тем можно выделить ряд особенностей, характерных именно для данного вида наказания, которые должен учитывать суд при вынесении приговора.

Первое, на что следует обратить внимание, – исключительная опасность для общества лица, совершившего преступление. В соответствии с Постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2016 г. № 55⁴ суд, назначая пожизненное лишение свободы, должен привести конкретные обстоятельства дела и данные, характеризующие личность подсудимого.

Исключительная опасность личности

Суды по-разному описывают исключительную опасность личности. В отдельных случаях данный вывод строится на подробном описании фактов всей преступной деятельности подсудимого, предшествующей постановлению приговора. Судом анализируются характер совершенных преступлений, частота их повторений, оценивается поведение лица во время и после совершения преступления. В качестве примера подобного описания можно привести приговор Иркутского областного суда⁵.

³ Анализ статистических данных показывает, что число лиц, осуждаемых ежегодно в Российской Федерации к пожизненному лишению свободы, колеблется в среднем от 50 до 70 человек. См.: Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации. Основные статистические показатели состояния судимости в России за 2003–2007 годы и 2008–2019 годы. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=2074> (дата обращения: 21.06.2020).

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 1.

⁵ Приговор Иркутского областного суда от 18 апреля 2014 г. (дело № 2-69/2014). URL: <https://rospravimnxyxlu3.darknet.to/court-irkutskij-oblastnoj-sud-irkutskaya-oblast-s/act-507301324> (дата обращения: 21.06.2020).

Иногда в мотивировочной части приговора характеристика личности подсудимого дается через его психологические особенности, подчеркивающие исключительную опасность этого лица.

«...М. совершил особо тяжкое и тяжкие преступления, он лишил жизни с особой жестокостью малолетнего ребенка, которого до этого длительное время истязал и причинил тяжкий вред его здоровью. Эти преступления совершены им в условиях рецидива (учитывая судимость за кражу), после досрочного освобождения из мест лишения свободы по амнистии без снятия судимости. В места лишения свободы он был водворен с отменой условного осуждения по одному приговору и заменой наказания в виде исправительных работ на лишение свободы, которому предшествовала отмена условного осуждения по другому приговору. В местах лишения свободы он характеризовался отрицательно, привлекался к дисциплинарной ответственности. Такое негативное поведение свидетельствует о стойком нежелании подсудимого встать на путь исправления и неэффективности применения к нему несуровых мер наказания, нахождение его вне изоляции от общества представляет угрозу для жизни людей.

Изучив личность подсудимого М., его психологические особенности – психические и поведенческие расстройства в результате злоупотребления алкоголем, личностное морально-этическое снижение, нарушение социальной адаптации, эмоциональную лабильность, неустойчивость, импульсивность в поведении, повышенную жестокость, зависимость от средовых воздействий, поверхностность в оценивании собственной личности и внешних обстоятельств, морально-нравственное снижение, этическое обеднение, повышенный уровень психопатизации; негативный образ жизни; фактические обстоятельства содеянного, суд приходит к выводу, что он представляет исключительную опасность для общества, меры воспитательного характера оказать воздействия на него не могут, и в целях восстановления социальной справедливости и предупреждения совершения новых преступлений М. за совершение преступления, предусмотренного п. «в», «д», «ж» ч. 2 ст. 105 УК РФ, должен быть приговорен к максимально строгому наказанию, предусмотренному действующим законодательством, – в виде пожизненного лишения свободы. Назначение подсудимому иного наказания не будет отвечать целям наказания, указанным в ч. 2 ст. 43 УК РФ»⁶.

В некоторых приговорах исключительная опасность личности подсудимого определяется не только психологическими характеристиками, свидетельствующими о повышенной степени его общественной опасности, но и фактами, указывающими на отсутствие исправления, неудержимую тягу к совершению новых преступлений и исключительную опасность подсудимого для общества в целом.

⁶ Приговор Хабаровского краевого суда от 12 декабря 2017 г. (дело № 2-34/2017) // Архив Хабаровского краевого суда.

«...П. судим за тяжкие преступления, отбывал наказание, в том числе за умышленное причинение ударами ножа тяжкого вреда здоровью человека, совершенное спустя непродолжительное время (4 месяца) после освобождения из мест заключения. Однако понесенное наказание в виде лишения свободы на длительный срок и установленный административный надзор какого-либо влияния на исправление подсудимого и предупреждение совершения им новых преступлений не оказали. Также спустя непродолжительное время после освобождения из мест заключения (менее 5 месяцев) П. вновь, при особо опасном рецидиве, совершил пять особо тяжких преступлений, представляющих повышенную общественную опасность, посягающих на малолетних потерпевших, проявив настойчивость для достижения преступного результата.

Приведенные обстоятельства объективно свидетельствуют о наличии у подсудимого П. стойких антисоциальных установок, устойчивых общественно опасных интересов и склонности к насилию, в силу чего его нахождение вне изоляции от общества представляет угрозу для жизни и здоровья людей. Возраст потерпевших Т.М. и Т.О., с которыми подсудимый проживал в одной квартире, их доверие к нему не стали для П. сдерживающими при совершении в отношении них преступлений, равно как присутствие рядом на одной кровати во время изнасилования Т.О. бодрствующего полуторагодовалого ребенка.

Такое преступное поведение подсудимого согласуется с выявленными у него экспертами индивидуально-психологическими особенностями в виде эмоциональной неустойчивости, вспыльчивости, облегченности потребностей и желаний, упрощенного восприятия социальных норм и пренебрежения ими с наличием интересов, связанных с употреблением спиртного, и указывает на проявленные им цинизм, игнорирование общественных устоев и правил поведения.

Установленные вердиктом характер и обстоятельства совершенных подсудимым особо тяжких преступлений, посягающих на половую неприкосновенность несовершеннолетней и малолетней потерпевших, а также на жизнь одной из них, в совокупности с приведенными выше данными о личности П. свидетельствуют об исключительной опасности для общества как содеянного им, так и самого подсудимого. Поэтому суд считает необходимым для достижения установленных законом целей наказания и несмотря на наличие смягчающих обстоятельств назначить П. за убийство Т.М. и по совокупности совершенных им преступлений самое строгое наказание, предусмотренное действующим уголовным законом, в виде пожизненного лишения свободы, поскольку иные меры наказания, предусмотренные санкцией ст. 105 ч. 2 УК РФ, по убеждению суда, не способны обеспечить восстановление социальной справедливости, оказать воспитательное воздействие на подсудимого и предупредить совершение им новых преступлений (ст. 43 ч. 2 УК РФ)»⁷.

⁷ Приговор Хабаровского краевого суда от 20 апреля 2018 г. (дело № 2-10/2018) // Архив Хабаровского краевого суда. Также см.: Приговор Верховного суда

Можно встретить приговоры, в которых мотивировочная часть применительно к анализу данных, характеризующих личность подсудимого, его исключительную опасность, описывается только в общих формулировках. Обосновывая назначенное наказание, суд только перечисляет обстоятельства, учитываемые при назначении данного наказания⁸, что, на наш взгляд, не отвечает установленным требованиям.

Исследование показало, что при характеристике исключительной опасности личности подсудимого судами активно используются обстоятельства, отягчающие наказание. Однако соотношение исключительной опасности лица и обстоятельств, смягчающих наказание, производится не во всех случаях. Вместе с тем их наличие, как и отсутствие отягчающих обстоятельств, не является однозначным препятствием для назначения наказания в виде пожизненного лишения свободы. В этом случае следует учитывать, что ч. 3 ст. 62 УК РФ не содержит прямого запрета на применение наказания в виде пожизненного лишения свободы даже при наличии условий, предусмотренных ч. 1 ст. 62 УК РФ (п. «и» и (или) «к» ч. 1 ст. 61 УК РФ), и отсутствии отягчающих обстоятельств⁹. Суд в подобных случаях должен дать соответствующую оценку значению, месту и роли смягчающих обстоятельств в сложившейся ситуации, их взаимосвязи с целями и мотивами преступления, поведением лица во время совершения преступления¹⁰.

Обстоятельства, исключаящие возможность назначения пожизненного лишения свободы

При назначении пожизненного лишения свободы необходимо принимать во внимание, что оно не назначается женщинам, а также лицам, совершившим преступление в возрасте до восемнадцати лет, и мужчинам, достигшим к моменту вынесения судом приговора шестидесятипятилетнего возраста (ч. 2 ст. 57 УК РФ). Фактическая оценка судом наличия либо отсутствия обстоятельств, предусмотренных в ч. 2 ст. 57 УК РФ, находит безус-

Республики Татарстан от 21 октября 2015 г. (дело № 2-5/2015). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-verhovnyj-sud-respubliki-tatarstan-respublika-tatarstan-s/act-459038842> (дата обращения: 21.06.2020).

⁸ См., например: Приговор Кемеровского областного суда от 27 ноября 2012 г. (дело № 2-90/12). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-kemerovskij-oblastnoj-sud-kemerovskaya-oblast-s/act-464378597> (дата обращения: 15.05.2020); Приговор Верховного суда Республики Дагестан (дело № 2-13/2013 (2-78/2012)). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-verhovnyj-sud-respubliki-dagestan-respublika-dagestan-s/act-417144800> (дата обращения: 20.06.2020).

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2015 г. № 58 (ред. от 18 декабря 2018 г.) «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 2.

¹⁰ См.: Приговор Иркутского областного суда от 18 апреля 2014 г. (дело № 2-69/2014). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-irkutskij-oblastnoj-sud-irkutskaya-oblast-s/act-507301324> (дата обращения: 21.06.2020).

ловное отражение во всех приговорах по делам данной категории. Вместе с тем правовая природа данного положения вызывает острые дискуссии в общественных и юридических кругах. Оно неоднократно становилось предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации¹¹ и Европейского Суда по правам человека¹². При этом правовая позиция российского законодателя признана не ущемляющей права и законные интересы граждан, не относящихся к данным категориям, соответствующей принципам справедливости и гуманизма и, следовательно, не являющейся дискриминационной. Однако подобные положения не находят поддержки в работах отдельных авторов, считающих их недостаточно убедительными, выступающими проявлениями гендерного неравенства в уголовном законодательстве. Среди причин называют рост количества особо тяжких деяний, совершаемых женщинами и несовершеннолетними; расширение круга резонансных преступлений, в которых участвует рассматриваемая категория лиц (террористический акт и др.) [Казакова, Е.Н., 2008].

Думается, что рациональное зерно в подобного рода высказываниях имеется. Серьезная криминологическая экспертиза ч. 2 ст. 57 УК РФ, безусловно, будет способствовать не только повышению качества обеспечения прав и свобод граждан, но и наиболее эффективному достижению стоящих перед наказанием целей. Сегодня наблюдается резкая нехватка основных монографических исследований, в которых с учетом биологических, психологических, социологических, педагогических, нравственных, криминологических и иных особых характеристик лиц, указанных в ч. 2 ст. 57 УК РФ, было бы представлено научное обоснование и достаточная аргументация целесообразности данного положения.

В отсутствие соответствующей научной проработки этого вопроса неизбежно начинают появляться вопросы, например, какими фактическими данными подтверждается теория о том, что смягченная ответственность должна распространяться на всех лиц старше 65 лет? Где научное обоснование для установления возрастного предела именно в 65 лет, учитывая пенсионный возраст для мужчин 60–65 лет? В этих условиях представители Российской Федерации в Европейском Суде приводят следующие до-

¹¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14 октября 2004 г. № 321-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Голотина Александра Юрьевича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 57 Уголовного кодекса Российской Федерации». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 24.09.2013 № 1428-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Цурова Адама Муссаевича на нарушение его конституционных прав статьей 57 Уголовного кодекса Российской Федерации». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹² Постановление Европейского Суда по правам человека от 24 января 2017 г. «Дело Хамтоху и Аксенчик (Khamtokhu and Aksenchik) против Российской Федерации» (жалобы № 60367/08 и 961/11) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2017. № 3.

воды в защиту этого положения: «...запреты, связанные с возрастом, были необходимы, поскольку несовершеннолетние и пожилые лица относятся к уязвимым социальным группам и имеют плохо развитую или ослабленную способность отдавать отчет в своем поведении, контролировать его и предвидеть последствия своих действий. Они подвержены импульсивному неосознанному поведению, которое может привести к уголовно наказуемому деянию. Что касается женщин, исключение пожизненного лишения свободы оправдывается их особой ролью в обществе, которая связана, прежде всего, с их репродуктивной функцией»¹³. Следует признать, что подобные аргументы не основаны на серьезном научном исследовании, а носят в большей степени оттенок обыденного правосознания.

Уголовный закон содержит и другие *положения, препятствующие назначению пожизненного лишения свободы*. Так, в частности, оно не применяется:

- при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве (ч. 4 ст. 62 УК РФ);

- при наличии отдельных исключительных обстоятельств (ст. 64 УК РФ). Хотя закон и не устанавливает прямого запрета на назначение пожизненного лишения свободы, однако, исходя из правового смысла нормы, его назначение представляется нецелесообразным;

- при вердикте присяжных заседателей о снисхождении (ч. 1 ст. 65 УК РФ);

- при приготовлении и покушении на преступление (ч. 4 ст. 66 УК РФ);

- если суд не сочтет возможным применить в отношении осужденного к пожизненному лишению свободы или смертной казни сроки давности исполнения обвинительного приговора (ч. 3 ст. 83 УК РФ);

- если в связи с истечением сроков давности суд не сочтет возможным освободить от уголовной ответственности лицо за совершение преступления, наказуемого смертной казнью или пожизненным лишением свободы (ч. 4 ст. 78 УК РФ)¹⁴.

Особенности назначения наказания по совокупности преступлений или приговоров

Недостаточная правовая регламентация отдельных вопросов, связанных с назначением наказания по совокупности преступлений и приговоров, одним из которых выступает пожизненное лишение свободы, приводит к тому, что в разных регионах эта практика значительно отличается. Можно выделить следующие способы сложения, которые используют суды при

¹³ Постановление Европейского Суда по правам человека от 24 января 2017 г. «Дело Хамтоху и Аксенчик (Khamtokhu and Aksenchik) против Российской Федерации» (жалобы № 60367/08 и 961/11). П. 47 // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2017. № 3.

¹⁴ О практике применения данной статьи см.: Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 22 февраля 2018 г. № 4-АПУ18-3. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

назначении итогового наказания, если наказание за одно из преступлений, входящих в совокупность, предусматривает пожизненное лишение свободы:

- в соответствии с ч. 3 ст. 69 УК РФ по совокупности преступлений окончательное наказание назначается в виде пожизненного лишения свободы¹⁵. Такая формулировка является наиболее распространенной. В данном случае суды в приговоре не прописывают, происходит ли полное или частичное сложение наказания по совокупности преступлений.

- на основании ч. 3 ст. 69 УК РФ по совокупности преступлений, путем частичного сложения назначенных наказаний, назначается окончательное наказание в виде пожизненного лишения свободы. Подобный конкретизированный способ описания правил сложения наказаний используется значительно реже, однако встречается в резолютивной части приговоров¹⁶. Обоснованность подобной формулировки представляется достаточно спорной, когда речь идет о лишении свободы на определенный срок и пожизненном лишении свободы, учитывая фактическую невозможность их частичного сложения. Однако следует признать, что она основана на законе, поскольку других вариантов, за исключением частичного или полного сложения наказаний, ч. 3 ст. 69 УК РФ в действующей редакции не предусматривает.

Анализ судебной практики позволил выделить и альтернативный способ формулирования сложения итогового наказания: в соответствии с ч. 3 ст. 69 УК РФ по совокупности преступлений путем поглощения более строгого наказания менее строгим наказанием назначается наказание в виде пожизненного лишения свободы¹⁷. Данный способ определения итогового наказания представляется наиболее логичным. Вместе с тем не следует забывать, что уголовный закон не устанавливает при назначении наказаний

¹⁵ Приговор Санкт-Петербургского городского суда (дело № 2-24/2013). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-sankt-peterburgskij-gorodskoj-sud-gorod-sankt-peterburg-s/act-419175932> (дата обращения: 16.03.2020); Приговор Кемеровского областного суда (дело № 2-90/12). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-kemerovskij-oblastnoj-sud-kemerovskaya-oblast-s/act-464378597> (дата обращения: 16.03.2020); Приговор суда г. Красногорска Московской области (дело № 2-8-4/15). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-moskovskij-oblastnoj-sud-moskovskaya-oblast-s/act-469420796> (дата обращения: 16.03.2020).

¹⁶ Подобная практика сложилась, например, в Хабаровском краевом суде. См., в частности: Приговор Хабаровского краевого суда от 28 октября 2018 г. (дело № 2-52/2015). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-xabarovskij-kraevoj-sud-xabarovskij-kraj-s/act-498027384> (дата обращения: 18.03.2020); и др.; Приговор Верховного суда Республики Дарестан (дело № 2-13/2013 (2-78/2012)). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-verhovnyj-sud-respubliki-dagestan-respublika-dagestan-s/act-417144800> (дата обращения: 18.03.2020).

¹⁷ Приговор Верховного суда Республики Бурятия (дело № 1-4/2010 (1-28/2009)). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-verhovnyj-sud-respubliki-buryatiya-respublika-buryatiya-s/act-468436215> (дата обращения: 16.03.2020).

по совокупности преступлений или приговоров правил поглощения менее строгого наказания более строгим, если в данной совокупности имеется наказание более строгое, чем лишение свободы на определенный срок. Несмотря на это обстоятельство, практика разных регионов свидетельствует об использовании судами в приговорах подобных формулировок. Причем в отдельных приговорах суды прямо указывают на неурегулированность данного вопроса.

«...При назначении 3. окончательного наказания следует применить принцип поглощения менее строгого наказания более строгим, поскольку в статьях 69, 71 УК РФ не предусмотрено сложение наказаний в виде пожизненного лишения свободы и лишения свободы на определенный срок»¹⁸.

«Окончательное наказание по совокупности преступлений суд назначает в соответствии со ст. 69 ч. 3 УК РФ. Однако, учитывая объективную невозможность сложения наказания в виде пожизненного лишения свободы с наказанием в виде лишения свободы на определенный срок, суд фактически поглощает более строгим наказанием в виде пожизненного лишения свободы менее строгие основные наказания и дополнительное наказание в виде ограничения свободы, которое к пожизненному лишению свободы не назначается»¹⁹.

Вопросы назначения итогового наказания по совокупности преступлений, одним из которых выступает пожизненное лишение свободы, безусловно, не ограничиваются проблемой выбора соответствующего правила сложения наказаний. В отдельных случаях в судебном приговоре можно встретить положения, характеризующие неверное понимание места пожизненного лишения свободы в современной системе уголовных наказаний.

Например, приговором Верховного суда Республики Дагестан одному из соучастников группового убийства по п. «а», «ж», «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ было назначено наказание в виде пожизненного лишения свободы с ограничением свободы на 1 год²⁰.

Однако в данном случае санкция ч. 2 ст. 105 УК РФ предусматривает ограничение свободы в качестве дополнительного наказания только к лишению свободы на определенный срок, что коррелируется с положениями ч. 2 ст. 53 УК РФ, и, соответственно, ограничение свободы не может быть назначено в качестве дополнительного наказания к пожизненному лишению свободы.

¹⁸ Приговор Верховного Суда Республики Татарстан от 21 октября 2015 г. (дело № 2-5/2015). URL: <https://rospravmnxyxlu3.darknet.to/court-verhovnyj-sud-respubliki-tatarstan-respublika-tatarstan-s/act-459038842> (дата обращения: 18.03.2020).

¹⁹ Приговор Вологодского областного суда (дело № 2-3/2016). URL: <https://rospravmnxyxlu3.darknet.to/court-vologodskij-oblastnoj-sud-vologodskaya-oblast-s/act-524588390> (дата обращения: 18.03.2020).

²⁰ Приговор Верховного суда Республики Дагестан (дело 2-13/2013 (2-78/2012)). URL: <https://rospravmnxyxlu3.darknet.to/court-verhovnyj-sud-respubliki-dagestan-respublika-dagestan-s/act-417144800> (дата обращения: 18.03.2020).

нию свободы. Причины подобных ошибок кроются в особенностях законодательного конструирования нормативных предписаний, содержащих обобщающее²¹ понятие – «лишение свободы». Последнее можно достаточно часто встретить в тексте Общей части УК РФ (в частности, ч. 1 ст. 58, ч. 2 ст. 71, ч. 1 ст. 72, ч. 1 ст. 79, ч. 1 ст. 80 и т. д.), однако в системе наказаний подобное наказание отсутствует. Как указывают отдельные исследователи, при формулировке уголовного наказания в виде лишения свободы на определенный срок законодатель не учитывает этого обстоятельства и ведет речь именно о лишении свободы, а не о лишении свободы на определенный срок [Мясников, В.В., 2003, с. 47].

Вопрос о соотношении пожизненного лишения свободы с другими наказаниями находится в тесной связи с проблемой его самостоятельности. Анализ суждений по этому вопросу позволяет выделить три ключевых направления, в рамках которых и развернулись дискуссии.

Первое можно условно назвать нормативным. Его сторонники рассматривают пожизненное лишение свободы как самостоятельный вид наказания в строгом соответствии с положениями, сформулированными не только в ст. 44 УК РФ и 57 УК РФ, но и в других статьях Кодекса, устанавливающих отличия пожизненного лишения свободы от лишения свободы на определенный срок [Маликов, Б.З., 2004, с. 79; Филимонов, О.В., 2009, с. 160].

Представители второго направления рассматривают пожизненное лишение свободы как разновидность лишения свободы (Михлин, А.С., 2002, с. 30; Антонов, О.А., 1998, с. 14–15).

Представители третьего направления занимают нейтральную позицию, с одной стороны, указывая на самостоятельный характер пожизненного лишения свободы, с другой – видя в нем разновидность лишения свободы из-за сходства их содержания и сущности [Шмаров, И.В., 2004, с. 227–228].

Отметим, что нельзя игнорировать то обстоятельство, что законодатель последовательными своими действиями демонстрирует отношение к пожизненному лишению свободы как к основному, самостоятельному виду уголовного наказания. Безусловно, отличия срочного и бессрочного наказаний внушительны, это достаточно наглядно показали представители первого направления. Но нам близка позиция К.А. Сыча, развивающего идею о лишении свободы как родовом понятии, способном объединить отдельные разрозненные его виды. Небезынтересной, кроме того, представляется позиция Б.З. Маликова [2004, с. 82] о переименовании пожизненного лишения свободы в пожизненное заключение. Реализация этой идеи в законодательстве помогла бы разрешить большое количество интерпретационных вопросов, внесла бы больше ясности в оценку системы наказания, кроме того, оно более точно отражало бы суть пожизненного лишения сво-

²¹ В терминологии, используемой К.А. Сычом и Е.А. Каданевой, лишение свободы выступает «родовым» понятием применительно к лишению свободы на определенный срок и пожизненному лишению свободы, аресту. Более подробно об этом см.: [Сыч, К.А. и Каданева, Е.А., 2016].

боды, правовое положение осужденных, а также учитывало особенности и сложность его исполнения.

Например, в связи с изменением редакции ст. 80 УК РФ возникла проблема: возможна ли теперь замена пожизненного лишения свободы на более мягкое наказание? Часть 1 ст. 80 УК РФ устанавливает возможность замены оставшейся не отбытой части наказания более мягким видом наказания лицу, отбывающему лишение свободы. Использование специально-юридического толкования данной нормы в этом случае не приводит к желаемому результату, поскольку в системе наказаний, получившей закрепление в ст. 44 УК РФ, лишение свободы как самостоятельный вид наказания отсутствует. В рассматриваемом предписании законодатель называет два вида наказания: лишение свободы на определенный срок и пожизненное лишение свободы. И только использование исторического (анализ прежних редакций) и системного толкования отдельных статей уголовного закона приводит нас к выводу о том, что пожизненное лишение свободы не может быть заменено другим, более мягким видом наказания. Данный вывод подтверждается анализом судебных приговоров²².

Отказывая в принятии к производству ходатайства адвоката Черкасова В.В. в защиту интересов осужденного К. о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания, суд правильно руководствовался положениями ч. 2 ст. 80 УК РФ о том, что неотбытая часть наказания может быть заменена более мягким видом наказания после фактического отбытия осужденным к лишению свободы определенной части срока наказания в зависимости от категории тяжести преступления. К. приговором суда назначено наказание в виде смертной казни, смертная казнь в порядке помилования заменена ему не лишением свободы на определенный срок, а на пожизненное лишение свободы, поэтому часть отбытого им срока определить невозможно²³.

²² Согласно Определению Конституционного Суда Российской Федерации от 24 сентября 2013 г. № 1432-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан З. и Т. на нарушение их конституционных прав положениями части первой статьи 57 и статьи 80 Уголовного кодекса Российской Федерации» непосредственно из Конституции Российской Федерации не вытекает обязанность федерального законодателя закреплять в уголовном законе положения, предусматривающие возможность замены пожизненного лишения свободы более мягким видом наказания. Положения части первой ст. 57 и ст. 80 УК РФ не лишают осужденное к пожизненному лишению свободы лицо права на условно-досрочное освобождение от отбывания наказания.

²³ Апелляционное постановление Вологодского областного суда от 29 сентября 2016 г. (дело № 22-1715/2016). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-vologodskij-oblastnoj-sud-vologodskaya-oblast-s/act-534476871> (дата обращения: 18.03.2020). См. также: Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам суда Ямало-Ненецкого автономного округа от 8 июля 2010 г. (дело № 22-948/2010). URL: <https://rospravjmnxyxlu3.darknet.to/court-sud->

Определение вида исправительного учреждения

Назначение осужденным к пожизненному лишению свободы вида исправительного учреждения осуществляется в соответствии с п. «г» ч. 1 ст. 58 УК РФ. Закон установил для таких осужденных отбывание наказания в исправительных колониях особого режима. Однако правовая неопределенность ч. 2 ст. 58 УК РФ, а также имеющиеся в практике случаи назначения судами отбывания части пожизненного срока в тюрьме требуют более пристального внимания. Отчасти ответ на данный вопрос содержится в кассационном определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 17 ноября 2004 г. № 58-004-58²⁴.

Как следует из указанного решения, особый режим исправительного учреждения осужденному был избран правильно, нарушений положений уголовного закона (ст. 58 УК РФ) в части назначения первых пятнадцати лет в тюрьме Верховным Судом Российской Федерации не выявлено, а место отбывания наказания было изменено ввиду того, что судом первой инстанции не в полной мере были учтены обстоятельства, смягчающие наказание.

Подобная позиция, по мнению отдельных авторов, представляется достаточно спорной и противоречит смыслу закона [Сундуков, Ф.Р., 2009, с. 293].

Сложность разрешения данного вопроса обусловлена и другими обстоятельствами, ряд из которых даже взаимоисключают друг друга. Во-первых, следует констатировать, что при пожизненном лишении свободы сроки все же играют важное значение, например при решении вопроса об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания при исчислении отбывания 25-летнего срока. Именно поэтому во всех без исключения приговорах по делам данной категории суды обязательно указывают, с какого момента исчислять срок, какой срок содержания под стражей необходимо зачесть в срок отбывания наказания в виде пожизненного лишения свободы.

Кроме того, ч. 1 ст. 72 УК РФ «Исчисление сроков наказаний и зачет наказания», не конкретизируя конкретного вида лишения свободы (на определенный срок или пожизненного), закрепляет, что сроки лишения свободы исчисляются в месяцах и годах. С этим положением коррелирует ч. 3.2 данной статьи, устанавливающая зачет времени содержания лица под стражей в срок лишения свободы из расчета один день за один день в отношении осужденных, которым смертная казнь в порядке помилования заменена пожизненным лишением свободы, осужденных за преступления, сопряженные с осуществлением террористической деятельности, большая часть из которых наказывается пожизненным лишением свободы.

yamalo-nenetskiy-avtonomnyy-okrug-act-104941731 (дата обращения: 18.03.2020).

²⁴ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 17 ноября 2004 г. № 58-004-58. Документ опубликован не был. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

Во-вторых, не способствует разрешению данной проблемы обращение к положениям уголовно-исполнительного законодательства. В нем установлен прямой запрет на перевод осужденных к пожизненному лишению свободы, являющихся злостными нарушителями установленного порядка отбывания наказания, из исправительных колоний особого режима в тюрьму (п. «в» ч. 4 ст. 78 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации).

В-третьих, как уже было отмечено, имеется правовая неопределенность с понятием «лишение свободы» и предусмотренной в ч. 2.1 ст. 58 УК РФ возможностью отбывания части срока наказания в тюрьме мужчинам, осужденным к *лишению свободы* (выделено нами. – М.Т.) за совершение преступлений, предусмотренных ст. 205, 205.1, 205.3, ч. 1 ст. 205.4, ст. 205.5, ч. 4 ст. 206, ст. 208, ч. 4 ст. 211, ст. 277–279, 281, 317, 361 УК РФ. При этом санкции указанных статей предусматривают в том числе и наказание в виде пожизненного лишения свободы.

Обсуждение и заключение

Подводя предварительные итоги исследования отдельных аспектов назначения пожизненного лишения свободы, можно сделать следующие выводы:

1. В мотивировочной части приговора необходимо описать характер совершенных преступлений, частоту их повторений, оценить поведение лица до, во время и после совершения преступления, подробно охарактеризовать исключительную опасность личности не только через ее психологические характеристики, но через указание на факты, свидетельствующие об отсутствии исправления, неудержимой тяге к совершению новых преступлений и исключительной опасности подсудимого для общества в целом.

2. В освобождении от пожизненного лишения свободы лиц, указанных в ч. 2 ст. 57 УК РФ, проявляется безусловный, значительный социальный прогресс уголовно-исполнительной системы России. Так, освобождение несовершеннолетних преступников от пожизненного лишения свободы согласуется с международными нормативными актами, в частности с рекомендацией Комитета по правам ребенка об отмене всех форм пожизненного лишения свободы за преступления, совершенные лицами, не достигшими 18-летнего возраста²⁵, и с Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН²⁶, предлагающей государствам рассмотреть вопрос об отмене всех форм пожизненного лишения свободы для таких лиц. Цель подобных предписаний – облегчение процессов исправления и реабилитации несовершеннолетних

²⁵ Замечания общего порядка № 10 (2007). Права детей в рамках отправления правосудия в отношении несовершеннолетних. CRC/C/GC/10, 25 апреля 2007. Комитет по правам ребенка. Сорок четвертая сессия. Женева, 15 января – 2 февраля 2007 г. Пункт 77. URL: <http://humanrts.umn.edu/russian/crc/Rcrcomm10.html> (дата обращения: 03.05.2020).

²⁶ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН A/RES/67/166 «Права человека при отправлении правосудия» от 20 декабря 2013 г. Пункт 18. URL: <https://www.refworld.org.ru/category,LEGAL,,RESOLUTION,,528b7f9e4,0.html> (дата обращения: 03.05.2020).

преступников. Это же касается отказа от пожизненного лишения свободы для лиц пожилого возраста и женщин. Хотя большинство аргументов как за, так и против подобного ограничения теряют свою актуальность, если принять во внимание наличие в уголовном законодательстве России возможности назначения данной категории лиц длительных сроков лишения свободы (25, 30 лет) и возможности условно-досрочного освобождения от отбывания наказания.

3. Пока в соответствующие положения ст. 69, 70 УК РФ не будут внесены изменения, устанавливающие правила поглощения менее строгого наказания более строгим, если в данной совокупности имеется наказание более строгое, чем лишение свободы на определенный срок, считаем наиболее целесообразным в резолютивной части приговора использовать формулировку без конкретизации правила сложения наказаний или приговоров: «В соответствии с ч. 3 ст. 69 УК РФ по совокупности преступлений окончательное наказание назначить в виде пожизненного лишения свободы». Во-первых, эта формулировка не противоречит действующему законодательству, во-вторых, ее интерпретационный объем позволяет нивелировать пробел в действующем законодательстве.

4. При назначении судом рассматриваемого вида наказания основным местом его отбывания должна быть назначена исправительная колония особого режима, однако при соответствующем обосновании решения в приговоре отбывание части срока наказания может быть назначено в тюрьме.

Список использованной литературы

- Антонов О.А. Правовое регулирование назначения и исполнения наказания в виде пожизненного лишения свободы : дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 1998. 165 с.
- Детков А.П. Пожизненное лишение свободы (уголовно-правовые и уголовно-исполнительные аспекты) : дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1996. 181 с.
- Желоков Н.В. Пожизненное лишение свободы в системе наказаний УК и его назначение : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007. 197 с.
- Казакова Е.Н. Реализация уголовно-правовых принципов при применении и назначении пожизненного лишения свободы // Современное право. 2008. № 9. С. 98–103.
- Кирюхина Е.А. Уголовно-правовые и уголовно-исполнительные аспекты применения наказания в виде пожизненного лишения свободы : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 174 с.
- Мазурина Ю.Е. Уголовное наказание в виде пожизненного лишения свободы и его объект : дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2010. 207 с.
- Маликов Б.З. Теоретические проблемы сущности и содержания лишения свободы и их выражение в уголовном и уголовно-исполнитель-

ном законодательстве России : дис. ... д-ра юрид. наук. Рязань, 2004. 482 с.

Михлин А.С. Пожизненное лишение свободы как вид уголовного наказания // Российская юстиция. 2002. № 5. С. 30–33.

Мясников В.В. Лишение свободы на определенный срок: содержание, цели и средства их достижения : дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2003. 208 с.

Сундуrow Ф.Р. [Гл. 17, § 13] Пожизненное лишение свободы // Уголовное право России. Общая часть : учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. Ф.Р. Сундуrowа, И.А. Тарханова. М. : Статут, 2009.

Сыч К.А., Каданева Е.А. Лишение свободы как родовое понятие и виды уголовного наказания: опыт теоретико-правового конструирования. М. : МГЮА, 2016. 192 с.

Филимонов О.В. [Гл. 16, § 12] Пожизненное лишение свободы // Уголовное право России. Общая часть : учебник. 2-е изд., испр. и доп. / под ред. В.П. Ревина. М. : Юстицинформ, 2009. С. 127–128.

Шмаров И.В. [Гл. 10, § 3] Порядок и условия исполнения пожизненного лишения свободы // Уголовно-исполнительное право России / под ред. В.И. Селиверстова. М. : Юриспруденция, 2000. С. 227–230.

References

Antonov, O.A., 1998. *Pravovoe regulirovanie naznacheniya i ispolneniya nakazaniya v vide pozhiznennogo lisheniya svobody* = [Legal regulation of the appointment and execution of a sentence of life imprisonment]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Rostov-on-Don. (In Russ.)

Detkov, A.P., 1996. *Pozhiznennoe lishenie svobody (ugolovno-pravovye i ugolovno-ispolnitel'nye aspekty)* = [Life imprisonment (criminal-legal and criminal-Executive aspects)]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Tomsk. (In Russ.)

Filimonov, O.V., 2009. [Life imprisonment] (Ch. 16, § 12). In: V.P. Revin, ed. *Ugolovnoe pravo Rossii. Obshchaya chast'* = [Criminal law of Russia. General part]. Textbook. 2nd ed., corrected and supplemented. Moscow: Justicinform. P. 127–128. (In Russ.)

Jelokov, N.V., 2007. *Pozhiznennoe lishenie svobody v sisteme nakazaniy UK i ego naznachenie* = [Life imprisonment in the penal system, the criminal code and its purpose]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Saratov. (In Russ.)

Kazakova, E.N., 2008. [Implementation of criminal law principles in the application and appointment of life imprisonment]. *Sovremennoye pravo* = [Modern Law], 9, pp. 98–103. (In Russ.)

Kiryukhina, E.L., 2008. *Ugolovno-pravovye i ugolovno-ispolnitel'nye aspekty primeneniya nakazaniya v vide pozhiznennogo lisheniya svobody* = [Criminal-legal and criminal-Executive aspects of the applica-

tion of life imprisonment]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Malikov, B.Z., 2004. *Teoreticheskie problemy sushchnosti i sodержaniya lisheniya svobody i ikh vyrazhenie v ugodovnom i ugodovno-ispolnitel'nom zakonodatel'stve Rossii* = [Theoretical problems of the essence and content of deprivation of liberty and their expression in the criminal and penal legislation of Russia]. Dr. Sci. (Law) Dissertation. Ryazan'. (In Russ.)

Mazurina, Yu.E., 2010. *Ugodovnoe nakazanie v vide pozhiznennogo lisheniya svobody i ego ob'ekt* = [Criminal punishment in the form of life imprisonment and its object]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Ryazan'. (In Russ.)

Mikhlin, A.S., 2002. [Life imprisonment as a type of criminal punishment]. *Rossiyskaya yustitsiya* = [Russian Justice], 5, pp. 30–33. (In Russ.)

Myasnikov, V.V., 2003. *Lishenie svobody na opredelennyi rok: sodержanie, tseli i sredstva ikh dostizheniya* = [Deprivation of liberty for a certain period: content, goals and means of achieving them]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Rostov-on-Don. (In Russ.)

Shmarov, I.V., 2000. [Order and conditions of execution of life imprisonment] (Ch. 10, § 3). In: V.I. Seliverstov, ed. *Ugodovno-ispolnitel'noe pravo Rossii* = [Criminal Executive law of Russia]. Moscow: Jurisprudence. P. 227–230. (In Russ.)

Sundurov, F.R., 2009 [Life imprisonment] (Ch. 17, § 13). In: F.R. Sundurov, I.A. Tarkhanov, eds. *Ugodovnoe pravo Rossii. Obshchaya chast'* = [Criminal law of Russia. General part]. Textbook. 3rd ed., revised and supplemented. Moscow: Statut. (In Russ.)

Sych, K.A. and Kadaneva, E.A., 2016. *Lishenie svobody kak rodovoe ponyatie i vidy ugodovnogo nakazaniya: opyt teoretiko-pravovogo konstruirovaniya* = [Deprivation of liberty as a generic concept and types of criminal punishment: the experience of theoretical and legal construction]. Moscow: MGYuA. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Тулиглович Максим Анатольевич, кандидат юридических наук, доцент, заместитель директора, доцент кафедры уголовного права Дальневосточного филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (680014, Российская Федерация, г. Хабаровск, Восточное шоссе, д. 49)

Maxim A. Tuliglovich, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Deputy Director, Associate Professor of the Criminal Law Department, Far Eastern Branch, Russian State University of Justice (49 Vostochnoe highway, Khabarovsk, 680014, Russian Federation).

E-mail: tu-m-an@yandex.ru

Соотношение понятий «терроризм» и «международный терроризм» в международном праве

Н.А. Чернядьева

*Крымский филиал ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Симферополь, Российская Федерация
chernyadnatalya@yandex.ru*

Аннотация

Введение. В статье анализируется проблема параллельного использования в международно-правовых документах терминов «терроризм» и «международный терроризм». В теории международного права, международно-правовых документах отсутствует четкое понимание содержания этих терминов. По мнению автора, содержательная неопределенность международно-правового термина «международный терроризм» не позволяет отграничить его от смежных правовых явлений. Отдельной проблемой в международном праве является соотношение понятий «терроризм» и «международный терроризм» и в связи с этим отсутствие общемирового консенсуса по поводу установления главного объекта международного контртеррористического противодействия.

Теоретические основы. Методы. Автор анализирует доктринальные взгляды ученых в сфере международного права и реализованные в международно-правовых документах подходы, связанные с правовой природой терроризма и международного терроризма. В настоящей статье поставлена задача определить критерии разграничения терроризма и международного терроризма в международном праве. В основе методологии лежат базовые методы, применяемые в юридической науке. Метод обобщения играет основную роль на этапе исследования и оценки понятий «терроризм» и «международный терроризм» в универсальных контртеррористических конвенциях. Метод восхождения от частного к абстрактному позволил выявить наиболее общие черты, присущие правовому содержанию терминов «терроризм» и «международный терроризм», как они понимаются в международно-правовых документах и доктрине международного права. В исследовании применен также метод формально-юридического анализа.

Результаты исследования. В работе раскрыты основные научные подходы к соотношению понятий «терроризм» «международный терроризм» в международном праве. Показано, что все они укладываются в две модели: сторонники первой разграничивают эти понятия и считают, что международное право должно бороться лишь с международным терроризмом; сторонники второй считают, что международное право должно вести борьбу с любыми проявлениями терроризма.

Обсуждение и заключение. На основе проведенного анализа автор формулирует аргументы в пользу установления в международном праве системы предписаний, направленных на борьбу с широким спектром проявлений терроризма.

Ключевые слова: международно-правовая борьба с терроризмом, международные контртеррористические конвенции, террористическое преступление, международный терроризм, ООН

Для цитирования: Чернядьева Н.А. Соотношение понятий «терроризм» и «международный терроризм» в международном праве // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 4. С. 62–76. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.62-76

Correlation of the Concepts of “Terrorism” and “International Terrorism” in International Law

Natalia A. Cherniadeva

Crimean Branch, Russian State University of Justice, Simpheropol', Russian Federation

For correspondence: chernyadnatalya@yandex.ru

Abstract

Introduction. The problem of parallel use of two related terms in the legal documents of the UN system and other international organizations: “terrorism” and “international terrorism” is analyzed in the article. A clear understanding of the relationship of these terms is absent in the theory of international law. In addition, the distinctive features of “international terrorism” are not formulated in international legal instruments. Therefore, it is difficult to build a legal model of “international terrorism” and to distinguish it from related legal phenomena.

Theoretical Basis. Methods. The author analyzes the doctrinal views of scientists in international law and the approaches related to the legal nature of terrorism and international terrorism, which are implemented in international legal documents. The task of defining the criteria for distinguishing terrorism and international terrorism in international law is posed in this article. The article presents a systematic study based on the methods used in legal science. The method of generalization plays a major role at the stage of research and evaluation of the concepts of “terrorism” and “international terrorism” in the universal anti-terrorist conventions. The method of ascent from the particular to the abstract will reveal the most common features inherent in the legal content of the term “international terrorism”. This method makes it possible to establish how “international terrorism” is understood in international legal instruments and the doctrine of international law. Also, the method of formal legal analysis is applied in the study.

Results. The main scientific approaches to the correlation of the concepts of “terrorism” and “international terrorism” in international law are disclosed in the work. The author shows that all approaches fit into two models: supporters of the first distinguish these concepts and believe that international law should fight only against international terrorism; supporters of the second believe that international law should fight against any manifestations of terrorism.

Discussion and Conclusion. The author formulates arguments in favor of establishing in international law a system of regulations aimed at combating a wide range of manifestations of terrorism.

Keywords: international legal fight against terrorism, international anti-terrorist conventions, terrorist crime, international terrorism, UN

For citation: Cherniadeva, N.A., 2020. Correlation of the concepts of “terrorism” and “international terrorism” in international law. *Pravosudie/Justice*, 2(4), pp. 62–76. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.62-76

Введение

Терроризм обоснованно относится к наиболее опасным угрозам миру и безопасности человечества. Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций (далее – ООН) отмечает, что «на протяжении последних трех

десятилетий число террористических актов, количество их жертв и их географические масштабы быстро увеличивались, и терроризм превратился в беспрецедентную угрозу для международного мира, безопасности и развития. Кроме того, увеличивались интенсивность и число международных и внутренних конфликтов, которые разрушают общество и дестабилизируют целые регионы. Сегодня терроризм является одной из наиболее серьезных проблем нашего времени¹. Институт экономики и мира указывает, что в 2017 г. почти в два раза выросло количество государств – жертв терроризма по сравнению с 2015 г. (2017 г. – 106, а в 2015 г. – их было 65)².

Одной из нерешенных проблем в сфере международно-правовой борьбы с терроризмом уже многие десятилетия остается неясность дефиниции этого института. В международно-правовых документах параллельно применяются два термина, смысловым образом связанные друг с другом: «терроризм» и «международный терроризм». Обратим внимание: большинство международно-правовых документов посвящено борьбе с терроризмом вообще, а не только с его международным вариантом³. «Международный терроризм» упоминается лишь в следующих контртеррористических конвенциях ООН: в Конвенции о заложниках 1979 г., в преамбуле Конвенции о физической защите ядерного материала, 1980 г. (в редакции 2005 г.), в преамбуле Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, 1988 г.⁴ Все преступные акты, для борьбы с которыми разработаны и заключены конвенции ООН, были названы «выражением международного терроризма» в Декларации о мерах по ликвидации международного терроризма 1994 г.⁵ Аналогичное правило есть в Глобальной контртеррористической стратегии ООН⁶. Однако ни в международно-правовых документах, ни в доктрине международного права не предложено системное видение отличительных признаков «междуна-

¹ Деятельность системы Организации Объединенных Наций по осуществлению Глобальной контртеррористической стратегии Организации Объединенных Наций: Доклад Генерального секретаря. 2018. Doc. A/72/840. П. 1. URL: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/72/840&Lang=r

² Global Terrorism Index, 2018. P. 3–4.

³ См., например: Резолюция 1566 (2004) Совета Безопасности ООН от 8 октября 2004 г. Doc. S/RES/1566. URL: <http://www.un.org/ru/documents>

⁴ Международная конвенция о борьбе с захватом заложников от 17 декабря 1979 г. // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLIII. М., 1989. Ст. 99; Поправка к Конвенции о физической защите ядерного материала от 8 июля 2005 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 33. Ст. 5159; Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, от 10 марта 1988 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 48. Ст. 4469.

⁵ Декларация о мерах по ликвидации международного терроризма от 9 декабря 1994 г. URL: <http://www.un.org/terrorism/cttaskforce>

⁶ Глобальная контртеррористическая стратегия ООН от 8 сентября 2006 г. URL: <http://www.un.org/russian/terrorism/instruments.shtml>

родного терроризма», которое позволило бы выстроить его четкую правовую модель и отграничить его от смежных правовых явлений.

В 2016 году в Уголовном кодексе Российской Федерации впервые как «преступление против мира и безопасности человечества» был закреплён новый состав «Акт международного терроризма»⁷. В связи с этим приобрёл особую актуальность вопрос соответствия норм национального уголовного права международным контртеррористическим стандартам.

Теоретические основы. Методы

Теоретической основой исследования стали доктринальные международно-правовые исследования по вопросам взаимодействия государств в сфере борьбы с преступностью и по праву международной безопасности. Из отечественных специалистов, прежде всего, необходимо отметить Е.Г. Ляхова, который одним из первых в науке международного права создал научную концепцию международно-правовой борьбы с терроризмом [Ляхов, Е.Г. и Попов, А.В., 1999]. Также международно-правовыми аспектами контртеррористической деятельности занимались В.В. Алешин, И.И. Карпец, Н.В. Прокофьев [Алешин, В.В. и Савельев, В.А., 2018; Карпец, И.И., 1979; Прокофьев, Н.В., 2005].

С другой стороны, вопросы противодействия терроризму входят в сферу изучения уголовно-правовой науки. В целях обеспечения объективности научного анализа автором при подготовке настоящей статьи были использованы доктринальные работы исследователей по уголовно-правовой тематике противодействия терроризму [Антонян, Ю.М., 1998; Волеводз, А.Г., 2014; Иногамова-Хегай, Л.В., 2017].

Проведенный анализ научных работ позволяет сделать вывод, что имеются расхождения в оценке феномена терроризма в науках международного права и уголовного права. Как правило, в первом случае внимание уделяется международной версии терроризма, а во втором – его национальному варианту. В целом в юридической науке пока не сформировались целостный взгляд на феномен терроризма и системный подход к решению проблемы борьбы с любыми его проявлениями. Таким образом, очевидны необходимость теоретического исследования понятий «терроризм» и «международный терроризм», разработка критериев их разграничения.

В основе методологии лежат базовые методы, применяемые в юридической науке. Метод обобщения играет основную роль на этапе исследования и оценки понятий «терроризм» и «международный терроризм» в универсальных контртеррористических конвенциях. Метод восхождения от частного к абстрактному позволил выявить наиболее общие черты, присущие

⁷ Федеральный закон от 6 июля 2016 г. № 375-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности». П. 27 ст. 1. URL: <http://www.pravo.gov.ru>

правовому содержанию терминов «терроризм» и «международный терроризм», как они понимаются в международно-правовых документах и доктрине международного права. В исследовании применен также метод формально-юридического анализа.

Результаты исследования

Большинство исследователей признают международный терроризм самостоятельной формой террористического преступления. Авторы выделяют его характерные черты, которые могут стать правовой основой для самостоятельной криминализации [Мурадян, С.В., 2011, с. 23–24; Young, R., 2006, pp. 53–56; Моескли, Д., 2008, р. 179]. Тем не менее достаточно распространенным в юридической науке можно считать мнение, что акты международного терроризма не требуют специальной квалификации [Ляхов, Е.Г. и Попов, А.В., 1999, с. 72; Сафиуллина, И.П., 2003, с. 20; Карпец, И.И., 1979, с. 64, 98; Ward, C.A., 2003, р. 293; Burns, L., 2011, pp. 22–23; Maja, I., 2008]. Российское уголовное право до недавнего времени придерживалось аналогичного подхода – не предусматривало специальной ответственности за международные террористические акты.

На международном уровне вопрос о специфических признаках международного терроризма пока не нашел единого решения. Так, в Токийской конвенции 1963 г. устанавливается правило, согласно которому государство, не являющееся государством регистрации воздушного судна, вправе осуществлять юрисдикцию в отношении преступления, совершенного на борту, в случаях, если: а) преступление имеет последствия на территории такого государства; б) преступление совершено гражданином или в отношении гражданина такого государства либо лицом, постоянно проживающим в таком государстве, или в отношении такого лица; с) преступление направлено против безопасности такого государства; д) преступление заключается в нарушении действующих в таком государстве любых правил или регламентов, относящихся к полету или маневрированию воздушных судов; е) осуществление юрисдикции необходимо для обеспечения выполнения любого обязательства такого государства по многостороннему международному соглашению⁸.

В системе универсальных контртеррористических соглашений встречается и иной подход к распространению конвенционных норм на акты терроризма. Например, в Конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (1997 г.), в Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (1999 г.), в Международной конвенции о борьбе с захватом заложников (1979 г.) установлено, что правила конвенций не применяются: когда преступление совершено в пределах одного государства; когда заложник и предполагаемый преступник являются гражданами одного государства;

⁸ Конвенция о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов, от 14 сентября 1963 г. Ст. 4 // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLIV. М., 1990.

когда предполагаемый преступник находится на территории этого государства⁹.

Таким образом, в документах ООН международный характер терроризма определяется двумя объективными критериями: территорией совершения преступления и государственно-правовой принадлежностью субъекта. Цели, характер причиненного ущерба, государственно-правовая принадлежность жертв не учитываются как конструктивные элементы понятия. Представляется, что это упущение требует устранения; названные критерии имеют большое квалификационное значение, также могут быть отражением международной терроризма. С практической точки зрения ограничение признаков международного варианта терроризма лишь объективными факторами может осложнить поиск, расследование и предупреждение террористического преступления, создать дополнительные препятствия для межгосударственного сотрудничества в правоприменительной сфере.

Представляется, что выработка единообразного глобального определения признака «международное» террористическое преступление является одной из первостепенных задач той части международного права, которая борется с терроризмом: межгосударственное сотрудничество в этой сфере преследует цель искоренения прежде всего его международной направленности – наиболее опасной и нередко ускользающей от национального уголовно-правового преследования.

Можно сформулировать еще несколько дополнительных аргументов в пользу необходимости более четкого международно-правового закрепления признака «международный»:

- в научной литературе высказывается идея признания универсальной юрисдикции в отношении актов интернационального терроризма [Иногорова-Хегай, А.В., 2017, с. 20];

- международные судебные учреждения предпринимают попытки осуждения преступлений террористического характера по нормам международного права. Например, в Предварительном решении Ливанского Трибунала от 16 февраля 2011 г. предлагается оригинальное определение терроризма как преступления, подсудного данному органу. В этом решении четко указано, что международный суд вправе рассматривать дела, связанные с преступлением террористического характера, только в том случае, если в нем присутствует транснациональный элемент. Суд сформулировал три признака терроризма: преступное деяние или его угроза, намерение посеять страх среди населения, транснациональный элемент. Этот набор при-

⁹ Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом от 16 декабря 1997 г. Ст. 3 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 35. Ст. 3513; Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма от 9 декабря 1999 г. Ст. 4 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. № 12. Ст. 1059; Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма от 13 апреля 2005 г. Ст. 3 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2008. № 33. Ст. 3819; Международная конвенция о борьбе с захватом заложников от 17 декабря 1979 г. Ст. 13.

знаков в полной мере не совпадает ни с одним из конвенционно согласованных определений терроризма¹⁰. Подобная практика не может оцениваться положительно, поскольку нарушает базовые принципы уголовного правосудия *Nullum crimen sine lege*, *Poenae necesse est*;

- специализированные международные организации, например Интерпол, распространяют свою компетенцию лишь на те преступления, которые содержат в себе международный элемент. В Руководстве по борьбе с международным терроризмом (1984 г.) Интерпол указал, что международный терроризм имеет следующие признаки:

- зарубежный и/или транснациональный характер материально-технической базы преступников;

- субъектом преступления является либо лицо, связанное с организациями, причастными к «международно значимым террористическим преступлениям», либо лицо, которое не является гражданином государства – места совершения преступления;

- территория преступления охватывает несколько государств;

- иностранное финансирование террористического преступления;

- международная цель террористического преступления;

- причиненный ущерб имеет международный характер¹¹.

Российское законодательство – ранее действующий Федеральный закон от 25 июля 1998 г. № 130-ФЗ «О борьбе с терроризмом» в ст. 2 признавал террористическую деятельность международной, если она осуществляется: 1) террористом или террористической организацией на территории более чем одного государства или она наносит ущерб интересам более чем одного государства; 2) гражданами одного государства в отношении граждан другого государства или на территории другого государства; а также в случае, если террорист и жертвы терроризма были гражданами одного (разных) государств, но преступление совершалось за пределами этих государств¹².

Рассмотрим, какие предложения по конкретизации признака «международность терроризма» выработаны в юридической науке.

В научной литературе предложены следующие дополнительные основания для квалификации террористических деяний как международных:

- направленность против лиц, пользующихся международной защитой; подготовка и совершение преступления в разных государствах; попытка террористов укрыться после совершения преступления в другом государстве, из-за чего встает вопрос об их выдаче [Антонян, Ю.М., 1998, с. 27];

¹⁰ Case STL-11-01/I. Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging. Appeals Chamber, 16 February 2011. Paras 85, 89, 91, 96, 147. URL: <http://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01/main/filings/orders-and-decisions/appeals-chamber/f0936>

¹¹ Resolution AGN-1984-RES-6 – Violent crime commonly referred to as terrorism. URL: <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Structure-and-governance/General-Assembly-Resolutions/Resolutions-1980-to-1989/1984-AGN53>

¹² Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. № 31. Ст. 3808. Федеральный закон не действует.

– наличие особого объекта преступного посягательства: международные отношения, международный правопорядок, суверенитет государства, система дипломатических связей, система международных коммуникаций [Прокофьев, Н.В., 2005, с. 26];

– наличие международно-правовых целей и посягательство на международный порядок [Латыпов, У.Р., 1988, с. 139].

А. Бергесен и О. Лизардо [Bergesen, A.J. and Lizardo, O., 2004, pp. 39–40] признают терроризм международным, если исполнитель, целевая группа – «жертва» принадлежат по крайней мере к двум странам или событие (тер-акт) имеет языковой или национальный контекст. Поэтому, по мнению авторов, убийство А. Садата в 1981 г., совершенное Братьями-мусульманами в Египте, противостояние между палестинцами и Израилем – это примеры внутреннего терроризма, а атака Аль-Каиды 11 сентября, похищение и убийство израильских спортсменов во время мюнхенской олимпиады 1972 г., убийство американских миссионеров в Йемене – примеры международного терроризма.

Г.А. Дробот [2008, с. 72], В.Н. Кулебякин и И.И. Синякин [2010, с. 185] считают, что данные термины – синонимы. С.В. КОРТУНОВ [2010, с. 263, 265], Л.А. Ярошенко [2010, с. 283], М.А. Кулагин [2009, с. 70] терроризм, выходящий за пределы одного государства, называют транснациональным.

В.В. Алешин [Алешин, В.В. и Савельев, В.А., 2018, с. 4–5] предлагает в концептуальном плане различать противодействие терроризму и противодействие международному терроризму. По мнению автора, «в фокусе первого находятся вопросы жизнедеятельности конкретного государства, тогда как противодействие международному терроризму призвано обеспечить защиту ценностей, затрагивающих интересы двух и более государств или всего международного сообщества». Тем не менее В.В. Алешин считает диалектически взаимосвязанными вопросы противодействия терроризму и противодействия международному терроризму.

Т. Отой [Awotoye, T.O., 2013, pp. 31, 36] предлагает систему признаков международного терроризма, среди которых особое место занимает символизм международного теракта («атака должна производиться против интернационального символа»). Кроме того, имеют значение причинение вреда ООН, международному миру и безопасности, неизбирательное насилие как тактика поведения, трансграничность террористического преступления.

Особый взгляд на природу международного и транснационального терроризма имеет испанский исследователь Ф. Рейнарес. Он идентифицирует данные явления по двум основным признакам: целям и масштабам распространения. По его версии, есть специфический феномен – транснациональный терроризм как политическое насилие, пересекающее границы государства и осуществляемое более чем в одной стране и в отношении лиц иной национальности. Ф. Рейнарес считает, что весь современный терроризм, за редким исключением, носит транснациональный характер [Reinares, F., 2006, pp. 40–42]. Свою концепцию автор аргументирует следующим.

Во-первых, автор считает, что практически все существующие сейчас террористические организации являются международными, действуют в нескольких государствах: «Сегодня очень трудно назвать организацию, которая систематически участвует в террористической деятельности, не имеющей транснационального характера в большей или меньшей степени, будь то в части мобилизации необходимых ресурсов для поддержания ее подпольной структуры или планирования и осуществления атак» [Reinares, F., 2005].

Во-вторых, цель большинства терактов последних десятилетий связана с межгосударственной/международной политикой.

Ф. Рейнарес считает, что эти признаки не говорят о реальном международном масштабе деяния [Reinares, F., 2006, p. 42].

Международный терроризм, подчеркивает Ф. Рейнарес, является вариантом транснационального, более опасным, влекущим более тяжкие последствия. В качестве отличительных черт международного терроризма ученый предлагает признать:

- его специфические цели (умышленное влияние на систему властных отношений на региональном и глобальном уровнях);

- особую внутреннюю структуру в террористических организациях («сетевая организация») и распространение таких организаций в большом количестве государств в разных геополитических регионах. Примером подобной структуры автор называет движение неосалафитов (глобальный джихад Салафи) [Reinares, F., 2005].

Концепция Ф. Рейнареса представляется логичной. Идея о неоднородности терроризма, выходящего за пределы одного государства, и различной общественной опасности спектра террористических деяний находит подтверждение в практике. При этом представляется важным отметить, что с правовой точки зрения так называемые «транснациональный» и «международный» терроризм обладают общими юридическими квалификационными признаками, являются вариантами одного правового явления. Отмеченная Ф. Рейнаресом внутренняя дифференциация терроризма по уровню общественной опасности и степени глобальности вреда, причиняемого преступлением, может стать основой для правоприменителя при выборе вида и размера наказания за террористическое преступление международного характера. Несомненно, международный характер преступления выступаетотячающим вину обстоятельством, дающим основание для более весомого наказания.

При этом представляется излишне завышенной оценка Ф. Рейнаресом всего вариативного ряда современных террористических деяний как транснациональных. Нельзя игнорировать внутренний терроризм, отказываться от признания его самостоятельной роли.

Использование терминов «международный» и «транснациональный» по отношению к терроризму, выходящему за пределы одного государства, представляется возможным следующим образом. В формально-правовом аспекте, как элемент дефиниции, необходимо закрепить «международный терроризм» как более отвечающий смысловому значению и традициям

сложившейся юридической международно-правовой техники. В рамках изложения и анализа материала допустимо использовать термин «транснациональный» как синоним, не вкладывая в него иной дополнительный смысл.

Обсуждение и заключение

Итак, изложим основные выводы и авторскую концепцию, базирующиеся на проведенном анализе.

1. Международный терроризм как категория международно-правовой науки, международных правотворчества и правоприменения не имеет четких отличительных признаков, они не могут считаться согласованными. А.Г. Волеводз обоснованно видит в этом серьезную дефектность национальных (внутригосударственных) правовых основ международного сотрудничества в борьбе с терроризмом [Волеводз, А.Г., 2014]. Кроме того, такое положение свидетельствует о весьма условном представлении о сущности международного терроризма. Можно сделать вывод о доктринальном и практическом плюрализме понимания данного понятия и о наличии разночтений в его трактовке в международном праве.

2. В актах международного права, посвященных контртеррористическому противодействию, базовой категорией является «терроризм». Большинство конвенций, иных актов международного права ориентированы на борьбу с любым видом (типом) терроризма.

3. Выработанный международным правом подход к международно-правовой борьбе с терроризмом, устанавливающий предписания о противодействии широкому спектру террористических деяний, представляется верным. Эффективная борьба с терроризмом в условиях глобальных вызовов обществу должна основываться на правовом признании любых проявлений терроризма преступными и подлежащими суровому наказанию и в обязательном порядке презюмировать развернутое сотрудничество государств по предупреждению, прекращению террористических преступлений и осуждению лиц, виновных в их совершении.

4. Неверно предполагать, что международное взаимодействие должно охватывать лишь борьбу с «международным терроризмом», игнорируя его иные версии. Представляется очевидным, что практически любое террористическое преступление может иметь как национальный, так и международный характер. Внимание международного сообщества и сотрудничество государств должны иметь место и в первом, и во втором случаях.

5. Вызывает сомнение существование самостоятельного феномена «международный терроризм». Все важнейшие признаки, установленные для терроризма в доктрине и международно-правовых документах, имеют место и в его международной версии. Думается, что «международный характер» терроризма не является качеством, конструктивно влияющим на природу террористического деяния: создает повышенную опасность и, соответственно, дает основания для более сурового наказания за совершение такого преступления, но не может расцениваться как повод для формирования нового вида преступного феномена.

6. Таким образом, «международный характер» терроризма с правовой точки зрения должен учитываться при идентификации признаков террористического преступления, а не терроризма как феномена.

7. В случае признания «международного терроризма» самостоятельным правовым феноменом логически будет необходима криминализация всех его проявлений. Это неизбежно повлечет ненужное дублирование контртеррористических норм в уголовно-правовых целях. В связи с этим следует оценить как неудачную юридическую технику, примененную при формулировании ст. 361 Уголовного кодекса Российской Федерации «Акт международного терроризма», искусственно вычлняющую из всего перечня возможных террористических преступлений международного характера теракты и финансирование терроризма.

8. В целях квалификации террористического преступления как имеющего международный характер не принципиально, проявляется ли этот признак на стадии подготовки террористического деяния или в результате развития преступного поведения или выражается в виде преступных последствий. Признак «международный характер» в террористическом преступлении может реализовываться во всех элементах его *corpus delicti*. В любом случае такое деяние имеет повышенную по сравнению с национальным терроризмом общественную опасность и требует более строгого уголовного наказания.

9. Термин «международный терроризм» может считаться устоявшимся в международной политической практике, но с правовой точки зрения более корректным является понятие «террористическое преступление международного характера».

Список использованной литературы

Алешин В.В., Савельев В.А. Правовые аспекты противодействия терроризму в современных условиях. Информационно-правовой обзор / Совет Федерации Федерального Собрания Российской Федерации. М., 2018. 112 с.

Антонян Ю.М. Терроризм. Криминологическое и уголовно-правовое исследование. М. : Щит-М, 1998. 306 с.

Волеводз А.Г. Настало время установления уголовной ответственности за международный терроризм. VIPERSON.RU. 2014. 20 февр. URL: <http://viperson.ru/wind.php?ID=669828&soch=1>

Дробот Г.А. Международный терроризм как объект изучения // Социально-гуманитарные знания. 2008. № 1. С. 59–86.

Иногамова-Хегай Л.В. Международный терроризм как международное преступление против человечности в международном уголовном праве // Вестник Краснодарского университета МВД России. 2017. № 1. С. 19–23.

Карпец И.И. Преступления международного характера. М.: Юрид. лит., 1979. 264 с.

Кортунов С.В. Новая архитектура европейской безопасности // Мировая политика в условиях кризиса : учеб. пособие / под ред. С.В. Кортунова. М. : Аспект Пресс, 2010. С. 256–282.

Кулагин М.А. К вопросу о международном взаимодействии и противодействии терроризму в условиях глобализации // Юристъ-Правоведъ. 2009. № 5. С. 70–74.

Кулебякин В.Н., Синякин И.И. Транснациональный терроризм и оружие массового уничтожения // Мировая политика в условиях кризиса : учеб. пособие / под ред. С.В. Кортунова. М. : Аспект Пресс, 2010. С. 185–204.

Латыпов У.Р. К вопросу об определении международного терроризма // Советский ежегодник международного права. М. : Изд-во Акад. наук СССР, 1988. С. 133–140.

Ляхов Е.Г., Попов А.В. Терроризм: национальный, региональный и международный контроль. М. ; Ростов н/Д : РЮИ, 1999. 435 с.

Мурадян С.В. Международно-правовые основы борьбы с финансированием терроризма на региональном уровне : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 26 с.

Прокофьев Н.В. Многосторонние международные договоры в сфере борьбы с международным терроризмом (Проблемы эффективности) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 188 с.

Сафиуллина И.П. Нюрнбергские принципы и их влияние на формирование международных уголовных судов в современных условиях : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2003. 25 с.

Ярошенко Л.А. Стратегическое партнерство ЕС и России: ценности и интересы // Мировая политика в условиях кризиса : учеб. пособие / под ред. С.В. Кортунова. М. : Аспект Пресс, 2010. С. 282–303.

Awotoye T.O. State responsibility as a panacea to international terrorism // Humanities and Social Sciences. 2013. Vol. 1, issue 1. P. 28–45.

Bergesen A.J., Lizardo, O. International Terrorism and the World-System // Sociological Theory. 2004. Vol. 22, no. 1. Theories of Terrorism: A Symposium. P. 38–52.

Burns L. Toward a Contemporary Definition of Terrorism // Forum on Public Policy: A Journal of the Oxford Round Table. 2011. No. 3. URL: <https://forumonpublicpolicy.com/>

Maja I. Defining International Terrorism in Light of Liberation Movements // GlobaLex. 2008. July. URL: https://www.nyulawglobal.org/globalex/International_terrorism_liberation_movements.html

Moeckli D. The Emergence of Terrorism as a Distinct Category of International Law // Texas International Law Journal. 2008. Vol. 44. P. 157–183.

Reinares, F. Conceptualising International Terrorism // Real Institutio Elcano. ARI. 2005. No. 82. (Translated from Spanish). URL: <https://>

www.researchgate.net/publication/265748231_Conceptualising_International_Terrorism

Reinares F. Dimensiones del terrorismo internacional // *Lucha Contra el Terrorismo y Derecho Internacional*. Madrid : Instituto Español De Estudios Estratégicos, 2006. 255 p.

Ward C.A. Building Capacity to Combat International Terrorism: The Role Of The United Nations Security Council // *Journal of Conflict and Security Law*. 2003. Vol. 8, issue 2. P. 289–305.

Young R. Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law and Its Influence on Definitions in Domestic Legislation // *Boston College International and Comparative Law Review*. 2006. Vol. 29, issue 1. Art. 3. P. 23–105.

References

Aleshin, V.V. and Savel'ev, V.A., 2018. *Pravovye aspekty protivodejstviya terrorizmu v sovremennyh usloviyah* = [Legal aspects of countering terrorism in modern conditions]. Legal information review. Federation Council of the Federal Assembly of the Russian Federation. Moscow. (In Russ.)

Antonyan, Yu.M., 1998. *Terrorizm. Kriminologicheskoe i ugolovno-pravovoe issledovanie* = [Terrorism. Criminological and criminal law research]. Moscow: Shchit-M. (In Russ.)

Awotoye, T.O., 2013. State responsibility as a panacea to international terrorism. *Humanities and Social Sciences*, 1(1), pp. 28–45.

Bergesen, A.J. and Lizardo, O., 2004. International Terrorism and the World-System. *Sociological Theory*, 22(1), Theories of Terrorism: A Symposium, pp. 38–52.

Burns, L., 2011. Toward a Contemporary Definition of Terrorism. *Forum on Public Policy: A Journal of the Oxford Round Table*. Available at: <<https://forumonpublicpolicy.com/>> [Accessed 15 September 2019].

Drobot, G.A., 2008. [International terrorism as an object of study]. *Social'no-gumanitarnye znaniya* = [Social and Humanitarian Knowledge], 1, pp. 59–86. (In Russ.)

Inogamova-Hegaj, L.V., 2017. [International terrorism as an international crime against humanity in international criminal law]. *Vestnik Krasnodarskogo Universiteta MVD Rossii* = [Bulletin of Krasnodar University of the Ministry of Internal Affairs of Russia], 1, pp. 19–23. (In Russ.)

Karpec, I.I., 1979. *Prestupleniya mezhdunarodnogo haraktera* = [Crimes of an International Character]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)

Kortunov, S.V., 2010. [New European Security Architecture]. In: S.V. Kortunov, ed. *Mirovaya politika v usloviyah krizisa* = [World Politics in a Crisis]. Textbook. Moscow: Aspect Press. Pp. 256–282. (In Russ.)

- Kulagin, M.A., 2009. [On the issue of international cooperation and countering terrorism in the context of globalization]. *Yurist-Pravoved* = [Lawyer-Jurist], 5, pp. 70–74. (In Russ.)
- Kulebyakin, V.N. and Sinyakin, I.I., 2010. [Transnational terrorism and weapons of mass destruction]. In: S.V. Kortunov, ed. *Mirovaya politika v usloviyah krizisa* = [World Politics in a Crisis]. Textbook. Moscow: Aspect Press. Pp. 185–204. (In Russ.)
- Latypov, U.R., 1988. [On the definition of international terrorism]. *Sovetskij ezhegodnik mezhdunarodnogo prava* = [Soviet Yearbook of International Law]. Moscow: Publishing house of the USSR Academy of Sciences. Pp. 133–140. (In Russ.)
- Lyahov, E.G. and Popov, A.V., 1999. *Terrorizm: nacional'nyj, regional'nyj i mezhdunarodnyj kontrol'* = [Terrorism: national, regional and international control]. M.; Rostov-on-Don: RYuI. (In Russ.)
- Maja, I., 2008. Defining International Terrorism in Light of Liberation Movements. *GlobaLex*. July. Available at: <https://www.nyulawglobal.org/globalex/International_terrorism_liberation_movements.html> [Accessed 15 September 2019].
- Moeckli, D., 2008. The Emergence of Terrorism as a Distinct Category of International Law. *Texas International Law Journal*, 44, pp. 157–183.
- Muradyan, S.V., 2011. *Mezhdunarodno-pravovye osnovy bor'by s finansirovaniem terrorizma na regional'nom urovne* = [International legal framework for combating the financing of terrorism at the regional level]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Prokof'ev, N.V., 2005. *Mnogostoronnie mezhdunarodnye dogovory v sfere bor'by s mezhdunarodnym terrorizmom (Problemy effektivnosti)* = [Multilateral international treaties in the field of the fight against international terrorism (Problems of efficiency)]: Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Reinares, F., 2006. Dimensiones del terrorismo internacional. *Lucha Contra el Terrorismo y Derecho Internacional*. Madrid: Instituto Español De Estudios Estratégicos.
- Reinares, F., 2005. Conceptualising International Terrorism. *Real Institutio Elcano*. ARI., 2 (Translated from Spanish). Available at: <<https://www.realinstitutoelcano.org>> [Accessed 15 September 2019].
- Safiullina, I.P., 2003. *Nyurnbergskie principy i ih vliyanie na formirovanie mezhdunarodnyh ugovnyh sudov v sovremennyh usloviyah* = [Nuremberg principles and their influence on the formation of international criminal courts in modern conditions]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Kazan'. (In Russ.)
- Volevodz, A.G., 2014. [It is time to criminalize international terrorism]. *VIPERSON.RU*, 20 February. Available at: <<http://volevodz.viperson.ru/wind.php?ID=669828&soch=1>> [Accessed 15 September 2019]. (In Russ.)

Ward, C.A., 2003. Building Capacity To Combat International Terrorism: The Role Of The United Nations Security Council. *Journal of Conflict and Security Law*, 8(2), pp. 289–305.

Yaroshenko, L.A., 2010. [EU-Russia Strategic Partnership: Values and Interests]. In: S.V. Kortunov, ed. *Mirovaya politika v usloviyah krizisa* = [World Politics in a Crisis]. Textbook. Moscow: Aspect Press. Pp. 282–303. (In Russ.)

Young, R., 2006. Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law and Its Influence on Definitions in Domestic Legislation. *Boston College International and Comparative Law Review*, 29(1), art. 3, pp. 23–105.

Информация об авторе / Information about the author

Чернядзева Наталья Алексеевна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Крымского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (295000, Российская Федерация, г. Симферополь, ул. Павленко, д. 5)

Natalia A. Cherniadeva, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the State Law Disciplines Department, Crimean Branch, Russian State University of Justice (5 Pavlenko St., Simpheropol', 295000, Russian Federation).

E-mail: chernyadnatalya@yandex.ru

Совместное осуществление суверенных полномочий государств – членов Европейского Союза. Французский подход к правовому осмыслению природы Европейского Союза

П.-И. Монжаль

Университет г. Тур, г. Тур, Франция

E-mail: pymonjal@mac.com

Аннотация

Введение. В статье анализируется правовая природа Европейского Союза (далее – Союз). Представленное в статье исследование основывается на двух тесно связанных друг с другом тезисах. С одной стороны, Союз является юридически квалифицируемым объектом, а с другой – унионисты на протяжении уже долгого времени проводят политику юридического (судебного) активизма с тем, чтобы сформировать собственный объект.

Теоретические основы. Методы. Объектом исследования является правовая идентификация Союза и семантико-понятийной категории «совместное осуществление полномочий». С учетом данных анализа доктринальных источников, права Союза, с применением методологического инструментария функционализма как социологической и антропологической теории, которая предлагает объяснение функционирования общества на основе элементов, обеспечивающих стабильность, автор приходит к выводу, что стабильность, проявляющаяся в самостоятельности Союза, приводит к обратному эффекту – к разрыву с демократическими устоями государств, которые объединились в Союз, поступившись частью своего суверенитета,

Результаты исследования. Автор статьи формулирует вывод о том, что особенность Союза заключается в особом способе реализации переданных ему государственных полномочий. Его отличает от других категорий международных межправительственных организаций не столько аккумулятивное полномочие, их объем и многополярность, сколько способы их реализации. В связи с этим государства-члены сталкиваются не столько с лишением национальных полномочий, сколько с новым проявлением совместного суверенитета, воплощенным в концепции совместного осуществления полномочий.

Обсуждение и заключение. С правовой точки зрения Союз представляет собой уникальный, своеобразный правовой и политический объект. Государства-члены отказались от федеративной (государственно-правовой) формы Союза. Он не может быть сведен к международной межправительственной организации, хотя многое заимствует из этой правовой категории. Союз обладает многими специфическими чертами в экономическом, политическом и юридическом плане, что характеризует его в качестве особого субъекта международного публичного права. Концепция Союза отражает правовые традиции государств-членов. В статье автором резюмируется, что французская правовая доктрина

смогла предложить теоретическое видение Союза с точки зрения особенностей своей политико-правовой культуры. В связи с этим автор считает, что совместное осуществление полномочий – это инструмент, вскрывающий суть Союза. В силу этого Франция, имеющая очень развитую концепцию национального суверенитета, испытывает трудности с правовым пониманием природы Союза.

Ключевые слова: Европейский Союз, суверенитет, совместное осуществление полномочий, унионисты, коммунитаристы, милитантизм, судебный активизм, концепт, доктрина, концепция, функционализм

Благодарности. Статья написана специально для журнала «Правосудие/Justice». Редакция журнала выражает благодарность Светлане Николаевне Куракиной за профессиональный перевод с французского языка.

Для цитирования: Монжаль П.-И. Совместное осуществление суверенных полномочий государств – членов Европейского Союза. Французский подход к правовому осмыслению природы Европейского Союза // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 4. С. 77–108. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.77-108

Joint Exercise of Sovereign Powers of the Member States of the European Union. The French Approach to Legal Understanding of the European Union

Pierre-Yves Monjal

University of Tours, Tours, France

For correspondence: pymonjal@mac.com

Abstract

Introduction. This article analyses the legal nature of the European Union (hereinafter referred to as the Union). The research presented in this article is based on two closely related theses. On the one hand, the Union is a legally qualifying entity, and on the other hand, the Unionists for a long time exercising legal (judicial) activism because they have been trying to form their own entity.

Theoretical Basis. Methods. The object of the study is the legal identification of the Union and the semantic and conceptual category of 'joint exercise of powers'. Taking into account the data from the analysis of doctrinal sources, Union law, applying the methodological tools of functionalism as a sociological and anthropological theory, which offers an explanation of the functioning of society based on elements that ensure stability, the author concludes that the stability manifested in the independence of the Union leads to the opposite effect – a break with the democratic foundations of states that united in the Union, yielding part of their sovereignty.

Results. The author of the article concludes that the peculiarity of the Union lies in the particular way in which it exercises the state powers delegated to it. What distinguishes it from other categories of international governmental organisations is not so much the accumulation of powers, their scope and multipolarity, but rather how they are exercised. In this context, Member States are faced not so much with the deprivation of national powers as with a new manifestation of shared sovereignty embodied in the concept of shared exercise of powers.

Discussion and Conclusion. From a legal point of view, the Union is a unique, distinctive legal and political entity. The Member States rejected the federal (state-legal) form of the Union. It cannot be reduced to an international intergovernmental organisation, although it borrows much from this legal category. The Union has many specific features in economic, political and legal terms that characterise it as a special subject of public international law. The concept of the Union reflects the legal traditions of the Member States. The author summarises in the article that French legal

doctrine has been able to offer a theoretical vision of the Union in terms of the particularities of its political-legal culture. The author therefore believes that the joint exercise of powers is a tool that reveals the essence of the Union. This makes it difficult for France, which has a very developed concept of national sovereignty, to legal understanding of nature of the Union.

Keywords: European Union, sovereignty, joint exercise of powers, unionists, communitarians, militantism, judicial activism, concept, doctrine, functionalism

Acknowledgements. The article written specifically for the journal "Pravosudie/Justice". The editors of journal thank Svetlana N. Kurakina for the professional translation of this article.

For citation: Monjal, P.-Y., 2020. Joint exercise of sovereign powers of the Member States of the European Union. The French approach to legal understanding of the European Union. *Pravosudie/Justice*, 2(4), pp. 77–108. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.77-108.

Введение

Начнем с выдвигания двух тесно связанных друг с другом тезисов, на основе которых будет строиться наш анализ. С одной стороны, Европейский Союз (далее – Союз) является юридически квалифицируемым объектом, а с другой – нельзя подать в суд на унионистов¹ за осуществление юридического (судебного) активизма с момента попыток – на протяжении уже долгого времени – сформировать собственный объект.

Это последнее замечание, как мы увидим позже, имеет свое значение. Действительно, в сравнении с другими отраслями, в частности международным правом и конституционным правом, из доктринальных трудов и выступлений в ходе colloquium «Правовая и политическая природа Европейского Союза» (19 декабря 2014 г., Париж) следует, что унионистов если не упрекают, то, по крайней мере, подозревают в том, что они стараются любыми способами придать значимость, если не переоценить их объект с тем, чтобы навязать присущую ему специфичность, его концептуальную уникальность, при том что другие отрасли оказывают на него неоспоримое «квалифицирующее» влияние.

По существу унионист – специалист по праву Европейского Союза – это тот юрист, который, располагая недостаточными правовыми инструментами для построения основы самостоятельной квалификации, с использованием мощного упреждающего риторического арсенала пытается замаскировать как границы своего научного мышления, так и трудно опровергаемое мнение о том, что Европейский Союз глубоко укоренился и в концептах других категорий права. Иначе говоря, унионисты практикуют эту своего рода юридическую воинственность, чтобы поддерживать обоснованность, целесообразность (полезность), экономическую и историческую необходимость Союза, дабы затем построить на основе довольно общих понятий правовую конструкцию, позволяющую оправдать эти «идеологические» предпочтения.

¹ Коммунитаристы используют этот термин как более удачный, приемлемый, чем термин «сторонник интеграции Европы» («européaniste»), последний традиционно относится к специалистам по Европейской конвенции по правам человека и Совету Европы.

Формулировка «юридическая воинственность» является, без сомнения, слишком жесткой, при том что порой она идеально адаптирована к некоторым дисциплинам, таким как, например, европейское право в области прав человека. Ее идеологическое обоснование не вызывает сомнений, так как рассматриваемые ею нормы вряд ли являются отражением спорных философских, политических и этических ценностей. Следовательно, определенная практика этого права может фактически граничить с подслащенной иногда формой прозелитизма. Что касается Союза, даже если его экономические основы иногда рассматриваются как ценности сами по себе, а правила внутреннего рынка являются фундаментальными свободами Союза [Potvin-Solis, L., 2014, p. 341], может возникнуть соблазн использовать право как инструмент поддержки, позволяющий и там распространять эти идеологические принципы.

Речь пойдет не о том, чтобы предложить квалификацию объекта Европейский Союз во всей его совокупности и целостности, а о «нуклеиновой квалификации», квалификации его внутренней неотъемлемой специфичности. При этом использование выражения, если не сказать понятия, «совместное осуществление полномочий» является одной из наиболее удачных рабочих находок. Это таким образом выраженная правовая идентификация, т. е. демонстрация наличия понятийного сходства между «специфичностью» (своеобразием) и «совместным осуществлением полномочий», при том что последнее является юридической квалификацией первой и призвано позволить рассмотреть конститутивную и автономную квалификацию, отделенную от существующих категорий, с тем чтобы определить наш объект и обосновать его существование [Morin, E., 2005].

Теоретические основы. Методы

Собственно идентификация понятия является сложной задачей, тем более что мы предполагаем, что «совместное осуществление полномочий» относится к этой семантико-понятийной категории.

Но речь идет не столько об этом, сколько о подозрении, что унионисты деформируют, искажают или адаптируют концепты права, заимствованные из других дисциплин, чтобы построить их собственные теоретические базы, рискуя уменьшить или даже отвергнуть очевидность того, что другие правовые категории (конституционное право, международное право и даже политология) являются наиболее эффективными. Поэтому здесь возникает вопрос о нейтралитете исследователя вообще и ученого в частности.

Этот вопрос является ключом к рассуждению. В нашем случае правовой нейтралитет – это попытка (пере)осмыслить природу Союза «чисто» юрисдикционно, если мы хотим закрепить здесь это лексическое заимствование, которое не имеет иной задачи, кроме как задать тему. Правовой нейтралитет, как мы полагаем, основывается на двух элементах: исключительное использование права как инструмента мышления, как техники научного изыскания; построение исключительно правовой теоретической модели, цель которой не может быть иной, кроме как концентрация на самой себе.

Тем не менее, и этот момент тоже очень важен, правовой нейтралитет не означает отсутствие ссылок на концептуальные принципы, доктринальные основы, которые могут быть использованы в теориях международных отношений, в самом международном праве или конституционных теориях. Нельзя отказать унионистам в том, что они имеют доктринальные предпочтения такого рода; предпочтения, которые, впрочем, есть как у интернационалистов, так и у конституционалистов, при условии, что они в действительности не граничат с крайней формой воинственности милитантизма². Однако, как нам кажется, унионисты иногда довольно неохотно заявляют о своей принадлежности к той или иной теоретической школе; эта принадлежность не должна выходить за пределы либо того, что необходимо для демонстрации возможностей права, либо того, что легализует рассматриваемую теорию.

Как нам кажется, напрашивается некое постоянство в возвращении правовых характеристик, которые можно квалифицировать как существенные, концептуальные по отношению к Европейскому Союзу. В последнее десятилетие право Евросоюза было предметом постоянных атак по причине своего меняющегося содержания и, соответственно, фрагментарного присвоения представителями различных правовых дисциплин: конституционалистами – во время обсуждения Договора об учреждении конституции Европы; административистами – в отношении услуг общезначимого экономического значения, государственных контрактов, концессий; специалистами по вопросам налогообложения либо праву внутреннего рынка; экономистами и юристами – по вопросам экономической и денежно-кредитной политики.

Этот разброс, который в то же время дает больший объем информации о широком спектре европейских правовых течений, является частью процесса отдаления тех же европейских юристов от фундаментальных проблем и возрождения их интереса к вопросам о правовой природе Евросоюза. Вместе с тем непосредственно в этом вопросе унионисты были широко поддержаны политологами, которые намного лучше, чем юристы, представлены в средствах массовой информации. Однако возникает некоторая обеспокоенность, когда какая-либо политическая наука практикует одновременно концептуальную эндогамию³ – нет места праву и нет доверия к нему – и законченную форму дисциплинарного безразличия – нет места юристам и доверия к ним⁴.

² Милитантизм – движение рьяно ратующих за что-либо активистов (*примеч. ред.*).

³ Концептуальная эндогамия – концептуальное единство, единомыслие, концептуальный союз (*примеч. ред.*).

⁴ Во время защиты диссертации Николя Лерона, посвященной конституционному руководству судьями, его научный руководитель профессор Рено Деуз, заметив, что соискатель сначала получил юридическое образование, заявил со знанием дела, что для того, «чтобы успешно завершить это исследование, Николя Лерон должен был совершить интеллектуальное превращение, заменив убежденность

Выйдя из этого замкнутого круга и вернувшись к теме исследования, позволим себе упомянуть статью автора «Правовая природа Европейского Союза: в ожидании Годо», опубликованную в 1994 г. Гипотеза, сформулированная в то время на основе решений Суда Европейского Союза 1978 г., заключалась в том, что Европейское Сообщество могло концептуально быть квалифицировано как «общая государственная власть». В дальнейшем мы еще вернемся к этому вопросу. Прежде всего, чтобы оправдать ссылку на знаменитую пьесу великого ирландского драматурга, нам, как и двум персонажам Беккета, кажется, что коммунитаристы – и, следовательно, Сообщество – ожидают точной юридической квалификации. Будет ли это исходить из международного права, конституционного права, самого права Сообщества...? Задать вопрос – значит и ответить на него.

Это ожидание, без сомнения более настоятельное, по-прежнему имеет место и двадцать лет спустя. Осмысление права, а конкретно – права Союза, без объективного концептуального обоснования – идентификационного или качественного – исследуемого предмета, приводит одновременно и к неспособности дисциплины стать научно объективной, и к серьезно-му сокращению академических исследований, как следствие, весьма поверхностных. При этом Европейский Союз оказывается вовлеченным в две мощные противоположные гравитационные силы: конституционное право и международное право.

Эти две силы притяжения искажают наш объект исследования в концептуальном и даже в догматическом⁵ аспекте, придавая ему юридически обоснованную форму как той или иной правовой категории (межправительственная организация или федеративная форма) в зависимости от тех или иных отраслевых предпочтений. Заметим, что сила притяжения, о которой здесь упоминалось, создает симметричный, но незначительный эффект в направлении самих «притягивающих сил», так как конституционное право и международное право (понимаемые как правовые категории) подвергаются влиянию Европейского Союза. Вопрос решается, но всегда с ущербом для менее сильного и более зависимого объекта, т. е. Евросоюза.

Полагаем, ждать больше нельзя: унионисты должны попытаться вернуть себе их предмет изучения в концептуальном плане и дать его собственную квалификацию. Данная задача является в высшей степени сложной, если не сказать рискованной, учитывая тот факт, что на кону стоит доселе не-

юриста на более осмотрительную тактику исследователя в области общественных наук». Из этого мы делаем вывод о том, что юрист – не исследователь, что право не является общественной наукой и что убежденность – это основное качество этих юристов. Данный диалог можно лишь прекратить... См.: Конституционное руководство судьями, Диссертация IEP, Париж, 29 января 2014, 446 с.

⁵ Различие между концептом и догмой может анализироваться следующим образом: либо догма понимается как обязательное предварительное аксиоматическое условие, принятое и усвоенное во время построения концепта без потребности обсуждения его обоснованности по причине именно его аксиоматического аспекта; либо догма обусловлена самим концептом, обретая его аксиологическую прочность.

известное правовое строительство, которое должно будет в большей степени рассчитывать только на свои собственные ресурсы, если дисциплинарная автономия является его конечной целью. Смысл правовой квалификации Союза состоит в том, чтобы научный нейтралитет позволил создать конкретизированную основу с единственной целью наделить унионистское научное сообщество осмысленным, выстроенным и закреплённым в квалифицированной категории объектом.

Исходя из изложенного выше и напоминая, что к конечному результату исследования можно прийти лишь на основе анализа только права Союза, как к этому призывает нас Суд вот уже 50 лет⁶, мы попытаемся построить наше исследование вокруг одного вопроса о подтвержденной специфике Союза. По сути, установление специфики – это единственный путь, который кажется нам доступным. Поэтому мы предлагаем скромное размышление об этих существенных – специфичность, специфика – которые, как мы полагаем, можно юридически квалифицировать.

Используемый нами методологический инструментарий основан на теории интеграции, разработанной американским функционалистским течением 60-х гг. и неофункционалистскими гипотезами 70–80-х гг.

Функционализм – это социологическая и антропологическая теория, которая предлагает объяснение функционирования общества на основе элементов, обеспечивающих стабильность. Понятие функции основывается на роли «социального органа» (института) в данной общественной организации. Изначально сформулированная Брониславом Малиновским, затем развитая Робертом К. Мертоном и Толкоттом Парсонсом, эта теория является основным источником вдохновения для видных современных социологов, в частности для Джеффри Ч. Александера. В антропологии это течение противостоит эволюционизму и диффузионизму. В социологии функционализм создал одну из господствующих теорий XX в. Функционалистская социология воспринимает (осмысливает) общества через их институты, обеспечивающие их стабильность и формирующие индивидуальное поведение посредством их роли и статуса.

Работы Дэвида Митрани (в частности, «The functional theory of politics», 1975) также стали основополагающими для европейской юридической мысли. Основной замысел лежал в идее того, что государства, которые объединяются в рамках региональной интеграционной организации, теряют часть своего суверенитета, в то время как институты этой организации выигрывают в самостоятельности принятия решений и политической независимости. Тем не менее эта самостоятельность приводит к обратному эффекту, поскольку характерной чертой этой самостоятельности является разрыв с демократическими устоями государств. Постоянные усилия, предпринимаемые государствами – членами Евросоюза, предоставляя возможность расширения полномочий этой организации в областях, изначально подведомственных государственной власти (валюта, конкуренция, внутренний рынок, гражданство...), заключались в укреплении экономиче-

⁶ Costa, 6/64, EU:C:1964:66, p. 1158.

ских основ Евросоюза: выборы евродепутатов прямым всеобщим голосованием, выборы председателя Еврокомиссии Европарламентом, усиление руководящих полномочий и полномочий по принятию решений Европейского совета, объединяющего главы правительств 27 государств – членов Евросоюза.

Результаты исследования

Начнем с методологического введения, цель которого – обрисовать границы, в которые вписывается наше исследование. Действительно, здесь объединены несколько вопросов, которые, не будучи заданными, рискуют дестабилизировать наше исследование. Начнем с нескольких общих размышлений о «понятии», чтобы затем более точно рассмотреть то, что подразумевает, с нашей точки зрения, операция юридической квалификации доктринального объекта со структурных позиций.

«Понятие» является, без сомнения, отправной точкой в правовой доктрине, тем необходимым условием, вокруг которого должно строиться наше исследование. Это условие, детерминированное интеллектуальным или концептуальным «содержанием понятия», должно служить основой для определения нашего теоретического намерения с содержательной точки зрения.

Понятие, которое мы намереваемся рассмотреть, – «совместное осуществление полномочий», не будучи облеченным в форму предписывающей эпистемологии и находясь вне интуитивного знания, должно быть динамичным и определяющим. Динамичным – поскольку речь идет об активном, объясняющем способе функционирования Евросоюза, определяющим – поскольку оно дает ключ к унитарному пониманию идентичности, специфичности Евросоюза.

Существует градация между такими довольно близкими терминами, как «понятие», «концепт» и «теория». Понятие – это элементарное, интуитивное или расплывчатое знание чего-либо. Понятие соответствует «идее». Таким образом, идея объекта – это его образ, который сознание может воспроизвести в начале своей активности [English, J., 2002]; понятие – это знание некоторых деталей, которые присутствуют в объекте⁷. В широком смысле слова в разговорном языке теория, что подразумевает «созерцание, наблюдение, изучение», – это идея или спекулятивное знание, зачастую основанные на наблюдении или опыте, дающие идеальное представление, удаленное от реалий. Иногда термин «теория» используют для обозначения чего-либо временного или не совсем истинного.

Термин «теория» используется также в качестве синонима концепта. Таким образом, концептом называют идею или представление, которое суммирует многообразие эмпирических или ментальных объектов посредством абстракции и обобщения идентифицируемых общих черт. Есть несколько мнений относительно того, существует ли концепт. Этот статус является

⁷ В этой связи можно допустить, что знание – это полное овладение всеми понятиями, которые может породить объект.

центральным для любого действия, направленного на области знания: как формируются концепты? Определяет ли концепт сущность? И т. д.⁸

Мы можем дополнить это определение, попытавшись применить более философский подход. В труде «Что такое философия?» Ж. Делез и Ф. Гваттари возвращаются к классическому определению философии [Deleuze, G. and Guattari, F., 2001, p. 8], а именно: «философия – это искусство формировать, изобретать, производить концепты». Тем не менее ставить под сомнение сущность выражения или слова, используемых в юридических текстах, являющихся в некоторых случаях основой режимов, представляется обязательным требованием получения знания, но не о мире, который нужно описать, а о мире, который нужно построить.

Этот подход возвращает нас к пониманию «концепта», который сам по себе тесно связан с понятием «многообразие». Ж. Делез и Ф. Гваттари указывали по этому поводу: «Не существует простых концептов. В концепте всегда есть составляющие, которыми он и определяется. Следовательно, в нем имеется шифр. Концепт – это множественность, хотя не всякая множественность концептуальна. Не бывает концепта с одной лишь составляющей: даже в первичном концепте, которым “начинается” философия, уже есть несколько составляющих, поскольку не очевидно, что философия должна иметь начало, а коль скоро ею таковое вводится, то она должна присовокупить к нему некую точку зрения или обоснование. Декарт, Гегель, Фейербах не только не начинают с одного и того же концепта, но даже и концепты начала у них неодинаковые. Всякий концепт является как минимум двойным, тройным и т. д.» [Deleuze, G. and Guattari, F., 2001, p. 14].

Эта краткая ссылка на знаменитого философа полезна тем, что он упоминает идею сложности, блестяще изложенную в свое время французским философом Э. Мореном. Однако, рассматривая Евросоюз так, как он представлен в рамках нашей работы, необходимо учитывать в данном исследовании присущую ему сложность. Это означает, с одной стороны, что политическое измерение европейского проекта не может больше быть игнорировано, в том числе юристами, а с другой стороны, с чисто правовой точки зрения нереально и интеллектуально некорректно для исследователя считать, что можно представить единственную, но всеохватывающую квалификацию, способную свести эту сложность к концептуальной величине.

Конечно, цель этого рассуждения направлена на достижение этого объясняющего, определяющего единства. Тем не менее заметим, что наши амбиции находятся на гораздо более скромном уровне: они представляют собой поиск объяснения идентичности Союза, которая, как известно, не может претендовать на какую-либо форму понятийной исключительности. Иными словами, мы должны иметь в виду, что любой концепт или понятие, которое старается быть действенным, обязательно является много-

⁸ По мнению французского философа Ж. Делеза, философия определяется как созидание концептов, а не как пассивное созерцание вещей или простое размышление.

мерным. Это последнее свойство измеряется в праве исходя из значения конкретного понятия, которое находит, таким образом, материализацию своей структурной сложности.

Вырисовывается градиация между приведенными здесь терминами: понятие предшествует теории [Latournerie, R., 1960], а последняя ведет к концепту. В праве с легкостью используют термин «теория» для обозначения ментальных носителей, абстрактных и индуктивных интеллектуальных материалов или схем данной дисциплины. В своем первом смысле теория соответствует умозрительному знанию наблюдаемого объекта. В нашем понимании не эту функцию осуществляют правовые теории. Далекие от того, чтобы быть умозрительными, они имеют целью точно предусмотреть режимы, которые возникнут в результате их применения. Вспомним теорию государственной службы, теорию государственной власти, теорию непредвиденности... Следует признать, и здесь это очень нам поможет, что термин «теория» является синонимом концепта.

В конечном итоге выбор может быть сделан между теорией и концептом «совместного осуществления полномочий», но надо все же быть осторожным. Действительно, только с момента, когда понятие фактически сформировано, можно рассматривать переход в область «теории» (или концепта⁹). Чтобы добиться такого результата, нужно быть уверенным в том, что такое понятие существует. Для юриста, как нам кажется, построению понятия предшествует операция обнаружения объекта, подлежащего изучению, которая должна способствовать отысканию его в нормативно-концептуальной вселенной [Monjal, P.-Y., 2007]. С методологической точки зрения эта интеллектуальная операция отсылает нас к объемному вопросу правовой квалификации.

Здесь возникает вопрос: почему мы квалифицируем объекты, изучаемые юристами, категориями юридической науки? Этот внешне наивный вопрос имеет свою значимость, поскольку он позволяет закрепить (зафиксировать) эти объекты, которые априори могут быть «ajuridique» («неправововыми»), в известных концептуальных категориях, чтобы их идентифицировать, уравновесить (посредством определенных категорий) с целью применения к ним нормативного режима. Это ясно, даже если понятие квалификации, несомненно, уже.

Есть два типа правовой квалификации. Первая, которую можно назвать оперативной или технической, предполагает то, чем постоянно занимаются практикующие юристы и суды. Она устанавливает, имеет ли некий факт, ситуация, объект¹⁰ свое соответствие уже существовавшей категории права. Этот переход из «разумного мира» в мир права является наиболее трудной задачей юриста и самого права. Попытка облечь этот объект в форму концепта, операция категоризации имеет вместе с тем динамичную конечную цель – запустить режим, соответствующий этим факту, ситуации, объекту. Правовой режим сам по себе в действительности имеет

⁹ Термин, который, тем не менее, мы предпочтем.

¹⁰ Например, понятие товара в праве внутреннего рынка.

смысла только с момента осуществления соответствующей правовой квалификации. Таким образом, эти две категории неотделимы друг от друга.

Квалификация второго типа, определяемая как доктринальная, может иметь различные природу и значение. Альтернатива следующая: либо квалификация предшествует рассматриваемому объекту (в нашем случае Европейскому Союзу); либо, наоборот, эта квалификация не существует или находится в процессе стабилизации. В первом случае интеллектуальный процесс не отличается существенно от оперативной квалификации, несмотря на его более высокое положение на иерархической лестнице правовых категорий. Во втором случае процесс более сложный, поскольку зависит и от догм, более или менее усвоенных, которые предваряют данное действие, и особенно – от теоретического выбора, основанного в значительной степени на домыслах или гипотезах, которые доктрина стремится упрочить и даже построить. В этом случае эта правовая квалификация имеет специфическую природу, поскольку стремится быть субстанцией понятия (квалификации) изучаемого объекта в перспективе унитарного и объяснительного понимания данного объекта¹¹.

Известно, как настойчиво Ч. Айзенман повторял: «Правовая квалификация и правовое определение – это две интеллектуальные операции различной природы» [Eisenmann, Ch., 1966]. Следовательно, нельзя рассматривать понятие совместного осуществления полномочий как определение специфичности Евросоюза, недавно упомянутой в очень важном но не менее предсказуемом заключении 2/13 Европейского Суда от 18 декабря 2014 г. Квалификация, по сути, представляет собой априорное определение правовой природы объекта, в отношении которого действует режим. Правовое определение – это разъяснение понятия, режима, объекта в информативных, объяснительных целях; его цель статична, поскольку не инициирует процесс «приведения в действие» этого объекта. Этим оно отличается от квалификации, в отношении которой предполагается, точнее, допускается, что предварительно она идентифицировала объект.

Вместе с этим действие, приводящее к реализации режима, предполагает сравнение концептуального данного – квалифицированного деяния – с содержанием правовой нормы; это сравнение имеет целью удостовериться в том, что концепты или понятия, обозначающие конкретную ситуацию, эквивалентны концептам, определяющим норму [Boukhari, R., 2010]. Кроме того, повторяя слова Р. Букари, контекст, в котором реализуется «алхимия» квалификации, позволяет увидеть ее зачастую замаскированный аспект: «...тот факт, что она находится на службе некой законодательной политики. Вдобавок принадлежность правовых систем к сильно различающимся мирам наделяет квалификацию малоизвестным достоинством и значимостью; а именно – способностью выражать ценности суда. Следовательно, проблемы материального характера полностью не исключены из операции квалификации». Этот аспект прямо отсылает к рассмотренному выше вопросу о догмах.

¹¹ О цели и функции правовой квалификации см. ниже.

Таким образом, мы не можем обойти вопрос о сложности операции, направленной на квалификацию объекта, будь им деяние или термин, содержащийся в норме; в этом специфичность Евросоюза, квалифицируемого или сводимого к понятию совместного осуществления полномочий; сложность, которая вынуждает некоторых авторов выражать их недоверие к самому понятию квалификации. Так, А. Эренцвейг [Ehrenzweig, Al.A., 1961, p. 395] охарактеризовал это как «нежелательное дополнение к американской доктрине», в то время как Юнгер [Juenger, F.K., 1993, p. 73] называл это загадочным процессом, едва ли не колдовством.

Сложность квалификации обусловлена, в частности, двойной логикой или радикальной разницей между различными обозначениями объекта: факт и право, индукция и дедукция, конкретное и абстрактное, частное и общее. Эти различные перспективы анализа рассматриваются, в частности, через толкование, отсюда и риск запутывания двух интеллектуальных операций. Интерес исследования квалификации в этой связи искажается тем, что ее часто смешивают с толкованием. Как мы полагаем, данная ситуация требует разъяснения этих двух методологических инструментов.

Очевидная близость между толкованием и квалификацией может привести к смешению этих двух операций. Но можно ли допустить, что одна из них является частью другой? И что еще хуже, не будет ли квалификация зависимой от «систематического толкования нормы»? Будучи «на буксире» у толкования, квалификация будет, таким образом, неотделима от него, сопровождая его на всех этапах. Однако обратимся к словам вышеупомянутого Р. Букари, согласно которому, «если квалификация взывает о помощи к толкованию, она ею не ограничивается, по мере того как углубляется в анализ свойств квалифицируемого объекта с целью включения его в перечень категорий» [цит. по: Terré, F., 2004]¹².

Таким образом, могут иметь место несколько позиций. Квалификация может пониматься как первый этап процесса применения нормы, регулирующей режим, применяемый в данной ситуации. Другой будет позиция, согласно которой квалификация занимает промежуточное положение, выступает точкой равновесия между фактом и правом. Интересна также версия, согласно которой квалификация не является интеллектуальной деятельностью, направленной только на стиль и смысл текста, она представляет собой операцию разума в строго очерченных им самим рамках.

Интуитивно представляется целесообразным допустить, что вопрос правовой квалификации *lato sensu* погружает юриста в целую серию размышлений о методологии права. Эта методология основана, как мы знаем, на индукции, дедукции, заключениях, умозаключениях по аналогии, оценках и, может быть, даже интуиции [La Barthe, F., 2006]. Следовательно, допустимо различать два типа квалифицирующих операций. Первый – инклюзивный, второй – конститутивный, при этом различие между оперативной и доктринальной квалификацией должно быть сохранено.

¹² См. также: Terré F. Volonté et qualification. Arch. phil. dr., 1957. P. 99–100.

Таким образом, инклюзивная квалификация предполагает действие с фактом, ситуацией, системой, с которыми связаны режимы, в уже существующем концептуальном (доктринальном) или правовом аспекте; в то время как конститутивная квалификация, носящая исключительно доктринальный характер, предполагает именно создание, построение концепта, еще не определенного в качестве правового понятия, приемлемого и доступного научным сообществом.

Применительно к нашей теме квалификация рассматривается именно в последнем аспекте: она претендует на то, чтобы быть одновременно доктринальной и конститутивной. С одной стороны, мы говорим о двойном утверждении, согласно которому ни конституционное право, ни международное право не смогли избежать этой специфики, и усилия, потраченные на адаптацию этих двух больших правовых категорий к Евросоюзу в широком смысле или в плане понятийного захвата¹³, продолжают быть предметом дебатов именно по этому вопросу. С другой стороны, в отношении европейской доктрины необходимо признать и ее «специфически оригинальное» существование, и полноценную идентификацию ее объекта *per se*, т. е. независимо от уже существующих категорий; эта идентификация может быть осуществлена только ценой усилий по разработке концепции посредством операции доктринальной конститутивной правовой квалификации.

После этих вводных размышлений продолжим наше исследование, учитывая, что правовым объектом, подлежащим квалификации, является именно эта специфика Евросоюза, ранее отмеченная в постановлении по делу *VGL et Costa* и недавно подтвержденная в заключении Суда 2/13 от 18 декабря 2014 г. Однако в основе этой правовой специфики лежит совместное осуществление государственных полномочий. Именно эта общность осуществляемых полномочий, эта связка государственных полномочий, которые могут быть активированы в рамках Союза, характеризующихся политологами понятием «совместного суверенитета», является точкой привязки всей конструкции.

Следовательно, и это вписывается в изложенные выше действия по правовой квалификации, мы должны удостовериться в том, что понятие совместного осуществления полномочий является ключом к пониманию всей правовой системы Евросоюза, а также в объяснении с его помощью идентичности последнего. Этот анализ стремится быть скорее последовательным, интроспективным, чем всеохватывающим или целостным, претендующим на определение Евросоюза как целого (его внешней идентичности¹⁴).

¹³ Возникает вопрос: не ставят ли под сомнение собственные концептуальные основы эти две значительные категории публичного права посредством адаптации, расширения/приспособления их конститутивных понятий в целях осмысления Евросоюза в его строгой единичности. В этом смысле очень иллюстративным был Французский референдум 2005 г. по договору о создании Европейской конституции.

¹⁴ Идентичность, а значит, природа, определяемая привлечением критериев конституционного права и международного права.

Таким образом, для нас квалификация состоит в построении методологического конститутивного объекта понятия – а именно понятия «совместное осуществление полномочий», давая возможность понять, объяснить, дать информацию о Евросоюзе посредством привлечения этого правового инструмента.

То, к чему мы сейчас пытаемся подойти, – это понятие совместного осуществления полномочий, о котором думают, что оно является вероятной – но приемлемой ли? – правовой квалификацией внутренней специфики Европейского Союза. Другими словами, то, что представляет фактор идентификации, самой идентичности Союза, является именно его специфичностью; эта специфичность, как мы уже говорили, не поддается любой попытке вовлечения ее в концептуальные классические категории публичного права. Идентичность Евросоюза, рассматриваемая под другим углом, будет, таким образом, неотделима от понятия совместного осуществления полномочий; она будет частью закона, самой характеристикой – а значит, идентичностью Европейского Союза. Поэтому задача, связанная с прояснением понятия совместного осуществления полномочий, является концептуально значимой для придания правовой формы тому, что называют специфичностью Союза.

Специфичность Союза не выводится из простого упражнения в стиле или типовой формулировки, имеющей смысл для целей демонстрации. Она является идентифицируемым, недавно консолидированным построением.

Коммунитаристская и унионистская доктрины давно пытались освободить Евросоюз (Европейское Сообщество) от квалификаций его эссенциалистских позиций, будь они конституционной или международной природы. Таким образом, имея в виду наиболее эффективную доктрину, профессор Блюман уже давно предлагает, чтобы Европейский Союз придерживался концепции специфики. Речь идет о самом верном способе построения нейтральных институционалистических рассуждений, свободных от каких-либо заранее определенных концептуальных привязок, чтобы нейтрально запечатлеть объект «Европейский Союз» в научной перспективе¹⁵. Именно привлечение этой категории – специфики – является отправной

¹⁵ Недавно Евросоюз, как OPNI, был взбужден в связи с докладом о крайней нищете, где упоминались концептуальные инструменты, которые полностью устарели и так и не были поняты: дефицит демократии, возрождение Европы, пересмотр традиционного права, жандарм Европы... См. информационный отчет № 407 Сената, подготовленный от имени комиссии по европейским делам, о перспективах Евросоюза, представленный P. Bernard-Raymond. Чтение этой работы показывает, насколько скуден французский анализ. Наиболее удручающими и достойными сожаления являются «размышления» о неизменном праве (говорят также и о «праве Сообщества»), подготовленные Институтом имени Ж. Делорса. См.: Bertoncini Y., Vitorino A. Réformer la "gouvernance" européenne pour une fédération d'états nations plus légitime et plus efficace. Paris, 2014. Sept. (80 p.).

OPNI: игра слов OPNI – OVNI (OVNI – НЛО, неопознанный летающий объект; OPNI – неопознанный публичный объект) (примеч. ред.).

точкой для всестороннего и системного анализа, позволяющего отразить и врожденное, и приобретенное своеобразие европейской интеграции.

В то же время можно утверждать, что использование этого выражения свидетельствует о слабости права. Надо ли признать ограниченность европейского теоретического анализа, который сталкивается с реальными трудностями в продвижении понятийного аппарата, новых концептуальных инструментов, чтобы понять эту специфику, а именно специфику Союза? Заявление, что Европа специфична – что очевидно – не позволяет объяснить с правовых позиций ее самобытность, ее природу. Кроме того, провозглашенная таким образом специфика не имеет содержания. Она – всего лишь оболочка, хотя и квалифицирующая, которая лишь дает возможность говорить обо всех исходных чертах Евросоюза. Очевидно, что она не является концептуальным инструментом, оперативно-правовым аналитическим объектом.

Тем не менее коммунитаристская доктрина 80-х гг. попыталась предложить более теоретически ориентированную и последовательную квалификацию. Такую квалификацию следует искать в обсуждении Европейского Суда по делу 1/78 от 14 ноября 1978 г.¹⁶, довольно малоизвестном, поскольку достаточно давнем и относящемся к Евратом, при том что оно широко цитировалось в заключении Суда 1/94¹⁷ о ГАТС (Генеральное соглашение по торговле услугами) в отношении общей структуры процедуры консультативного заключения. Правительство Бельгии просило Суд вынести решение по ряду вопросов, касающихся распределения полномочий между Сообществом и государствами-членами в связи с заключением под эгидой Международного агентства по атомной энергии (МАГАТЭ) соглашения о физической защите ядерных материалов, установок и перевозок. Суд потребовал участия Евратом в переговорах по вопросам, относящимся к его собственной компетенции.

Однако в ходе этого обсуждения Суд изложил в п. 27, что «право собственности на расщепляющийся материал было сосредоточено договором в руках совместных государственных органов, т. е. в руках Сообщества. Таким образом, именно оно и только оно в состоянии обеспечить общие потребности Сообщества в управлении ядерными материалами». Выражение «совместные государственные органы» вновь появится в выводах генерального адвоката Мадуро 6 апреля 2006 г.¹⁸: «В наилучших интересах Сообщества передать эти материалы “совместным государственным орга-

¹⁶ Обсуждение 1/78, Rec. 1978, с. 2151. Обсуждение принято в соответствии с п. 3 ст. 103 Договора Евратом – проект конвенции Международного агентства по атомной энергии об охране ядерных материалов, установок и перевозок.

¹⁷ Заключение Суда от 15 ноября 1994 г. EU:C:1994:384. Заключение «Компетенция Сообщества заключать международные соглашения в сфере услуг и охраны интеллектуальной собственности» – процедура ст. 228, пар. 6 Договора о Европейском Союзе.

¹⁸ Заключение 1/78 также цитировалось в выводах генерального адвоката Мадуро в отношении преюдициального вопроса, заданного немецким судом. *Industrias*

нам», обладающим прерогативами государственной власти. Формирование совместных государственных органов связано в этой системе с конкретной задачей, заключающейся в продолжении общей политики снабжения».

Представители коммунитаристской доктрины, в частности Ж. Булюи (J. Boulouis) и Г. Исаак (G. Isaac) (последний еще в 1982 г. в своей знаменитой работе [Isaac, G. and Blanquet, M., 2018]), увидели в этом единственно верную попытку правовой квалификации Сообщества, а также своевременное определение природы комплекса компетенций. Но на этом исследовании прекратились. Конечно, можно оспорить тот факт, что это дело касается весьма специфического случая, связанного с Европейским сообществом по атомной энергии и спором относительно его внешних соглашений. В то же время, и мы вернемся к этому позже, использование понятия «совместные государственные органы», которое теоретически нейтрально, но имеет свою сферу охвата, с пользой может быть увязано с концепцией «совместного осуществления компетенций».

Эти теоретические положения, очевидно, являются плодом прежних размышлений, которые основаны на флагманских решениях Суда, с убежденностью подтвержденных недавно в отрицательном заключении Суда 2/13, вынесенном 18 декабря 2014 г. относительно Соглашения о присоединении Евросоюза к ЕКПЧ¹⁹. Два решения Суда, к которым мы здесь обратимся, – это, конечно, решения *Van Gend en Loos* (1963) и *Costa*²⁰ (1964).

Первое решение, вынесенное на основе противоречивых выводов генерального адвоката Ремера и отказа от интегративной логики в интересах Сообщества и его порядка, но прежде всего на благо физических и юридических лиц, которые с этого момента становятся действительными заявителями, отвергает всю интернационалистскую конструкцию принципа прямого действия²¹. В этом первоначальном решении, которое требовало своего продолжения – а это будет решение *Costa*, – рассуждения судей, выстроенные в два этапа, образуют, по нашему мнению, основы правовой специфики нынешнего ЕС.

Nucleares do Brasil SA, Siemens AG contre UBS AG, Texas Utilities Electric Corporation. EU:C:2006:230. Суд не вынес решения.

¹⁹ Заключение Суда 2/13 (пленарное заседание) от 18 декабря 2014 г. EU:C:2014:2454. Заключение, вынесенное в соответствии с пар. 11 ст. 218 Договора о функционировании Европейского Союза, по проекту международного соглашения о присоединении Европейского Союза к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и о совместимости этого проекта с договорами о Европейском Союзе и ЕС и о функционировании Европейского Союза.

²⁰ Постановление *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1. Акты симпозиума о 50-летию вынесения решения *Van Gend en Loos*. http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_95693

²¹ Статья 12 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества (ст. 23 Договора о функционировании Европейского Союза). См. *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, No. 41, с. 562 и далее.

Во-первых, Суд отсылает к Договору об учреждении Европейского экономического сообщества, цель которого «заключается в создании общего рынка, функционирование которого касается непосредственно граждан». В этой связи Суд напоминает, что преамбула Договора адресована народам государств и что последние участвуют в принятии совместных решений через орган (которым станет Европейский парламент), а также они могут ссылаться в Суде Европейского Союза на право Сообщества посредством осуществления процедуры преюдициального запроса. Независимо от национального законодательства, и это общий принцип, по мнению Суда, право Сообщества предназначено для создания прав частными лицами; «прав, которые становятся частью их правового наследия».

Таким образом, конструирование принципа прямого действия обусловлено не чем иным, как четко выраженной волей государств – составителей Договора. Но, кроме того, Суд считает, что для того, чтобы сделать принцип прямого действия постоянным (что позволяет избежать казуистики²²) и действующим на всем поле договора, эта воля составителей презюмируется в обязательном порядке в силу специфического характера Договора.

Этот специфический характер является вторым логическим обоснованием рассуждения, которое было заложено уже в 1963 г. и не пересматривалось, за исключением той части формулировки, которая никогда не повторялась после решения 1963 г.²³ Формулировка слишком хорошо известна, несмотря на ее несовершенство и сомнительную юридическую строгость, подобно высказываниям *pro domo*. Ограничимся лишь ее воспроизведением: «Договор представляет собой нечто большее, чем просто соглашение, которое создало бы взаимные обязательства между государствами <...>; Сообщество представляет собой новый правовой порядок международного права, субъектами которого являются не только государства... но и их граждане».

Решение Суда по делу «Фламинио Коста (*Flaminio Costa*)», о сути и объеме которого мы здесь не будем говорить²⁴, является первым, в котором, пусть даже только один раз, используется особое прилагательное. Это решение невозможно понять без сопоставления с тем, которое было принято в 1963 г., в том смысле, что оно завершает основополагающий процесс приоритетного применения права Евросоюза. Но что примечательно в деле Коста, так это то, как Суд обосновал принцип верховенства права логико-дедуктивными рассуждениями, связанными с автономией права Сообщества; авто-

²² Помимо критериев ясности, точности и безусловности, которые Суд установил в том же решении.

²³ Отметим, что ссылка на природу (ст. 23), специфику коммунитарного порядка рассматривается после первых двух частей, касающихся создания общего рынка и, как следствие, права людей на получение выгоды от принципа прямого действия.

²⁴ Верховенство права Европейского Союза: интеграция и оценка принципа. 50 лет после решения Суда Европейских Сообществ *Costa C/Enel*, материалы colloquium, Лилль 2, 31.03.2014, Europe, suppl. au No. 7, juillet 2014.

номия, которая в действительности обусловлена не столько исполненным решением судьи, сколько коммунитарной природой правовой системы и рынка, созданных Договором: «Таким образом, право, порожденное автономным субъектом, не может в силу своего первоначального специфического характера противопоставляться в судебном порядке какому бы то ни было внутреннему закону, не теряя при этом своего коммунитарного характера и не ставя под сомнение правовую основу самого Сообщества».

Мы имели возможность доказать логические связи, которые существуют между понятиями общего и специфического в правовом порядке Евросоюза [Monjal, P.-Y., 2008]. В частности, именно передача государственных полномочий, в обязательном порядке осуществляемая совместно государствами, придает Евросоюзу его особую самобытность. Эта идентичность, прежде всего, является основой принципа верховенства права в той мере, в какой само существование Сообщества, как того желают государства, имеет смысл только в том случае, если превалирует его закон. Таким образом, верховенство права проистекает в большей степени из коммунитарной природы Договора государств, входящих в общий рынок, установленный Договором, что постулирует экзистенциальную автономию порядка, нежели из так называемого установления «нового правового порядка международного права». Этот новый порядок, если он существует, обусловлен его коммунитарной спецификой; спецификой, которая постулирует автономию порядка и нормативное верховенство. Совсем недавно Суд имел возможность напомнить об этих «основах».

Заключение Суда Европейского Союза 2/13? Бесполезно и предсказуемо! За пятьдесят лет в принципе ничего нового. Многие комментаторы были удивлены, разочарованы и даже шокированы позицией Суда, выраженной 18 декабря 2014 г. по вопросу проекта соглашения о присоединении ЕС к Европейской конвенции по правам человека. Но почему это заключение, вынесенное на основании ст. 218-11 Договора о функционировании Европейского Союза по запросу Комиссии, так удивляет? Нам представляется, и мы говорили об этом при других обстоятельствах [Monjal, P.-Y., 2013], что такая позиция была не только единственно возможной, но и совершенно предсказуемой.

Более того, как это символично для Суда – выносить решение через 50 лет после постановления по делу Фламинио Коста, ставшего основополагающим для создания коммунитарного саморегулируемого порядка, герметично закрытого и всеохватывающего. Впрочем, заключение 2/13 в значительной степени опиралось на принципиальные соображения по делу 6/64, при этом существенно корректируя их. Это заключение требует бесчисленного количества замечаний, по форме и по существу [Jasqué, J.-P. and Labayle, H., 2015].

Мы сделаем только три.

Первое замечание касается в высшей степени идеологической оценки предмета, природа которого иногда едва скрывает предпочтения тех или иных комментаторов или того или иного институционального субъекта. В этом смысле заключение 2/13 в том, что касается его формы и существа,

может, по нашему мнению, быть оценено только при условии ознакомления с «выводами»²⁵ Генерального адвоката Дж. Кокотта (J. Kokott), содержащими заключения по отчетности проекта соглашения о присоединении.

В формулировке, граничащей с неточностью и/или вызовом, мы могли бы утверждать, что там, где выводы носят политический характер, заключение является юридическим. Там, где идеология априори подпитывает правовое мышление как общепринятая и неоспоримая догма, – это выводы, где закон иссушает страсти – это заключение. Иными словами, если данное мнение имеет принципиально идеологическое измерение, а значит, и политическое²⁶, оно, несомненно, относится не к области основных прав или ценностей [Brunet, G., 2009], а располагается в том единственном пространстве, где только и можно оправдать существование Евросоюза: европейская экономическая и политическая интеграция; нормативная закрытость порядка, т. е. его непроницаемость для любой формы внешнего контроля, доверенная Страсбургскому Суду. Чтобы жить счастливо...

Второе замечание касается п. 177 заключения от 18 декабря, который сам по себе является наиболее удачным выражением аргументации Суда и показывает его приверженность превращению правового порядка, гарантом которого он является, в замкнутую в самой себе и саморегулирующуюся систему: «Именно поэтому в соответствии с *этими конституционными рамками* (выделено нами. – П.-И.М.), о которых говорится в п. 155–176 настоящего заключения, основные права, признанные, в частности, Хартией, должны толковаться и применяться в рамках Союза». На этом основании, составляющем переломный момент в доводах Суда и во всей его аргументации (где, следует отметить, не упоминается Европейская конвенция по правам человека (далее – Конвенция), остается только в результате анализа поместить конституционный порядок Союза, кропотливо определенный в п. 155–176, над основными правами – и, следовательно, над Конвенцией, чтобы предсказуемо прийти к выводу о том, что проект соглашения о присоединении несовместим с этим порядком.

Последнее замечание касается использования терминов Судом в его заключении. Термин «специфика» используется шесть раз. Но в отличие от термина «специфический»²⁷, который свободно используется сорок раз в демонстративных целях, «специфика» употребляется только со ссылкой на

²⁵ Выводы от 13 июня 2014 г.

²⁶ Следует также отметить единодушие 23 государств-членов, принявших участие в наблюдениях, которые, как нам представляется, продемонстрировали совершенно исключительную форму воинственности на почве юрисдикции Страсбургского Суда, возведенного в ранг единоличного контролера европейского порядка в области прав человека. Они продемонстрировали резкую реакцию на заключение 2/13, видя в педантичном юридизме Суда Европейского Союза форму пересмотра, предательства, политических уступок, вытекающих из переговоров, проведенных с Европейским Судом по правам человека; уступок, широко требуемых, кроме того, самим Судом.

²⁷ Генеральный адвокат использовал его 18 раз.

содержащие этот термин ст. 6 Договора о Европейском Союзе и протокол 8. По существу, придерживаясь сути в рамках нашего исследования, Суд в п. 156 приходит к выводу о том, «что, в отличие от любой другой договаривающейся стороны, Союз, с точки зрения международного права, не может в силу самой его природы рассматриваться в качестве государства». Такая формализация того, что уже известно из материалов Суда, требует, в свою очередь, двух замечаний.

Первое замечание позволяет нам заметить, что Суд тем не менее не опирается на понятие межправительственной организации для квалификации Союза, что многое говорит о том, что Суд думает о Союзе и как характеризует его с правовой точки зрения. Второе замечание, которое следует из первого, касается последствий, вытекающих из осмысления Судом самого понятия «специфики» Союза. Точнее говоря, он пользуется возможностью материализовать, закрепить эту специфику.

Напомним некоторые положения из основных постановлений Суда: «В отличие от обычных международных договоров, учредительные договоры установили новый правовой порядок... в интересах которого государства... ограничивают свои суверенные права во все более обширных областях...»; «...Союз наделен правовым порядком нового типа, имеющим свойственную ему специфичную природу, конституционные рамки и присущие ему ценности... (п. 157)»; «...проверка совместимости соглашения должна выполняться на основании Конституционной хартии [основополагающих договоров] (п. 163)»; «среди этих характерных особенностей есть особенность, относящаяся к конституционной структуре Союза, которая нашла свое отражение в принципе предоставления полномочий... (п. 165)»; «к этому добавляются специфические характеристики, относящиеся к самой природе [его] права... в частности, то, что оно исходит из независимого источника... характеризуется своим приоритетом... и принципом прямого действия (п. 166)»; [эта специфика породила] «структурированную сеть принципов и взаимозависимых отношений» (п. 167) [подразумевая, что] «каждое государство-член разделяет со всеми остальными ряд общих ценностей [таких как] взаимное доверие (п. 168)»; [статья 3 Договора о Европейском Союзе закрепляет основные цели, такие как] «свободное передвижение, гражданство, пространство свободы, безопасности и правосудия, политика в области конкуренции», [чтобы гарантировать] «достижение интеграционного процесса, который является смыслом существования самого Союза (п. 172)».

Тщательно продуманная институциональная структура и правовые нормы, регулирующие надлежащее функционирование Союза (п. 158) и соотносящиеся с его конституционной структурой, которая отражена, как мы отметили, в принципе предоставления полномочий (п. 167), возвращают нас к самой сути нашего исследования, а именно – к совместному осуществлению полномочий. Исследование специфического характера Союза, проведенное Судом, показывает, что эта специфика заключается именно в объединении государственных полномочий, реализуемых известными нам институтами.

Задача квалификации «специфики» Союза через призму совместного осуществления полномочий не так проста в отсутствие соответствующей правовой основы, национальной или европейской, которая с чисто позитивистской точки зрения позволит закрепить понятие «совместное осуществление» (1) и дать его надлежащее толкование (2).

Здесь мы подходим к узловой точке анализа, который, по нашему мнению, достаточно точно характеризует внутреннюю специфику Союза, допускающую именно такое «совместное осуществление государственных полномочий». Необходимо добавить несколько замечаний.

Первое замечание относится к констатации того факта, что термин «общество» почти исчез из действующего Договора. Можно было бы сделать вывод, что без этого существенного лексического база ослабевает и все рассуждения, основанные на понятии общего, теряют свою ценность. Мы так не думаем, поскольку в ст. 1 Договора о Европейском Союзе указано, что «Союз заменяет собой Европейское Сообщество и является его правопреемником», а ст. 2 гласит: «Эти положения [Договора о Европейском Союзе и Договора о функционировании Европейского Союза], меры или решения никоим образом... не изменяют достижений Европейских Сообществ (*acquis communautaire*)».

Второе замечание состоит в проверке того, присутствует ли в той или иной форме в национальных конституциях понятие совместного осуществления полномочий, которое, кстати, является единственным, способным придать единообразие этому общему органу власти государства, которым является Европейский Союз. Не вдаваясь в детали конституций 28 государств-членов, следует отметить, что косвенные ссылки, впрочем, как и прямые, на какое-либо понятие совместного осуществления полномочий встречаются довольно редко. Конституции базируются на совершенно иной концептуальной схеме, основанной на понятии передачи или даже отказа от полномочий.

Так, в ст. 68-2 латвийской конституции указано: «При заключении международных договоров Латвия может, с целью укрепления демократии, делегировать международным институциям часть компетенций государственных институций». В статье 5 Конституции Швеции в довольно похожих формулировках указывается, что «Риксдаг может передать свои полномочия по принятию решений Европейскому Союзу, если это не влияет на принципы Конституции»²⁸. То же самое и со ст. 90 Конституции Польши, в которой закреплено: «Республика Польша может на основании международного договора передать международной организации или международному органу компетенцию органов государственной власти по некоторым делам».

Более интересен, хотя и неоднозначен, текст Основного закона Германии. В целях построения объединенной Европы в ст. 23 предусматривается, что Федеративная Республика Германия «...участвует в развитии Евро-

²⁸ Конституция Швеции (§ 5 главы 10) // Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 3. М. : Норма, 2001. С. 615.

пейского Союза, в обязанность которого входит гарантировать соблюдение принципов демократического, правового, социального и федеративного государства, а также соблюдение принципа субсидиарности, который гарантирует защиту основных прав, по существу совпадающих с основными правами, содержащимися в Основном законе». Подразумевается определенная степень участия довольно специфического характера – инклюзивное и совместное. Неоднозначность, на наш взгляд, проявляется при чтении следующего предложения, в котором установлено: «В этих целях Федерация может передавать свои суверенные права посредством издания закона, одобренного Бундесратом»²⁹. Однако концептуально понятие «передать», тождественное «утрачивать», на первый взгляд не очень хорошо сочетается с понятием «совместное осуществление полномочий»; формулировка более понятна при использовании термина «участвовать».

В Конституции Венгрии в ст. Е установлено, что Венгрия «...должна способствовать созданию европейского единства»; «в целях участия в качестве государства – члена Европейского Союза на основе международных договоров» государство «на основе международных договоров – в пределах, необходимых для осуществления прав и выполнения обязательств, изложенных в основных договорах», «может осуществлять некоторые из своих полномочий, вытекающих из Конституции, в сотрудничестве с другими государствами-членами посредством институтов Европейского Союза»³⁰. Термины «участие» и «в сотрудничестве с другими государствами-членами» возвращают нас снова и снова к измерению, о котором мы говорили.

Более согласованными на понятийном уровне, несомненно, являются п. 6 ст. 7 Конституции Португалии и, конечно же, ст. 88-1 Конституции Франции: «Португалия может на условиях взаимности при уважении принципа субсидиарности и с целью социального и экономического единения договариваться о передаче Сообществу для исполнения полномочий, необходимых для строительства Европейского Союза...»³¹; «Республика принимает участие в Европейских Сообществах и Европейском Союзе, образованных из государств, которые на основании свободного выбора в силу учредивших их договоров приняли решение о совместном осуществлении некоторых из своих полномочий»³².

Последняя статья является для нас ценным источником, несмотря на то что можно упрекнуть ее в двух вещах. Первый упрек касается французской конструкции попытки продемонстрировать свой подход к этому. Принятие в качестве правовой основы статьи Конституции, задуманной в конкретном политическом контексте, действительно может показаться если не рискованным, то, по крайней мере, ограничительным и, следова-

²⁹ <https://worldconstitutions.ru/?p=155>

³⁰ <https://worldconstitutions.ru/?p=298>

³¹ http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/portugal/portug-r.htm

³² <https://worldconstitutions.ru/?p=138>

тельно, недостаточно показательным. Второй упрек, связанный именно с этим контекстом, т. е. конституционным разрешением ратифицировать Маастрихтский договор, не должен упускать из виду, что ст. 88-1 была задумана как страховочная сетка – спасения или разграничения – двух нормативных порядков. Существенным достоинством и функцией этого разграничения было дистанцирование Французской Республики от европейской интеграции. Известные парламентские дебаты на этот счет совершенно ясно свидетельствуют об этом.

Однако эти аргументы могут быть опровергнуты. Первое возражение: вполне обоснованно ссылаться на французскую концепцию европейской интеграции во имя университетского и доктринального академизма, который мы представляем. Кроме того, в юридическом плане задействованный конституционный принцип – совместное осуществление полномочий – при условии, что он находит соответствие ему в рамках Союза, ни в коем случае не может представлять собой принципиальное препятствие. Что касается второго возражения, то оно несостоятельно: хотя намерение учредителя (сформулированное в ходе дебатов) и представляет собой неоспоримый источник толкования, тем не менее судья не связан им; оно действительно только как дополнительный источник судейского обоснования.

Что касается доктрины, то она еще менее «связывающая». Юрист придерживается только нормы и ее систематики в правовом мире. Тем не менее ст. 88-1 представляет собой концептуальную систему. Со строго методологической, нормативистской точки зрения мы не можем сделать политический дискурс зависимым или противопоставить ему законность нашего объекта. Установленная норма ускользает и должна ускользать от своих создателей, которые часто используют инструментальный подход, потому что это результат политической позиции. Мы не можем подчиниться политическим предписаниям, если только не бросим вызов всей посткельзенской теории права, которой мы придерживаемся.

Вернемся к совместному осуществлению полномочий. Система полномочий Союза, сколь бы сложной она ни была и как бы ни разъяснялась в ст. 3 и последующих статьях Договора о функционировании Европейского Союза, в конечном итоге характеризуется унитарным характером и природой. Вопрос о том, являются ли эти полномочия исключительными или общими, в конечном итоге остается второстепенным. В любом случае – как в политическом, так и в правовом плане – они являются плодом общей воли государств, выраженной в соответствии с известными процедурами, существующими в директивных органах Союза, и в частности в Европейском совете.

Инструменты формализации и выражения, на которых основано совместное осуществление полномочий, известны. Прежде всего это принцип субсидиарности, безусловно, способствующий определению уровня осуществления совместного полномочия, а также обнародование мотиваций действий Союза, которые всегда очень помогают понять глубинное политическое значение этого правила. Будучи в своей основе политической, субсидиарность – это не что иное, как операционная концепция, позволя-

ющая государствам выбирать между своими собственными и общими интересами; иными словами, что они решают делать вместе, основываясь на европейской политике и стандартах, установленных на уровне Союза.

С точки зрения устройства именно Совет является ключевым органом для совместного осуществления государственных полномочий, возложенных на Союз. К этому следует добавить, но мы не будем вдаваться в эти подробности, весь процесс внутри- и межгосударственного (техничко-административного) согласования как подготовительного этапа принятия решений.

С процедурной точки зрения организация голосования традиционно является ключевым элементом анализа. Квалифицированное большинство голосов, таким образом, является высшим признаком специфики Союза, архетипом интегративной модели. Аргумент вполне обоснован. Совместное осуществление полномочий не означает *ipso jure* их единодушное осуществление, поскольку общие интересы не совпадают с интересами отдельных государств или в рамках хорошо понимаемой на национальном уровне коллективной геометрии. Тот факт, что государства голосуют лишь в 10 процентах случаев и на практике прибегают к консенсусу (который также не является единодушным), не может отменить вышеизложенное. С одной стороны, это всего лишь политическая практика, а не результат применения нормы, с другой стороны, неясно, каким образом консенсус изменяет осуществление, даже совместное, этих государственных полномочий. Что касается обращения к единодушию, то мы увидим, что специфическая особенность этого совместного осуществления не ставит под сомнение общую природу Союза.

Мы полагаем, что особенность Европейского Союза заключается в этом особом способе реализации переданных ему государственных полномочий. От других категорий международных правительственных организаций его отличает не столько аккумулятивное полномочий, их объем и многополярность, сколько способы их реализации. Это то, как государства-члены экспериментируют на протяжении последних шестидесяти лет. Таким образом, они сталкиваются не столько с лишением национальных полномочий, сколько с новым проявлением совместного суверенитета, воплощенным в концепции совместного осуществления полномочий.

В этом проявляется изменение характера действий государства, и это своего рода пари, ставка, поэтому в основе лежит несовместимое: разделение государственной власти, которая по своей суверенной природе противостоит любой форме регулирования, корректировки, даже если это происходит во имя добровольно задуманного общего интереса в масштабах Союза. Если мы примем наши предыдущие гипотезы как теоретически допустимые, не сказать верные, то мы должны измерить их значимость в целях их проверки.

Идентичность Союза заключается в его специфике. С правовой точки зрения это должно быть понятно с учетом предложенной квалификации, а именно совместного осуществления полномочий. Однако эта квалификация не должна иметь только одно квалификационное достоинство, своего

рода «правовую косметику», которая была бы чисто внешней. Весь вопрос, на наш взгляд, состоит в том, чтобы узнать, имеет ли смысл обращение к этой концепции, позволяет ли это по-новому понять такие важные вопросы, как природа полномочий Союза, верховенство его права, своеобразие политического аппарата. Кроме того, можем ли мы сделать ставку на экзогенную значимость этой концепции в качестве объяснительного критерия для других интеграционных явлений, которые будут основаны на идентичных правовых источниках? Ответ кажется нам положительным при изучении местных интеграционных или институциональных явлений, которые мы наблюдали во Франции в течение десятилетия и которые характеризуются как раз совместным осуществлением полномочий, изначально принадлежавших автономным образованиям, вынужденным разыгрывать карту объединения.

В эндогенном плане вопрос о компетенции Союза представляет собой узловую точку для размышления. Речь идет о двух аспектах, непонятным образом связанных между собой: присвоение полномочий и, конечно, их осуществление. Однако подход к этому вопросу с точки зрения их специфики и, следовательно, их совместного осуществления открывает если не новое, то, по крайней мере, иное окно для анализа.

Говоря более конкретно, нельзя не отметить, что присвоение полномочий Союзу каким-то образом изменило государственный характер этих полномочий. Конечно, автором акта будет Союз, но государственная сущность полномочий ни в коем случае не будет нарушена. Что будет изменено, так это способ их осуществления, а именно – совместно. С другой стороны, когда полномочия передаются институтам Союза, в которых государства не могут выразить свою общую волю, наблюдается полное лишение права на совместное их осуществление. Так происходит, в частности, в случае с евро, поскольку центральному банку предоставлены все полномочия как с материальной, так и с процедурной точки зрения.

И этот момент следует рассматривать в широком смысле, поскольку экономический анализ зоны евро показывает, что она никоим образом не подпадает под интегрированный монетарный федерализм, сопоставимый с американской валютной зоной. Напомним в этой связи, и в этом существенная разница, что Федеральный банк имеет право создавать валюту в интересах именно федерального правительства. В этом отношении Конституция Германии наиболее информативна, поскольку в ней термин «передача полномочий» специально используется в отношении евро.

Хотя уместность термина «передача полномочий» может обсуждаться в тех случаях, когда государства предоставляют правовые возможности для действий Союзу, что, как представляется, влечет за собой лишение права собственности на суверенитет. В то же время нельзя признать, что такие полномочия, предусмотренные в правовой системе Союза, утратили этот государственный характер. Именно это утверждает Суд с 1964 г., именно это подтверждено в заключении 2/13. Другими словами, сообщество государств-членов решило объединить свои компетенции, чтобы коллективно реализовывать их на более широком пространстве Союза. По сути это лишь

вместилище суверенных прав, увеличивающее способность государств к действию. Именно по этой причине передача полномочий в правовом плане может рассматриваться только в рамках, определенных ст. 5 Договора о Европейском Союзе, как и не может быть предусмотрено, чтобы эти полномочия на институциональном уровне осуществлялись иным образом, чем Советами и Европейским парламентом.

Конечно, можно было бы возразить, что во всех областях, в которых Европейская комиссия взяла на себя ответственность за действия вместо государств (например, политика в области конкуренции), происходит смещение в пользу независимого органа Союза. Но при этом следует отметить, что эти экономические компетенции были предоставлены государствами, а также что Совет, в частности, обладает полномочиями руководить работой Комиссии посредством правил, которые он сам принимает. В любом случае вопрос об эффективном осуществлении полномочий пока не меняет их государственного характера, их объединения и, следовательно, совместного осуществления.

То же относится и к укреплению сотрудничества в различных областях, поскольку границы действия не влияют на порядок совместных мероприятий. Кроме того, правовое обрамление, предусмотренное Договором, т. е. то, в котором содержится или осуществляется усиленное сотрудничество (не ставящее под сомнение ни гражданство, ни верховенство права, ни принцип недискриминации...), является проявлением воли сохранить это общее интеграционное объединение.

Как мы отметили, понятие совместного осуществления полномочий органически кристаллизуется в деятельности Совета министров. Что касается Европейского совета, то этот вопрос является более деликатным с правовой точки зрения, поскольку решения этого органа являются неправовыми, за исключением вопросов общей внешней политики и политики безопасности (PESC) и вопросов общей политики безопасности и обороны (PSDC). В таком случае возразим: разве государства не осуществляют свои полномочия совместно? Мы так не думаем по двум взаимосвязанным причинам. Первая касается правовой основы общей политики безопасности и обороны, обозначенной в Договоре о Европейском Союзе, но не в Договоре о функционировании Европейского Союза, который является собственно основой интеграции. Вторая причина связана с тем, что Союзу в вопросах PESC-PSDC не было предоставлено никаких полномочий. Европейский совет с этой точки зрения является центром коллективных действий государств, использование же единогласия представляет собой процедурное проявление этих действий.

Это свидетельствует не об изменении характера государственных полномочий и тем более не об их исчезновении, а о беспрецедентном способе их осуществления (восстановления/усиления) самими государствами – членами ЕС в ограничивающих институциональных рамках Союза. Вопрос о порядке голосования в Совете с этой точки зрения не имеет никакого значения. Квалифицированное большинство голосов не может рассматриваться как своеобразный индикатор идентичности Союза, поскольку этот технический способ принятия решений встречается и в других межправи-

тельствственных организациях. Впрочем, в том числе и в праве Союза, именно консенсус является нормой, тем самым подтверждая, что государства хорошо осознают, что полномочия, которые они осуществляют в рамках Союза, действительно принадлежат им.

Следовательно, Европейский Союз нельзя рассматривать как сумму, как сложение трех элементов: Союз, государства, сочетание двух. В этом случае $1 + 1 + 1 = 3$. Мы бы предпочли совсем другую арифметику: 1 (ЕС) + 1 (государства-члены) = 1 (общие полномочия, совместное их осуществление). Подобно рождению человека, 1 (мужская гамета) + 1 (женская гамета) = 1 (человек).

С этой точки зрения как предсказуемое следствие изложенного весь вопрос верховенства права Союза может подлежать совершенно иному юридическому толкованию. Если признать, что полномочия Союза являются только государственными полномочиями, что их осуществление реализуется совместно путем тонкой политической игры, компромисса и равновесия, но без изменения характера этих полномочий, то следует признать также, что принятая (совместно) европейская правовая норма должна рассматриваться исключительно с точки зрения такого осуществления полномочий. Понятно, что создатель нормы переместился.

Проблема несовместимости внутригосударственного права с правом Союза, рассматриваемая с точки зрения верховенства в качестве способа разрешения коллизий норм, фигура пирамиды и иерархии которых требует довольно грубой и окончательной концепции соотношения систем, может быть разрешена проще. Внутренняя норма, противоречащая законодательству Союза, неприменима с юридической точки зрения, потому что на самом деле она принята некомпетентным (национальным) органом. Таким образом, верховенство рассматривается с точки зрения некомпетентности разработчика акта. Законодатель, регламентирующая власть, представленные иначе, не могут вмешиваться в сферу, которая им не принадлежит или больше не принадлежит. Осуществление полномочия – полномочие создателя акта – является в рамках Союза объединением европеизированных государственных действий.

Сравнение норм в рамках контроля за верховенством в конечном счете служит лишь для того, чтобы полностью подтвердить, что европейская норма является продуктом объединенной власти (ЕС) и, следовательно, не может в силу принципа передачи прав быть законно произведенной национальным органом, лишенным права действия. Государства, если быть полностью логичным, потому и не могут оказывать никакого сопротивления – и в особенности политического – преобладающему применению права Союза, поскольку именно они осуществляют свои собственные полномочия, но в той области и на том территориальном пространстве, которые больше не подпадают под их индивидуальные действия.

В экзогенном аспекте задача нашего исследования состоит в том, чтобы узнать, является ли понятие совместного осуществления, отличающее и юридически идентифицирующее Союз, «экспортируемым», воспроизводимым. Мы уверены, что это так, и ограничимся двумя примерами.

Первый – французский пример межобщинных отношений. Ранее мы подробно обсуждали эти вопросы [Monjal, P.-Y., 2010]³³, и сейчас ограничимся напоминанием о том, что коммунитаризация локальных территорий, которая реализуется через общины муниципалитетов, агломераций, городов..., принимает юридическую форму общественных учреждений межмуниципального сотрудничества (Etablissement public de coopération intercommunale – EPCI). Однако эти EPCI, природу которых трудно определить доктринально (в промежутке между местными органами власти и государственными учреждениями), основаны на передаче муниципальных полномочий, осуществляемых совместно мэрами в рамках общинных организаций. По существу полномочия в основном носят экономический характер для достижения экономической, промышленной и социальной интеграции в свете привлекательности ныне конкурирующих территорий. Природу EPCI, таким образом, можно охарактеризовать как местный феде- рализм.

Французское право будет более эффективным, чем право Союза, если предусмотрит в будущем НАШЕМ законе возможность для EPCI превратиться в новую коммуну, т. е. в орган местной власти. Впрочем, отношения между коммуна-ми-членами и их EPCI переместились на территорию, близкую унионистам. В самом деле: не противоречат ли эти передачи полномочий местным властям, с согласия мэров, но в соответствии с законом, ст. 72 Конституции, касающейся принципа свободного самоуправления административно-территориальных образований? Не прослеживается ли здесь связь между европейским порядком и ст. 88-1 Конституции в интерпретации Конституционного Совета относительно проблематики соблюдения конституционной идентичности?

Другой пример касается пресловутых Сообществ университетов и учреждений (COMUE). В основе их деятельности – процесс передачи полномочий, объединения и совместных действий в рамках этих COMUE; полномочия, первоначально приписываемые университетам. Именно этот новый способ действий ставит во Франции ранее неизвестные вопросы, настолько он далек от присущей нам президентской и авторитарной политической культуры.

Обсуждение и заключение

Во-первых: идентичность Союза, таким образом, может быть раскрыта путем обращения к понятию специфичности, которое, в свою очередь, необходимо определить с правовой точки зрения. Обращение к динамике совместного осуществления полномочий, составляющего ядро, жизненно важную ДНК Союза, представляет собой точку входа как конститутивного характера (квалифицировать факт, предложить/задать понятие), так и по-

³³ См. также : La France intercommunale : La communautarisation des territoires locaux (sous notre direction), actes du colloque de Marne (avril 2011). l'Harmattan, 2013 ; La France est une République indivisible... Son organisation est intercommunale // RRJ-DP (Revue de la recherche juridique – droit prospectif). 2012. No. 2. P. 809–853.

яснительного. Эти немногие направления, которые мы пытаемся отразить, представляют собой теоретическое размышление, показывающее, что нынешняя европейская доктрина должна предпринять, чтобы присвоить свой объект, а не оставить его бездействующим, чтобы определиться со своим объектом, а не оставить его невостребованным. Мы убеждены в том, что есть место для европейской неоинтеграционной школы, призванной закрепить драгоценное наследие наших предшественников и, таким образом, сообща сделать его процветающим.

Во-вторых: мы убеждены, что Европейский Союз представляет собой уникальный, специфический правовой и политический объект. Государства-члены окончательно отказались от федеральной (государственного типа) формы Европейского Союза. Это решение невозможно принять в не-унитарном контексте действий государств-членов.

В-третьих: Европейский Союз не может быть сведен к «простой» межправительственной интеграционной организации, даже при том, что он многое заимствует из этой правовой категории. Он слишком специфичен в политическом, экономическом и правовом плане. Он – нечто иное, чем эта категория международного публичного права.

В-четвертых: концепция Европейского Союза варьируется в зависимости от правовых традиций государств-членов. Полагаем, мы показали, что доктрина Франции могла предложить теоретическую схему объяснения Союза именно с точки зрения своей собственной политической и правовой культуры. В связи с этим мы считаем, что концепция совместного осуществления полномочий является концептуальным правовым инструментом, объясняющим суть Европейского Союза. Но именно из-за того, что Франция имеет четко выстроенную, очень развитую концепцию национального суверенитета, она испытывает трудности с пониманием Европейского Союза, представляющего для нее политическое и символическое «насилие».

Список использованной литературы

Boukhari R. La qualification en droit international privé // Les cahiers de droit. 2010. Mars. Vol. 51, no. 1. P. 3–240.

Brunet P. Les juges européens au pays de valeurs // La vie des idées. Revue en ligne. 2009 Juin.

Deleuze G., Guattari F. Qu'est-ce que la philosophie? P. : Les éditions de minuit, 2001. 208 p.

Ehrenzweig Al.A. Characterization in the Conflict of Laws: An Unwelcome Addition to American Doctrine // XXth Century comparative and conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema / dir. K.H. Nadelmann, A.T. von Mehren, J.N. Hazard. Leyden : A.W. Sythoff, 1961. P. xv, 547.

Eisenmann Ch. Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique // Archives de philosophie du droit. 1966. No. 11. P. 25–43.

- English J. Le vocabulaire de Husserl. Ellipses, 2002. 189 p.
- Isaac G., Blanquet M. Droit général de l'Union européenne. LGDJ, 2018. 1036 p.
- Jacqué J.-P., Labayle H. Droit institutionnel de l'Union européenne. P. : Dalloz, 2015. 854 p.
- Juenger F.K. Choice of Law and Multistate Justice. Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1993. 265 p.
- La Barthe F. Les conflits de qualification. Éléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats // Les droits et le Droit. Dalloz : Mélanges en l'honneur de B. Bouloc, 2006. P. 539–541.
- Latournerie R. Sur un Lazare juridique; bulletin de santé de la notion de service public; agonie, convalescence ou jouvence // Conseil d'État. Études et documents. 1960. No. 14. P. 61–159.
- Leron N. La gouvernance constitutionnelle des juges // Thèse IEP de Paris. 2014. 29 Janvier. 446 p.
- Mitrany D. The functional theory of politics. N. Y. : St. Martin's Press, 1975. 294 p.
- Monjal P.-Y. Au fondement du droit communautaire : recherches doctrinales sur le concept de commun // Revue du droit public. 2007. No. 5. P. 1291.
- Monjal P.-Y. Droit européen des collectivités locales. LGDJ, 2010. 202 p.
- Monjal P.-Y. Le commun dans l'Union européenne. Bruylant, 2008.
- Monjal P.-Y. La fonction juridique suspensive du principe de solidarité. La portée neutralisante d'un principe social dans l'environnement concurrentiel européen // Revue du droit de l'Union Européenne. 2013. No. 1. P. 7–52.
- Morin E. Introduction à la pensée complexe. P. : Le Seuil, 2005. 158 p.
- Potvin-Solis L. Les valeurs communes dans l'Union européenne. Bruxelles : Bruylant, 2014. 444 p.
- Terré F. Retour sur la qualification // La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet. P. : Petites Affiches, 2004. P. 419–432.

References

- Boukhari, R., 2010. La qualification en droit international privé. *Les cahiers de droit*, Mars, 51(1), pp. 3–240.
- Brunet, P., 2009. Les juges européens au pays de valeurs. *La vie des idées. Revue en ligne*, Juin.
- Deleuze, G. and Guattari, F., 2001. *Qu'est-ce que la philosophie?* Paris: Les éditions de minuit.

- Ehrenzweig, Al.A., 1961. Characterization in the Conflict of Laws: An Unwelcome Addition to American Doctrine. In: K.H. Nadelmann, A.T. von Mehren, J.N. Hazard, dir. *XXth Century comparative and conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*. Leyden: A.W. Sythoff. Pp. xv, 547.
- Eisenmann, Ch., 1966. Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique. *Archives de philosophie du droit*, 11, pp. 25–43.
- English, J., 2002. *Le vocabulaire de Husserl*. Ellipses.
- Isaac, G. and Blanquet, M., 2018. *Droit général de l'Union européenne*. LGDJ.
- Jacqué, J.-P. and Labayle, H., 2015. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Paris: Dalloz.
- Juenger, F.K., 1993. *Choice of Law and Multistate Justice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- La Barthe, F., 2006. Les conflits de qualification. Éléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats. *Les droits et le Droit*. Dalloz: Mélanges en l'honneur de B. Bouloc. P. 539–541.
- Latournerie, R., 1960. Sur un Lazare juridique; bulletin de santé de la notion de service public; agonie, convalescence ou jouvence. *Conseil d'État. Études et documents*, 14, pp. 61–159.
- Leron, N., 2014. La gouvernance constitutionnelle des juges. *Thèse IEP de Paris*, 29 Janvier.
- Mitrany, D., 1975. *The functional theory of politics*. New York: St. Martin's Press.
- Monjal, P.-Y., 2008. *Le commun dans l'Union européenne*. Bruylant.
- Monjal, P.-Y., 2013. La fonction juridique suspensive du principe de solidarité. La portée neutralisante d'un principe social dans l'environnement concurrentiel européen. *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1, pp. 7–52.
- Monjal, P.-Y., 2010. *Droit européen des collectivités locales*. LGDJ.
- Monjal, P.-Y., 2007. Au fondement du droit communautaire: recherches doctrinales sur le concept de commun. *Revue du droit public*, 5, p. 1291.
- Morin, E., 2005. *Introduction à la pensée complexe*. Paris: Le Seuil. 158 p.
- Potvin-Solis, L., 2014. *Les valeurs communes dans l'Union européenne*. Bruxelles: Bruylant.
- Terré, F., 2004. Retour sur la qualification. *La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*. Paris: Petites Affiches. P. 419–432.

Информация об авторе / Information about the author

Монжаль Пьер-Ив, профессор публичного права Университета г. Тур (Франция), Европейская кафедра имени Жан-Моне, Директор программы NihonEuropA, содиректор Института юридических междисциплинарных исследований г. Тур, содиректор Журнала права Европейского Союза, бывший Советник юридической службы Министерства экономики, бывший Советник латышских и немецких судей в Суде Европейского Союза

Pierre-Yves Monjal, Professor of Public Law at the University of Tours (France), Jean-Monnet European Chair, NihonEuropA Programme Director, Co-director of the Institute for Interdisciplinary Legal Studies (city of Tours), Co-director of the Journal of European Union Law, Former Legal Adviser, Ministry of Economic Affairs, Former Adviser to Latvian and German Judges at the Court of Justice of the European Union.

E-mail: pymonjal@mac.com

UDC 34.01

DOI: 10.37399/2686-9241.2020.4.109-130

Legal State is the Goal of the Rule of Law

Valentin V. Ershov*Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation**For correspondence: evv@rsuj.ru***Abstract**

Introduction. The term “legal state” can be found in numerous international and national legal instruments, as well as in the works of contemporary scholars and scholars of previous generations. This word combination is widely used by politicians and lawyers. Its various applications dictate the need for a definition of the essence of the “rule of law” and its manifestations.

Theoretical Basis. Methods. From the position of scientifically grounded concept of integrative legal understanding, according to which only principles and norms of law contained in a single, multilevel and developing system of national and international law forms implemented in the state, the article concludes that it is theoretically debatable that in the special literature, international and national legal documents and legal acts two separate concepts of “rule of law” and “legal state” exist.

Results. The notion of the rule of law has a long history of development. In the relevant context, the concept appeared as early as in the writings of Plato and Aristotle. At present, there are also many scientific works devoted to the study of this issue, which is still relevant. The article analyses the notion of the “rule of law” from the perspective of legal positivism as well as the scientifically grounded and scientifically debatable concept of integrative legal understanding. Based on the results of the study, the author concludes that the concept of “the rule of law” has evolved in different historical epochs under the influence of social, economic factors, emerging scientific views, but is still incomplete. From the perspective of the scientifically based concept of an integrative legal understanding, the author believes that it is theoretically more reasonable to view the rule of law as the goal of regulating legal relations in a legal state, self-limited not only by “internal” law, but also limited by “external” law.

Discussion and Conclusion. Concepts of the rule of law according to the types of legal understanding of the researchers can be classified into concepts developed on the basis of: legal positivism (‘thin’ concepts; scientifically debatable concepts of integrative legal understanding, arguably synthesising both the right and the wrong); scientifically substantiated concepts of integrative legal understanding. According to the latter approach, a valid legal state is not only self-limited by “internal” law, but is also limited by “external” law, and theoretically more precisely by the principles and norms of law contained in a single, evolving and multilevel system of national and international law forms.

Keywords: legal state, rule of law, legal positivism, integrative approach, legal understanding, legal norm, principle of law, system of law, national law, international law, system of legal forms, sources of law, dialectic

For citation: Ershov, V.V., 2020. Legal State is the Goal of the Rule of Law. *Pravosudie/Justice*, 2(4), pp. 109–130. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.109-130

Правовое государство – цель верховенства права

В.В. Ершов

*Российский государственный университет правосудия, г. Москва,
Российская Федерация*
evv@rsuj.ru

Аннотация

Введение. Термин «правовое государство» содержится в многочисленных международных и национальных правовых актах, а также в трудах как современных ученых, так и ученых предыдущих поколений. Это словосочетание активно используют политики и юристы. Разнообразные сферы его применения диктуют необходимость обращения к определению сущности «верховенства права» и форм его проявления.

Теоретические основы. Методы. В статье с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, согласно которой в системе права синтезируются только принципы и нормы права, содержащиеся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве, сделан вывод о теоретической дискуссионности существования в специальной литературе, международных и национальных правовых документах и правовых актах двух отдельных концепций «верховенства права» и «правового государства».

Результаты исследования. Понятие «верховенство права» имеет длительную историю развития. В соответствующем контексте данное понятие появилось еще в трудах Платона и Аристотеля. В настоящее время также немало трудов ученых посвящено исследованию этой, не теряющей своей актуальности проблемы. В статье анализируется понятие «верховенство права» с позиций юридического позитивизма, а также научно обоснованной и научно дискуссионных концепций интегративного правопонимания. На основании результатов исследования автор статьи приходит к выводу, что концепция «верховенство права» развивалась в разные исторические эпохи под воздействием социальных, экономических факторов, складывающихся научных воззрений, однако по-прежнему является незавершенной. С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания автор считает, что теоретически более обоснованно рассматривать верховенство права как цель регулирования правоотношений в правовом государстве, самоограниченном не только «внутренним» правом, но и ограниченном «внешним» правом.

Обсуждение и заключение. Концепции правового государства согласно типам правопонимания исследователей можно классифицировать на концепции, разработанные на основе: юридического позитивизма («тонкие» концепции; научно дискуссионные концепции интегративного правопонимания, спорно синтезирующие как право, так и неправо); научно обоснованной концепции интегративного правопонимания. Согласно последнему подходу действительное правовое государство не только самоограничено «внутренним», но и ограничено «внешним» правом, а теоретически точнее – принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и международного права.

Ключевые слова: правовое государство, верховенство права, юридический позитивизм, интегративный подход, правопонимание, норма права, принцип права, система права, национальное право, международное право, система форм права, источники права, диалектика

Для цитирования: Ершов В.В. Правовое государство – цель верховенства права // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 4. С. 109–130. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.109-130

The term “rule of law” is contained in numerous international and national instruments. The word combination is actively used by politicians and lawyers. Referring to the definition of the essence of “the rule of law” and its forms of expression dictates its diverse scope.

In the appropriate context, this concept appeared with Plato and Aristotle, and then was further developed by Christian philosophers. For example, Aristotle contrasted the rule of law with the supremacy of an individual, and Thomas Aquinas saw it as a complex concept, including a number of legal and institutional instruments “to protect citizens from the power of the state” [Bedner, A., 2010, p. 50]. The more interesting it is to address the analysis of the concept of “the rule of law” from the standpoint of legal positivism, as well as scientifically substantiated and scientifically discussed concepts of integrative legal understanding.

The concept of the rule of law in England has been shaped by common law courts since the XIII century. For example, during the reign of Henry II, H. Bracton believed that the king “...must obey God and the law, because the law creates a king” [Lafitsky, V.I., 2010, p. 340]. Later, this position, formed around 1260, found its development in the decisions of the common law courts. For example, in the Bonham’s case (1610) Judge E. Coke concluded that “acts of the British Parliament may be invalidated by the courts if they contravene general rights and common sense or if they are disgusting and unenforceable” [Berger, R., 1969].

M. Kryger argued: “In accordance with the common law tradition, it has been common practice for many years to consider that ‘from ancient times, the collection of unwritten covenants and customs’ was the main source of law and the only way to confirm that a particular sentence is a common law norm, showing that it was always observed according to custom... The presence of another non-legislative source, namely, the decisions of the courts on specific cases submitted to them, testified in favour of this custom. This was the “common law” that supporters of the concept of the rule of law in the XVII century preferred to the orders of their king. Hence, “common law” is “a law formed by the established practice, a law not created by will, order or right of an autocrat, but restricting his rule, depriving him of the possibility to create arbitrariness... Of course... in the XVIII century... the law exceeded the customs of court life and even court decisions, becoming the main and increasingly powerful source of law also in cases of common law, by analogy with the rest of the world” [Kryger, M., 2013, pp. 473–474]. A.V. Dicey used the notion of “the rule of law” to establish restrictions imposed on the British government. “The rule of law,” he wrote, “remains a distinctive feature of the English constitution to this day. In England, no one can be punished or indemnified for any of their acts, unless they are expressly prohibited by law. The lawful rights and responsibilities of every citizen are invariably determined by the ordinary courts of the Realm, and the rights of every person are, to a much lesser extent, the result of our constitution than that on which the constitution is based [Dicey, A.V., 1915]. As a follow-up to this view, A.V. Dicey emphasized: “The legal positivism move-

ment developed by J. Bentham, J. Austin and others, according to which law is defined by the state, is essentially instrumentalist and in no way consistent with the concept of the rule of law" [Dicey, A.V., 1915].

The Anglo-American concept of the rule of law consists of two essential and interrelated components: the rule of law, expressed in the obligation of every citizen to obey the law; and the limitation of the power of government, which consists in its obligation to act within the law. According to the theory of public consent put forward by J. Locke, first of all, power is given to the government with the consent of the people. Secondly, the government's only goal is to protect the rights of citizens. If the government does not do so, citizens have the right to call such government to account¹. In this regard, according to the Anglo-American concept of the rule of law, the objectively existing citizens' rights limit the state power. At the same time, according to the continental concept of the rule of law, the government limits itself by granting citizens only positive rights.

The system of public authorities, in which each public authority would control other bodies, was designed to address these issues. Thus, James Madison wrote: "The best protection against the gradual concentration of several authorities in one agency is to provide those who manage the agency with the need for constitutional means and personal motives to counter the invasions of others... In other words, it is necessary to make sure that the ambitions of some oppose the ambitions of others. In the Declaration of Independence the founders of the USA established: Governments derive their just powers from the consent of the governed, the rights of citizens are primary, inalienable and not granted by the state, and the task of the state power is to protect the inalienable rights of citizens from invasions on them by the state itself and other persons".

Roscoe Pound – one of the most famous American lawyers in the middle of the XX century – presented the current law in this case as follows: "The statutes are inferior to the well-established skills of legal thinking, which we call common law. Judges and lawyers do not hesitate to argue that there are superconstitutional restrictions on the legislature that put common law dogmas beyond the reach of statutes" [Cited in: Carr, R.R., 1940, p. 17]. Neither the English nor the American version of the concept of the rule of law provides answers to the most important question: what is law? Is it legislation? Court practice or something else?

The Russian concept of the rule of law has gone through several stages in its development. In the initial period, according to a fair comment by T.Ya. Khabrieva, "...such totalitarian and eastern elements of state life as the "supreme right of the ruler" (imperium) are increasingly strengthened. Authoritarian forms of power organization are being strengthened, and quite developed forms of self-government, such as evening meetings, assemblies of the land, etc. are being forgotten. This breakthrough occurred during the reign of Ivan the Terrible. At this time, a new concept of autocratic, unconstrained tsarist

¹ U.S. Declaration of Independence.

power is being created. The imprint of Eastern traditions can also be found in later Russian history...” [Khabrieva, T.Ya., 2013, p. 99].

G.A. Gadzhiev called “a good constitution and judicial power, developing precedent in law” as prerequisites for the emergence of the Russian model of the concept of the rule of law [Gadzhiev, G.A., 2013, p. 226]. He rightly reminded that “...judicial law-making...existed in the second half of the XIX century due to the activity of the Governing Senate” [Gadzhiev, G.A., 2013, p. 223], but does not give arguments in favour of judicial law-making. In addition, G.A. Gadzhiev made a very characteristic conclusion: “The Russian judicial doctrine of the rule of law is at the very beginning of its formation, and develops taking into account the historically established legal tradition of the continental legal family” [Gadzhiev, G.A., 2013, p. 224].

These opinions do not provide clear answers to the main questions about the nature of the rule of law and its components.

In the study of the rule of law and legal state in the legal literature, the Eight Principles of Lon Fuller have traditionally been highlighted: 1) generality, 2) notice or publicity, 3) prospectivity, 4) clarity, 5) consistency, 6) conformability, 7) stability, 8) congruency [Fuller, L.L., 1969, pp. 33–38]. In his turn, K. Stern developed the principles of a legal state, which he limited only to the constitutional state. Among them, K. Stern singled out: 1) human dignity, freedom and equality, 2) control over state power, 3) legality, 4) legal protection, 5) compensation for damages, and 6) protection against abuse of power [Stern, K., 1984].

For all the importance of the names of the principles, they are the most general in nature and do not constitute law implemented in the state itself.

It seems that the notion of “the rule of law” provides for compliance with the law of any actions (inactions) of officials as well as national legal and individual acts of state and municipal authorities. However, in some countries the essence of the concept of “the rule of law” was identified as “rule by law”, “rule by the law”, or even “law by rules”, which enabled governments to commit authoritarian acts [Sharandin, Yu.A. and Kravchenko, D.V., 2013, p. 308].

In the report of the Venice Commission of 25–26 March 2011, the concept of “supremacy of law” is characterized by six very ambiguous and controversial features:

- legitimacy, including transparency, accountability and democracy in the process of passing laws;

- legal certainty;

- prevention of arbitrariness;

- access to justice carried out by an independent and impartial court, with judicial control over acts adopted in an administrative procedure;

- respect for human rights;

- non-discrimination and equality before the law (para. 41 of the Report) [Cited in: Sharandin, Yu.A. and Kravchenko, D.V., 2013, p. 308].

In its turn, the World Justice Project refers to the four “rule of law” attributes, but also formulates them only in their most general form:

- “1. The state apparatus and its officials and official representatives shall be subject to law.

2. Normative legal acts are clear and defined, are officially published, meet the requirements of stability and justice and are aimed at ensuring and protecting fundamental rights, including the protection of individuals and property.

3. The process of adoption, implementation and enforcement of normative legal acts is open, fair and rational.

4. Justice shall be administered by competent, highly moral and independent assessors or by a neutral person who has adequate resources and who reflects the structure of society..." [Cited in: Silkenat, J.R., 2013, p. 16].

When assessing this concept, it should be recognized that the World Justice Project organization rightly notes the need to "subordinate" the state power, its officials and representatives, as well as individuals and legal entities to law as a whole, and not only to the law. The weak point is the lack of a definition of law and its relationship to the law, which suggests that the concept of "the rule of law" needs further research.

The vulnerability of the World Justice Project definition of "the rule of law" did not prevent J.R. Silkenat from agreeing that the rule of law is a system of the four outlined principles. At the same time, the scholar recognized that "the rule of law is a constantly developing, 'living' principle... this principle is constantly evolving" [Silkenat, J.R., 2013, p. 15].

V.D. Zorkin referred both to the rule of law and legal state as "constitutional principles" [Zorkin, V.D., 2013, p. 20]. V.A. Vinogradov, who shares the idea of attributing the rule of law to the principles, believed that the "principle of the rule of law" consists of a whole set of "constitutional legal subprinciples" which they contain [Vinogradov, V.A., 2013, p. 376].

It seems that it is disputable to classify these categories as "principles of law". In my opinion, the fundamental (general) principles of national and/or international law, which are independent forms of national and/or international law, as well as special principles of national and/or international law contained in other forms of national and/or international law, are independent and primary legal regulators of legal relations as compared to the norms of law implemented in the state. With this theoretical approach, I believe that, first of all, it is debatable to refer to the rule of law as the principles of national and/or international law. Secondly, the law implemented in Russia is first of all objectified in the principles and norms of law contained not only in the Constitution as a fundamental act, but also in other types of national legal acts and other forms of national and/or international law.

According to G.A. Gadzhiev, "not only is the rule of law and legal state different from each other, but the rule of law does not exist (and cannot exist) as a universal, binding concept. This is most likely a... "family of interrelated concepts". To be more precise, a community of homogeneous but significantly different judicial doctrines... the rule of law in Russia develops primarily as a judicial doctrine with virtually passive participation of the legislator and the doctrine" [Gadzhiev, G.A., 2013, p. 214].

Traditionally, it is believed that the concept of the rule of law is most fully developed by A. Dicey in "The Basics of State Law in England", in which he

wrote: "No one shall be punished and made to pay in person or with his own wealth except for a certain violation of the law proven by ordinary legal means before the ordinary courts of the country... Residents are protected from the arbitrariness of power... (and) are subject to the laws, not whims... We have no one above the law... Every person, whatever his origin, is subject to the ordinary laws of the state and subject to the jurisdiction of ordinary courts... The Constitution is based on the rule of law, because the general principles of the Constitution... are the result of court decisions that define the rights of individuals in individual cases submitted to the courts... The most extraordinary powers which are given or authorized by the statutes cannot really be unlimited, as they depend on the expression of the act itself, and most importantly on the interpretation which the courts will give the statute..." [Dicey, A., 1905, pp. 209–210, 212, 216, 223, 400].

From the point of view of modern general law theory, it is unlikely that the conclusions about the rule of law that A. Dicey made can be recognized as an established doctrine, i. e. an established system of convincing and reliable scientific views that gained recognition. Certainly, for England of his time, his conclusions were a scientific breakthrough. However, modern law as a generic concept is expressed not only in the statutes he studied but also in other forms of both national and international law.

Lord Bingham in 2006, when analysing the first article of the UK Constitutional Reform Act 2005, which found that the Act could not adversely affect the "existing constitutional principle of the rule of law," reasonably noted: courts regularly refer to the rule of law but do not indicate what they mean by it [Bingham, L., 2007, pp. 67–85]. Therefore, many authors, for example, Raz, Finnis, Scklar, Waldron and Tamanaha, as L. Bingham says, doubt the meaning and value of this concept².

The Rule of Law Index, published annually by the World Justice Project, assesses the rule of law using the following indicators: 1) limited powers of the state apparatus; 2) absence of corruption; 3) order and security; 4) fundamental rights; 5) open government; 6) proper law enforcement; 7) civil litigation; 8) criminal litigation. In my opinion, these data "indicators" are very vague and could be applied to a variety of both legal and non-legal social phenomena.

The special literature draws attention to the interpretation of the rule of law by B.Z. Tamanaha. The rule of law, in his opinion, requires that officials and citizens are subject to and act in a mandatory manner on the basis of law. This basic requirement determines the establishment of a minimum set of attributes: law must be established in advance (apply to the future), be publicized, general, clear, stable, defined and apply to all. In the absence of these attributes, the rule of law is not recognized" [Tamanaha, B.Z., 2009, p. 3]. In our opinion, the "minimal set of features" of the rule of law proposed by B.Z. Tamanaha is not original. These "attributes" may refer equally to certain forms of national law (in particular, national legal acts or customs), as well as to international and national law in all its forms.

² Bingham L. The rule of law // The Cambridge Law Journal. 2007. Vol. 66. P. 67–85.

Both the above wording and other options suggest that experts view the concept of “the rule of law” as the opposite of arbitrariness. However, in this regard, the question remains: arbitrariness of which organs or persons?

M. Kryger reasonably noted: “...those writing about the rule of law often distinguish its ‘thin’ or ‘formal’ concepts, on the one hand, and ‘thick’, ‘essential’ or ‘material’ concepts, on the other. The former are limited to the formal properties of laws and legal institutions aimed at establishing the rule of law. The second require the inclusion of essential elements of the broader concept of an ideal society and state – democratic, with a market economy, respect for human rights or something similar” [Kryger, M., 2013, pp. 478–479]. According to Kryger, “modern legal scholars and analysts prefer the first path. They often even adopt... or expand... Lon Fuller’s eight well-known principles relating to what he himself called “the ethics of law,” in the sense that those principles were the defining characteristics of the rule of law, even if those lawyers did not agree with Fuller as to whether those principles were deservedly called moral and ethical. According to Fuller, these principles consisted in the fact that there must be some rules, which should be well-known, predictable, understandable, consistent, fundamentally feasible and stable enough – so that citizens could be guided by them in their actions – as well as implemented through methods that coincide with their conditions” [Kryger, M., 2013, p. 479].

Both “thin” and “thick” concepts of “the rule of law” appear to be theoretically debatable and practically ineffective, since they are limited to “the formal properties of laws and legal institutions aimed at forming the rule of law” or the inclusion of various social elements in the law – justice, human dignity, etc. I believe that as a result, such “blurring” of the right by the wrong can lead (and leads) to a variety of and even contradictory law enforcement (including judicial) practice, and, consequently, to the violation of rights and legal interests of individuals and legal entities [Ershov, V.V., 2013d].

Therefore, A.F. Cherdantsev and N.A. Vlasenko are right claiming the following: “From the point of view of ontology, we should not include into the concept of law diverse phenomena, although in some way related to each other. In this situation, law is deprived of ontological homogeneity, monolithic, and becomes an uncertain phenomenon” [Cherdantsev, A.F., 1999, p. 203; Vlasenko, N.A., 2014, p. 39]. From the point of view of ontology, based on the scientifically grounded concept of integrative understanding of law, it is theoretically more justified, and it is practically productive to recognize only homogeneous and only legal phenomena as “law” – first of all, principles and norms of law contained in the single, developing and multilevel system of forms of national and/or international law implemented in a state. As a result, law will be in continuous dialectical development from a lesser degree to a greater degree of its certainty.

For a long period of time, it was believed that “from the ancient times, the collection of unwritten covenants and customs... was the main source of law and the only way to confirm that a particular sentence is a common law norm, showing that it was observed according to custom ... In favour of this custom the presence of another non-legislative source evidenced, namely, the decisions

of the courts on specific cases... This was the ‘common law’ [Kryger, M., 2013, p. 473].

With the approval of legal positivism in the XVIII century, law began to be regarded as a product of the legislator, the “sovereign”. In this regard, M. Kryger wrote: “Shocked by this decline in the status of law, which previously had supremacy over the sovereign, and by what they ‘considered’ ‘arbitrariness’ towards themselves on the part of the sovereign British Parliament, American colonists first organized a revolution, and then applied a breakthrough innovation – a written constitution, binding on the legislator and regularly monitored by an independent Supreme Court, whose decisions over time also became binding on the legislator. This was an innovative way to rehabilitate a long-standing legal principle” [Kryger, M., 2013, p. 476]. And since, as M. Kryger rightly acknowledged, “...legislation has outweighed court customs and even court decisions, becoming the main and increasingly powerful source of law in common law countries as well...” [Kryger, M., 2013, p. 474], the essence of the rule of law is to subordinate the state to law [Palombella, D., 2013, p. 362].

The third paragraph of the Universal Declaration of Human Rights is rather significant in this regard: “Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law”³. The UN Secretary General explained this paragraph: “The rule of law is a core concept for the UN mission. It implies an organization of government in which all individuals, institutions, organizations, public and private, including the state itself, **are subject to the laws** (emphasis added. – V.E.), which, in turn, are subject to official publication, apply equally to all and are implemented by an independent court of law, and comply with international human rights standards and norms. It also requires ensuring implementation of the principles of priority of law, equality before the law, responsibility before the law, impartiality in law enforcement, separation of powers, participation of people in decision-making, legal certainty, prevention of arbitrariness, as well as procedural and legal transparency”⁴.

Reference is also made to the rule of law in the last preambular paragraph of the 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: “Being resolved, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of some of the rights stated in the Universal Declaration”.

The term “rule of law” is contained in many national constitutions, but in most of them “law” is limited to the “laws” adopted by the state’s law-making bodies.

The above-mentioned shows that the concept of “the rule of law” developed in different historical epochs under the influence of social, economic factors

³ <http://www.un.org.ru/documents/decl.conv/declarations/declhr.shtml>

⁴ The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: Report of the Secretary-General (S/2004/616). 23 August 2004, par III 6.

and emerging scientific views, but is still incomplete. What is needed is not a simple clarification, detailing or rethinking of the concept of “the rule of law”, but a substantial modernization, objectively suggesting the need for more in-depth theoretical research. From the point of view of the scientifically grounded concept of integrative understanding of the rule of law and taking into account the connection and interaction of these categories, I believe it is theoretically more reasonable to consider the regulation of legal relations in a legal state limited by domestic and international law as an objective. Other authors also pay attention to this connection. Thus, S.F. Udartsev and Zh.R. Temirbekov believe that “...the doctrines of the rule of law and legal state are **two variants of designation of the priority of law** (emphasis added. – V.E.), developing in different legal systems. The doctrine of the rule of law is a relatively more general expression of the place of law in society, and the doctrine of the rule of law is a relatively more private one, focused on determining the relationship between law and state, on programming the legitimacy and reasonable limitation (including self-limitation) of state activity as the main institution providing law-making and law enforcement” [Udartsev, S.F. and Temirbekov, Zh.R., 2015, p. 16].

Addressing the notion of “legal state” requires a definition of its scope, its constituent elements and nature.

For the first time, the notion of “legal state”, as the researchers believe [Vinogradov, V.A., 2013, p. 373; Tidemann, P., 2013, p. 272], appeared in the work of Carl Welcker: he introduced these concepts to denote a state governed by the rational (general manifestation of will) [Welcker, C.T., 1813]. This understanding was interpreted by P. Tidemann: “**Initially, the meaning and function of the Rechtsstaat principle was to preserve and protect individual freedoms through positive law**” [Tidemann, P., 2013, p. 272] (emphasis added. – V. E.).

Following Welcker in the same XIX century, the rule of law attracted the attention of Robert von Mohl, who considered the goal of a legal state as a source of “law” ordering people’s lives [Mohl, R., 1832]. Comparing it with other types of states – Machstaat (a state of power) or Polizeistaat (a police state), which could manage people without law – R. von Mohl deduced the following wording: “a legal state” can be considered as a state limited, at least, by its own principles and norms of law.

This approach is based, among other things, on the definition of a legal state developed by I. Kant.

I. Kant is traditionally recognized by most researchers as the founder of the legal concept of a legal state. As G.A. Gadzhiev emphasized, “**Kant cared more about the problems of the structure of state power, not the individual, so this concept is called a legal state**” [Gadzhiev, G.A., 2013, p. 215] (emphasis added. – V.E.).

As I. Kant believed, the fundamental principles of a state governed by fair laws are the freedom of every member of society as a human being, the equality of a person with other people as a subject, and the independence of every member of society as a citizen [Kant, I., 1793]. Such a state must involve citizens in

the process of creating laws, both directly and through their representatives; as a result, they will only have to comply with laws that they have chosen for themselves [Kant, I., 1793, pp. 46–48]. Thus, I. Kant defined the state as an association of many people according to the laws of justice, i. e. in essence as a “lawful” state.

After the French Revolution of 1848, views on the legal state changed: the prevailing view was that the “legal state” had nothing to do with the purpose of the state, but only with the methods and means of its implementation [Stahl, F.J., 1856, p. 137]. R. Grote summed up these views: “The end of the XIX century witnessed a gradual transformation of the Rechtsstaat concept into the principle of legality in its purest form” [Grote, R., 2013, p. 241]. And now many authors believe that “...the Rechtsstaat concept has become a constitutional principle of state management, which includes such fundamental organizational principles as the principle of separation of powers, the possibility of judicial review by the German Constitutional Court... as well as the principles of legality, fair procedure, legal certainty and proportionality” [Nedzel, N.E., 2013, p. 122].

In France, the concept of the legal state (*Etat de droit*) was developed on the basis of the embodiment of a single will (*volonté générale*), researched by J.-J. Rousseau. As it was believed by J. Gicquel and J.-E. Gicquel, a common will and respect for the Constitution result in “**good governance, or a legal state**” (emphasis added. – V.E.), under the shadow of which citizens are protected from arbitrary rule [Gicquel, J. and Gicquel, J.-E., 2011, p. 11].

According to the French legal doctrine of the time, the state, as Montesquieu wrote, “...is a society where there are laws” [Montesquieu, 1758, p. 268]. Later, F. Gélina made a convincing conclusion: “the semantic content of the concept of ‘legal state’... is partly reduced to the concept of just ‘state’ until it was not associated in modern legal doctrine with the constitutional control of laws introduced by the 1958 Constitution” [Gélina, F., 2013, p. 274].

Thus, a study of German and French doctrine shows that the concept of the “legal state” in Germany and France has undergone significant changes over the course of several centuries and has now become very flexible and overly uncertain.

In Italy, a special study by G. Sartori was devoted to the problems of the legal state. In his view, “**the true essence of the legal state (*stato di diritto*) is the self-subordination of the state to its own law; in case of ‘the rule of law’, the state is subject to law that is not its own**” [Sartori, G., 1964, p. 311] (emphasis added. – V.E.).

The stated point of view causes a number of principal clarifications and objections. First, from the point of view of scientifically grounded concept of integrative understanding it seems theoretically more reasonable to conditionally distinguish the law of “external” in relation to the state, for example, fundamental (general) principles of international law, and the law of “internal”, “proper” (in particular, internal legal acts), operating in a single and multilevel system. Second, the given theoretical approach does not monopolize the process of law-making by the state, and the real true essence of the modern legal

state, in my opinion, is expressed in subordination of the state both to the “external” law and to the “internal” law. Third, the very existence of two separate concepts – “rule of law” and “legal state” – seems theoretically debatable. It is no coincidence, I believe, that in special literature and in many international documents the concepts “rule of law” and “legal state” are often not differentiated. It is no coincidence, I believe, that in special literature and in many international documents the concepts “rule of law” and “legal state” are often not discriminated and are even shown identical. Thus, in the text of the 2009 report of the European Commission for Democracy through Law “The Rule of Law and the Rechtsstaat” it was noted that these two doctrines overlap to a large extent and cannot be easily separated from each other, pursuing common goals to prevent arbitrary state actions⁵.

In Russia, among the specialists who studied the issues of the legal state, I will name first of all V.M. Gessen, F.F. Kokoshin, S.A. Kotlyarevsky, N.I. Palienko and B.N. Chicherin. Thus, V.M. Gessen, following German and French scientists, recognized a state as a legal state if it “in its activities, in the exercise of governmental and judicial functions is limited and bound by law, stands under the law and not outside and above it” [Hessen, V.M., 1917, p. 1]. Later, V.M. Gessen specified this understanding of a legal state: “... only a constitutional state can be a legal state” [Hessen, V.M., 1917, p. 1], and stressed at the same time that **“the implementation of the constitutional principles by the basic laws, being necessary, is not a sufficient condition for a legal state”** (emphasis added. – V.E.). In development of this provision, the scientist put forward a number of criteria: “The rule of law in the state life of the country suggests and requires a consistent and strict implementation of the beginning of the subjugation of government power. The presence of super-legal powers of the head of state – the right of dispensation, the right to issue exclusive decrees – contradicts the essence of the legal state. On the other hand, not only constitutional but also administrative reform is necessary for the state to be recognized as legal. There is a need for administrative legislation that minimizes the discretionary nature of government authority as far as possible; legislation that, while imposing duties on the authorities, gives citizens subjective public rights corresponding to those duties. Finally, without a system of legal guarantees ensuring the inviolability of public rights, there is no and cannot be a legal state. In particular, administrative justice – a kind of organization of judicial (rather than administrative) power, the purpose of which is to protect subjective public rights by abolishing an illegal administrative order – is the cornerstone of a legal state [Hessen, V.M., 1917].

B.N. Chicherin developed the concept of “protective liberalism” from the position of strong but democratic state power. He expressed the essence of this concept with the formula “liberal measures and strong power”: “Liberal measures representing independent activity to society, ensuring the rights and per-

⁵ Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session. Venice, 25–26 March 2011.

sonality of citizens”; **“strong power, guardian of state unity, binding and restraining society, protecting order, strictly supervising the execution of laws... a reasonable force that will be able to defend public interests...”** [Chicherin, B.N., 1862] (emphasis added. – V.E.).

In his “Lectures on the General Theory of Law”, N.M. Korkunov addressed the problem of the legal state: “Anyone who has power tends to abuse it; he always extends his power as far as he can. Therefore, to eliminate arbitrariness, it is necessary to divide power among different institutions so that the power of one stops and holds back the power of another” [Korkunov, N.M., 2003, p. 322].

S.F. Udartsev and J.R. Temirbekov note the internal evolution of the content of the term “legal state” from a state where “acts of law rule” to a legal state that provides real legal protection (“Rechtsschutzstaat”) and a “state of justice” (“Justizstaat”), a state with legal legislation, with “legal power”, i. e. limited by law, as a “rational” state [Udartsev, S.F. and Temirbekov, Zh.R., 2015, p. 15].

This evolution is reflected in the constitutional provisions of European states. In modern Europe, the term “legal state” at the constitutional level is usually denoted through its essential attributes. In the preamble to the Constitution of Portugal of 1967, Article 3 of which was characterized by the words “Sovereignty and legality”, according to part 2, “the State is **subject to the Constitution and is based on democratic legality**”⁶ (emphasis added. – V.E.). In the preamble to the Spanish Constitution of 1978, the establishment of the legal state was defined as one of the objectives of the State; part 2 of Article 9 of the Spanish Constitution “**guarantees the principle of legality...**”⁷ (emphasis added. – V.E.). Part 3 of Article 20 of the Basic Law of Germany of 1949 contains a more complex formulation: “Legislation is bound by the constitutional order, **executive power and justice – by the law and law**”⁸ (emphasis added. – V.E.). Finally, the Union Constitution of the Swiss Confederation contains Article 5 “Principles of the operation of the legal state”, according to which the basis and limit of state action is not “the law” or “the law and law”, but “law” as a generic concept⁹. As we can see, a single European doctrine of the legal state has not found its consolidation in the constitutions of modern European states.

The Russian Constitution of 1993 in part 1 of Article 1 (as amended in 2020) states: “Russia is... a legal state”¹⁰. However, there is no definition or authentic interpretation of the term “legal state”. Systematic interpretation of part 1 of Article 1 of the Constitution of the Russian Federation with its other articles allows to draw a conclusion that the legal state in Russia is a state primarily limited by the Constitution of the Russian Federation and Russian laws. For

⁶ Constitutions of European States. In 3 vols. Moscow: Norma, 2001. Vol. 2.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid. Vol. 1.

⁹ Ibid. Vol. 3.

¹⁰ <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202007040001>

example: “The Constitution of the Russian Federation shall have supreme legal force on the entire territory of the Russian Federation (part 1 of Article 15); “All shall be equal before the law and the court” (part 1 of Article 19); “judges shall be independent and subject only to the Constitution of the Russian Federation and federal law. The court, having established during consideration of the case the inconsistency of the act of the state or other body to the law, shall take a decision in accordance with the law” (article 120).

A brief analysis of the opinions of foreign and Russian scientists, as well as the provisions of a number of international and Russian documents, I believe, allows us to draw several final conclusions.

1. In my opinion, the existence of two separate concepts “rule of law” and “legal state” in special literature, international and national documents is theoretically debatable.

2. From the point of view of the scientifically grounded concept of integrative understanding of the rule of law, I believe it is theoretically more reasonable to consider the rule of law as the goal of regulating legal relations in a legal state, self-limited not only by “internal” law, but also limited by “external” law.

3. Concepts of the legal state according to the types of legal understanding of its researchers can be classified into concepts developed on the basis of:

- legal positivism (“thin” concepts);
- scientific discussion concepts of integrative legal understanding that arguably synthesize both the right and the wrong [Ershov, V.V., 2013d, pp. 24–31].
- scientifically substantiated concept of integrative legal understanding.

4. According to the latter approach, a real legal state is not only limited by “internal” but by “external” law as well, and theoretically more precisely by the principles and norms of law contained in a single, developing and multilevel system of forms of national and/or international law.

References

Bedner, A., 2010. An Elementary Approach to the Rule of law. *Hague Journal on the Rule of Law*, 2(1), pp. 48–74.

Berger, R., 1969. Doctor Bonham’s Cace statutory construction or constitutional theory? *University of Pennsylvania Law Review*, 117(4), pp. 521–545.

Bingham, L., 2007. The rule of law. *The Cambridge Law Journal*, 66, pp. 67–85.

Carr, R.R., 1942. *The Supreme court and judicial review*. New York: Farrar and Binehart, Inc.

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

Chicherin, B.N., 1862. *Neskol’ko sovremennyh voprosov* = [Several modern questions]. Moscow: Publication of K. Soldatenkov. (In Russ.)

- Dicey, A., 1905. *Osnovy gosudarstvennogo prava Anglii* = [Foundations of public law of England]. Moscow: Publication of the I.D. Sytin Partnership. (In Russ.)
- Dicey, A.V., 1915. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan and Co. (Liberty classics, 1982).
- Ellinek, G., 1908. *The general doctrine of the state*. St. Petersburg: Publication of N.K. Martynov's Legal Bookstore. (In Russ.)
- Ershov, V.V., 2013a. "Judicial precedent"? "Judicial precedent of interpretation of law"? *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 9, pp. 4–16. (In Russ.)
- Ershov, V.V., 2013b. Legal and individual regulation as paired categories. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 4, pp. 4–23. (In Russ.)
- Ershov, V.V., 2013c. Private contract is a source of Russian law. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 7, pp. 5–11. (In Russ.)
- Ershov, V.V., 2013d. Right and wrong: Debatable issues of theory and practice. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 1, pp. 24–31. (In Russ.)
- Ershov, V.V., 2009. System of forms of law in the Russian Federation. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 1, pp. 7–15. (In Russ.)
- Ershov, V.V., 2011. Correlation of international and domestic law in the context of globalization. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 6, pp. 4–10. (In Russ.)
- Ershov, V.V. and Eshova, E.A., 2013. Customs of labor law: actual general theoretical and practical problems. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 5, pp. 67–77. (In Russ.)
- Fuller, L.L., 1969. *Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Gadzhiev, G.A., 2013. Russian Judicial Doctrine of the Rule of Law: Twenty Years After. In: V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosudarstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire* = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 213–237. (In Russ.)
- Géline, F., 2013. The rule of law and the evolution of the Constitutional Council of France. In: E.V. Novikova, A.G. Fedotov, A.V. Rozentsvaig and M.A. Subbotin, eds. *Verhovenstvo prava kak faktor ekonomiki* = [The rule of law as a factor of the economy]. International collective monograph. Moscow: Mysl'. Pp. 274–292. (In Russ.)
- Gicquel, J. and Gicquel, J.-E., 2011. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 25th ed. Paris: Montchrestien.
- Grote, R., 2013. The German Rechtsstaat in a comparative perspective. In: V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosudarstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire* = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 238–259. (In Russ.)

- Hessen, V.M., 1917. *Osnovy konstitucionnogo prava* = [Fundamentals of constitutional law]. 2nd ed. Petrograd: Publication of the legal book warehouse "Pravo"; The lithographic printing partnership of A.F. Marx. (In Russ.)
- Holmes, O.W. Jr., 1963. *The common law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Jellinek, G., 1922. *Allgemeine Staatslehre*. 3. Aufl. Berlin: J. Springer.
- Jhering, R., 1881. *Goal in Law*. St. Petersburg: Publication of N.V. Murav'ev. (In Russ.)
- Kant, I., 1793. *Über der Geteinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht in der Praxis*. Berlin.
- Khabrieva, T.Ya., 2013. On the Way Towards Creation of the Russian Legal State Model. In: V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosudarstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire* = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 95–107. (In Russ.)
- Kommers, D.P. and Miller, R.A., 2012. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3rd ed. Durham, NC: Duke University Press.
- Korkunov, N.M., 2003. *Lekcii po obshchej teorii prava* = [Lectures on the general theory of law]. St. Petersburg: Yuridicheskij centr. (In Russ.)
- Kryger, M., 2013. Rule of Law (and Rechtsstaat). In: V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosudarstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire* = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 470–491. (In Russ.)
- Lafitskiy, V.I., 2010. *Sravnitel'noe pravovedenie v obrazah prava* = [Comparative law in the images of law]. Vol. 1. Moscow: Statut. (In Russ.)
- Leoni, B., 1972. *Freedom and the law*. Humane Studies, Inc. Fairfax, VA.
- Mohl, R., 1832. *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. [Police science according to the Principle of the Rule of Law State]. 1st ed. at 1/7/ (cited in Dietze, id., 23 note 35).
- Montesquieu, 1758. *Esprit des loix*. T. 1. Aamsterdam: Par la Compagnie.
- Nedzel, N.E., 2013. Rule of Law v. Legal State: Where have we come from, where are we going? In: V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosudarstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire* = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 108–148. (In Russ.)
- Palombella G. The Measure of Law. The non-instrumental legal side from the State to the global setting (and from Hamdan to Al Jedda). In:

- V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosudarstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire* = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 351–372. (In Russ.)
- Phillips, O.H. and Jackson, P., 1987. *O. Hood Phillips' Constitutional and Administrative Law*. 7th ed. Sweet & Maxwell.
- Radin, M.J., 1989. Beconsidering the rule of law. *Boston University Law Review*, 69, pp. 781–819.
- Rotteck, C. von., 1829. *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*. Vol. 1. Stuttgart : Franckh.
- Sartori, G., 1964. Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, art. 310–311.
- Sharandin, Yu.A. and Kravchenko, D.V., 2013. Rule of Law, Legal State, and Other International Legal Doctrines: Linguistic Aspects of their Convergence and Differentiation. In: V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosudarstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire* = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 303–311. (In Russ.)
- Silkenat, J.R., 2013. The Rule of Law and What It Means. In: V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosudarstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire* = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 15–18. (In Russ.)
- Stahl, F.J., 1856. *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*. 3rd ed. Tübingen.
- Stern, K., 1984. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. München: Beck.
- Tamanaha, B.Z., 2009. A Concise Guide to the Rule of Law. In: G. Palombella and N. Walker, eds. *Relocating the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing. Pp. 3–16.
- Tiedemann, P., 2013. Rechtsstaat in Germany. In: V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosudarstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire* = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 272–302. (In Russ.)
- Udartsev, S.F. and Temirbekov, Zh.R., 2015. Concepts of “Rule of law” and “Rechtsstaat” (“legal state”): comparative analysis. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 5, pp. 5–16. (In Russ.)
- Voltaire, 1830. *Pensées sur le gouvernement (1752). Oeuvres de Voltaire*. T. XXXIX. Paris.
- Venter, F., 2013. The “Rule of Law” as a global norm for constitutionalism. In: V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosu-*

darstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 76–94. (In Russ.)

Vinogradov, V.A., 2013. The Legal State and the Rule of Law: Doctrines, Competition of Jurisdictions, and Safeguarding of Legal Freedom. The Positions Taken by the Constitutional Court of the Russian Federation Concerning the Legal State. In: V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosudarstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire* = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 373–395. (In Russ.)

Vlasenko, N.A., 2014. Legal understanding in the light of categories of certainty and uncertainty. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 2, pp. 37–44. (In Russ.)

Welcker, C.T., 1813. *Die letzten Gründe von Recht, Staat und strafe: philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Vöölger rechtshistorisch entwickelt*. Giessen, Heyer (Reprinted edition 1964).

Zorkin, V.D., 2013. Introduction. Russia's Legal Transformation: Challenges and Perspectives. In: V.D. Zorkin and P.D. Barenboim, eds. *Doktriny Pravovogo Gosudarstva i Verhovenstva Prava v sovremennom mire* = The Legal State and the Rule of Law Doctrines in modern world. Collection of articles. Moscow: LOOM; Justitsinform. Pp. 19–75. (In Russ.)

Список использованной литературы

Вентер Ф. Верховенство права как глобальная мера конституционализма // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 76–94.

Виноградов В.А. Правовое государство и верховенство права: Доктрины, конкуренция юрисдикций, обеспечение правовой свободы. Позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового государства // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 373–395.

Власенко Н.А. Правопонимание в свете категорий определенности и неопределенности // Журнал российского права. 2014. № 2. С. 37–44.

Гаджиев Г.А. Российская судебная доктрина верховенства права: двадцать лет спустя // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 213–237.

Гессен В.М. Основы конституционного права. 2-е изд. Пг. : Изд. юрид. кн. склада «Право» ; Типолит. тов-ства А.Ф. Маркс, 1917. 439 с.

Грот Р. Германский Rechtsstaat в сравнительной перспективе // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 238–259.

Дайси А. Основы государственного права Англии. М.: Изд. Т-ва И.Д. Сытина, 1905. 681 с.

Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб. : Изд. юрид. кн. магазина Н. К. Мартынова, 1908. 626 с.

Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование как парные категории // Российское правосудие. 2013b. № 4. С. 4–23.

Ершов В.В. Право и неправо: Дискуссионные вопросы теории и практики // Российское правосудие. 2013d. № 1. С. 24–31.

Ершов В.В. Система форм права в Российской Федерации // Российское правосудие. 2009. № 1. С. 7–15.

Ершов В.В. Соотношение международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Российское правосудие. 2011. № 6. С. 4–10.

Ершов В.В. «Судебный прецедент»? «Судебный прецедент толкования права»? // Российское правосудие. 2013a. № 9. С. 4–16.

Ершов В.В. Частный договор – источник российского права // Российское правосудие. 2013c. № 7. С. 5–11

Ершов В.В., Ершова Е.А. Обычаи трудового права: актуальные общетеоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2013. № 5. С. 67–77.

Желина́ Ф. Правовое государство и эволюция Конституционного совета Франции // Верховенство права как фактор экономики : международн. коллектив. моногр. / под ред. Е.В. Новиковой, А.Г. Федотова, А.В. Розенцвайга, М.А. Субботина. М. : Мысль, 2013. С. 274–292.

Зорькин В.Д. Правовая трансформация России: Вызовы и перспективы // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 19–75.

Иеринг Р. Цель в праве. СПб. : Изд. Н.В. Муравьева, 1881. 412 с.

Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб. : Юрид. центр, 2003. 456 с.

Крайгир М. Верховенство права (и Rechtsstaat) // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 470–491.

Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М. : Статут, 2010. 429 с.

Недзел Н.Е. Верховенство права или Правовое государство: откуда мы пришли и куда мы идем? // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 108–148.

Паломбелла Д. Мера права. Неинструментальная правовая точка зрения: от Государства до международного уровня (от Хамдана к Аль-Джедде) // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 351–372.

Силкенат Дж.Р. Верховенство права и его значение // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 15–18.

Тидеманн П. Принцип Rechtsstaat в Германии // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 272–302.

Ударцев С.Ф., Темирбеков Ж.Р. Концепции «Rule of law» («верховенство права») и «Rechtsstaat» («правовое государство»): сравнительный анализ // Государство и право. 2015. № 5. С. 5–16.

Хабриева Т.Я. На путях создания российской модели правового государства // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 95–107.

Черданцев А.Ф. Теория государство и права. М. : Юрайт, 1999. 429 с.

Чичерин Б.Н. Несколько современных вопросов. М. : Изд. К. Солдатенкова, 1862. 265 с.

Шарандин Ю.А., Кравченко Д.В. Верховенство права, правовое государство и другие международные правовые доктрины: лингвистические аспекты конвергенции и разграничения // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире : сб. ст. / отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М. : ЛУМ : Юстицинформ, 2013. С. 303–311.

Bedner A. An Elementary Approach to the Rule of law // Hague Journal on the Rule of Law. 2010. Vol. 2, issue 1. P. 48–74.

Berger R. Doctor Bonham's Cace statutory construction or constitutional theory? // University of Pennsylvania Law Review. 1969. Vol. 117, no. 4. P. 521–545.

Bingham L. The rule of law // The Cambridge Law Journal. 2007. Vol. 66. P. 67–85.

Carr R.R. The Supreme court and judicial review. N.Y. : Farrar and Binehart, Inc., 1942. xiv, 304 p.

- Dicey A.V. Introduction to the study of the law of the constitution. London : Macmillan and Co., 1915. 577 P. (Liberty classics, 1982).
- Fuller L.L. Morality of Law. New Haven: Yale University Press, 1969. xi, 262 p.
- Gicquel J., Gicquel J.-E. Droit constitutionnel et institutions politiques. 25th ed. P. : Montchrestien, 2011. 814 p.
- Holmes O.W. Jr. The common law. Cambridge : The Belknap Press of Harvard University Press, 1963. xxvii, 383 p.
- Jellinek G. Allgemeine Staatslehre. 3rd ed. Berlin : J. Springer, 1922. xli, 837 p.
- Kant I. Über der Geteinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht in der Praxis. Berlin, 1793.
- Kommers D.P., Miller R.A. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd ed. Durham, NC : Duke University Press, 2012. 904 p.
- Leoni B. Freedom and the law. Humane Studies, Inc. Fairfax, VA, 1972. 274 p.
- Mohl R. Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, [Police science according to the Principle of the Rule of Law State]. 1st ed. 1832) at 1/7/ (cited in Dietze, id., 23 note 35).
- Montesquieu. Esprit des loix. T. 1. Aamsterdam : Par la Compagnie, 1758.
- Phillips O.H., Jackson P. O. Hood Phillips' Constitutional and Administrative Law. 7th ed. Sweet & Maxwell, 1987. 800 p.
- Radin M.J. Beconsidering the rule of law // 69 Boston University Law Review. 1989. P. 781–819.
- Rotteck C. von. Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften. Vol. 1. Stuttgart : Franckh, 1829. 312 p.
- Sartori G. Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia // Rivista internazionale di filosofiadel del deritto. 1964. Art. 310–311.
- Stahl F.J. Die Philosophie des Rechts nach geschtlicher Ansicht. 3rd ed. Tübingen, 1856. 137 s.
- Stern K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. 2nd ed. München : Beck, 1984. 1110 s.
- Tamanaha B.Z. A Concise Guide to the Rule of Law // Relocating the Rule of Law / eds. G. Palombella, N. Walker. Oxford : Hart Publishing, 2009. P. 3–16.
- Voltaire. Pensées sur le gouvernement (1752) // Oeuvres de Voltaire. T. XXXIX. Paris, 1830.
- Welcker C.T. Die letzten Gründe von Recht, Staat und strafe: philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völger rechtshistorisch entwickelt. Giessen, Heyer, 1813. 590 p. (Reprinted edition 1964).

Information about the author / Информация об авторе

Valentin V. Ershov, Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Honored Worker of Science of the Russian Federation, Academician of the Russian Academy of Natural Sciences, President of the Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation)

Ершов Валентин Валентинович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик Российской академии естественных наук, президент ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремуш-кинская, д. 69).

E-mail: evv@rsuj.ru

УДК 347, 336, 004, 575, 611

DOI: 10.37399/2686-9241.2020.4.131-152

Инновационные объекты права

Е.Ю. Малышева^а, Т.В. Фетисова^б

Приволжский филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Нижний Новгород, Российская Федерация

^а *e-malysheva@list.ru*, ^б *fetisova.tatyana@mail.ru*

Аннотация

Введение. На фоне масштабных технологических изменений последних лет традиционный правовой инструментарий демонстрирует фиаско в регулировании инновационных объектов и (или) механизмов. В статье исследуются вопросы соотношения объектов права, условно относимых к инновационным, с механизмами права (технологиями). Цель исследования состоит в анализе инновационных объектов, их квалификации, определении их единой сущностной межотраслевой (междисциплинарной) природы, разработке рекомендаций по формированию новой системы объектов права, адекватной реалиям VI технологического уклада.

Материалы и методы. В работе использованы эмпирический, системный, аналитический и телеологический методы исследования, а также фактологические материалы, характеризующие процесс формирования новой системы объектов, выходящей за пределы собственно права.

Базовым признается подход, согласно которому именно корпоративные отношения являются в настоящее время одним из основных видов гражданско-правовых отношений, в рамках которых и выстраивается новая система объектов и (или) механизмов (технологий) права. Таким образом, не только новые объекты (механизмы) должны вписываться в существующую правовую систему, но и сама система должна меняться под влиянием новых объектов (механизмов).

Результаты исследования. Проанализированы важнейшие тенденции развития инновационных объектов и (или) механизмов; выявлены проблемы их развития в междисциплинарном аспекте; даны рекомендации по формированию новой системы «внеотраслевых» объектов права.

Обсуждение и заключение. В результате исследования авторы пришли к следующим выводам. Инновационные объекты и инновационные механизмы требуют фундаментальной разработки с учетом междисциплинарного подхода. Для достижения целей современного экономического оборота инновационные объекты должны быть выражены в новых формах права. Инновационные объекты следует рассматривать вне рамок традиционных отраслей права и придать им режим «внеотраслевых» объектов.

Ключевые слова: инновационные объекты, инновационные механизмы, инновационные технологии, цифровые финансовые активы, корпоративные правовые отношения

Для цитирования: Малышева Е.Ю., Фетисова Т.В. Инновационные объекты права // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 4. С. 131–152. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.131-152

Innovative Objects of Law

Elena Yu. Malysheva^a, Tatyana V. Fetisova^b

Volga Region Branch, Russian State University of Justice, Nizhny Novgorod, Russian Federation

For correspondence: ^a e-malysheva@list.ru, ^b fetisova.tatyana@mail.ru

Abstract

Introduction. When viewed against the background of large-scale technological changes in recent years, there is a demonstrable fiasco in traditional legal tools as regards the regulation of innovative objects and mechanisms.

The article examines the issues of the correlation of innovative objects of law with the mechanisms (technologies) of law. The purpose of the research is to analyse innovative objects, attempt to qualify them, determine their common essential interdisciplinary nature, and to develop recommendations for the formation of a new system of objects adequate to the realities of the sixth technological order.

Materials and Methods. Factual materials that characterise the process of the formation of a new system of objects, empirical, systemic, analytical and teleological research methods were used. The approach was as follows. Corporate relations are currently one of the main types of civil law relations, and a new system of objects and (or) mechanisms (technologies) of law is being built within them. Thus, not only innovative objects (mechanisms) must fit into the existing legal system, but the system itself should be changed under the influence of new objects (mechanisms).

Results. The most important trends in the development of innovative objects and (or) mechanisms are analysed. Problems in the development of innovative objects and (or) mechanisms in an interdisciplinary aspect are identified, and recommendations for the formation of a new system of objects of law are given. Such a system should be formed outside the traditional branches of law.

Discussion and Conclusion. The authors came to the following conclusions. Innovative objects and innovative mechanisms require a fundamental development on the basis of an interdisciplinary approach. To achieve the goals of modern economic turnover, innovative objects should be expressed in new legal formats. Innovative objects should be considered outside the framework of traditional branches of law and given a special status.

Keywords: innovative objects, innovative mechanisms, innovative technologies, digital financial assets, corporate legal relations

For citation: Malysheva, E.Yu. and Fetisova, T.V., 2020. Innovative objects of law. *Pravosudie/Justice*, 2(4), pp. 131–152. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.131-152

Введение

Иntenсивное развитие общественных отношений в сфере информации и технологий в различных областях (экономика, финансы, телекоммуникации, биосфера и иные) выдвигает новые проблемы, требующие комплексного изучения и адекватного правового регулирования.

Традиционный правовой инструментарий, включающий базовые категории юридической техники, был выработан в недрах римского права, очевидно, в целях защиты его вещного раздела. Появление за пределами правовой системы новых объектов, не имеющих «вещной» природы, требует от права быстрого реагирования и оперативной перезагрузки как в доктрине, так и в законодательстве и правоприменении. Полагаем, что в указанных обстоятельствах последовательность перезагрузки значения не имеет.

Предопределяющий тезис, позволяющий одновременно рассматривать исследуемые категории через междисциплинарное соотношение. Постановка вопроса о междисциплинарном соотношении не нова. В свое время В. Вундт, высказываясь по поводу соотношения философии, религии и права (философии права) и ставя целью нахождение «подобающего им места в мировоззрении», а также установление связи между научным познанием и практикой, возлагал роль посредника именно на правоведение [Вундт, В.М., 2018, с. 16–17].

Для современного периода постановка вопроса о междисциплинарном соотношении перенесена в экономическую, техническую и биологическую сферы. Цель исследования по соотношению права, экономики, техники и биологии неизменна, она так же, как в прошлые времена, расположена в плоскости нахождения оптимального соотношения между ними.

Основной (сквозной) тезис. Полагаем, что механистически причинная интерпретация (причина-действие) не совсем подходит для объяснения отношений между «механизмом природы» и целесообразностью человеческой деятельности, особенно при проецировании на сферу общественных отношений. Следует возобновить научные изыскания **в области методологии права**. Прежде всего это относится к выработке и внедрению новых методов, которые способствовали бы созданию адекватного баланса между сферами общественных отношений, природой и новым рывком технического прогресса.

Ключевой тезис. Вопросы о категориях объекта права и правовых механизмах никогда не теряют свою актуальность. Появление новых объектов требует их легализации традиционным путем, закрепления их в нормах права и выработки для них конкретных механизмов.

Известные правовые «конструкторы» (отраслевые правовые средства, элементы юридической техники) до недавнего времени с проблемой адаптации новых явлений (объектов) к устоявшимся столетиями правовым режимам более-менее справлялись. Иллюстрацией может послужить недавняя трансформация режима ценных бумаг.

Однако в нашем случае возможности традиционного права, видимо, исчерпаны. Инновационные объекты и (или) механизмы, в том числе вызванные «сетевой» революцией, требуют права другого поколения: права, не замкнутого на своей во многом «искусственной» и «консервативной» сущности, а права «гибкого», которое не будет «бояться» в какой-то мере или в какие-либо объективные периоды быть «неопределенным»; права, способного быть целесообразным и ради целесообразности не пытаться оперировать правовыми идеями прошлого («вещного мира») или модифицировать известные правовые системы (механизмы), торопливо дополняя их новыми, но «чуждыми» для системы в целом элементами (дополнение ст. 128 ГК РФ цифровыми правами и объявление их имущественными).

Анализ последних исследований и публикаций. К настоящему времени по проблематике инновационных объектов, а также вопросам их правового регулирования написаны тысячи работ, в том числе монографии, учебники и учебные пособия. Среди работ в сфере правовой регламентации инновационных объектов следует отметить работы, посвященные как гло-

бальным изменениям права в условиях цифровизации, так и частным вопросам функционирования отдельных институтов, инструментов, технологий, в частности цифровых финансовых активов, технологий распределенного реестра, краудфандинга, смарт-контрактов и т. д.

При этом работы финансово-экономической и правовой направленности, как правило, не коррелируют между собой и не направлены на решение одной общей задачи: создание эффективного механизма правового регулирования. Представляется целесообразным подойти к решению этой задачи с точки зрения комплексного междисциплинарного подхода.

Материалы и методы

Статья написана на базе фактологических материалов, позволяющих анализировать легализованные инновационные объекты (механизмы) в аспекте междисциплинарного соотношения. Тенденции развития инновационных объектов рассмотрены в аспектах нормативного правового регулирования, правовой доктрины и практической деятельности, в том числе в цифровой среде. В работе использованы эмпирический, системный, аналитический, телеологический и другие методы исследования.

На их основе проанализированы важнейшие тенденции развития инновационных объектов и механизмов; выявлены проблемы их развития в междисциплинарном аспекте; даны рекомендации по формированию новой системы «внеотраслевых» объектов права.

Результаты исследования

Смысловой объем понятия «инновация» (innovation) в терминологических изданиях неодинаков, а толкования авторов затрагивают отдельные аспекты этого явления. В самом общем виде «инновация» представляет собой новшество, нововведение, а «инновационный», соответственно, означает «относящийся к инновациям»¹.

Легальное определение понятию «инновации» дано Федеральным законом от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»², где в качестве ключевых критериев закреплены: «введение в употребление» и «новизна» продукта (товара, услуги), процесса или метода.

Вопросам инноваций в праве посвящен значительный ряд теоретических работ [Городов, О.А., 2008; Волюнкина, М.В., 2005; Курышев, Е.Ю., 2015; Пашкова, Д.А., 2017]. В частности, в рамках обзора основных направлений инноваций в праве выделяются: предметно-правовое, методологически-правовое, программно-правовое, технико-правовое [Куры-

¹ Крысин Л.П. Толковый словарь иноязычных слов. М. : Эксмо, 2008. 944 с. URL: https://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_fwords/17287/инновация (дата обращения: 12.05.2020)

² Федеральный закон от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» (ред. от 24 апреля 2020 г.) // Информационная справочная система «Гарант».

шев, Е.Ю., 2015, с. 138–139]. Некоторые аспекты инноваций в праве нашли отражение в учебниках и учебных пособиях³.

В условиях формирования нового правового пространства в отношении инновационных объектов и механизмов представляется необходимым конкретизировать: какие объекты следует признать инновационными? Какие механизмы носят инновационный характер? О каких сферах исследования должна идти речь в аспекте междисциплинарного соотношения? О каких правовых и иных последствиях при внедрении инновационных объектов может идти речь? Нужен ли особый механизм защиты для инновационных объектов?

При этом следует исходить из того, что, будучи результатами интеллектуальной работы (в том числе искусственного интеллекта), они могут и воплощаются не только в виде новых или усовершенствованных продуктов и процессов, но и в виде новых подходов, технологий, инструментов к решению социально-экономических задач, а также в различных их комбинациях.

С учетом того, что статья готовилась вне дискуссии об отраслевой принадлежности и основана на исследованиях конвергенции частного и публично-го права, а также взаимодействия права с иными (смежными с правом) областями знаний, обсуждение проблематики в сфере инновационных объектов следует начать с обоснования междисциплинарного соотношения. Мы не склонны безоговорочно согласиться с тезисом о том, что в нормативном поле происходят подмена и смешивание правовых категорий с экономическими, административными и даже политическими [Синюков, В.Н., 2019, с. 9].

На наш взгляд, необходима целая система междисциплинарного соотношения, в которой в первую очередь должны быть выработаны приоритетные позиции по принципу «кесарю – кесарево». В рамках такой системы можно будет разграничить несовместимые на первый взгляд сферы знаний – такие, как право и биология, биология и физика, биология и экономика и т. д.

Считаем, что первый шаг к созданию системы междисциплинарного соотношения может быть сделан уже сегодня на уровне дифференциации права по уровням [Ершов, В.В., 2019, с. 28]. Исходя из выбранного в работе междисциплинарного акцента, хотели бы на данном этапе обратиться к исследованию соответствующих нашей тематике уровней стратегии, тактики и технологии, а также к выделению приоритетных позиций на каждом из указанных уровней. Полагаем, на стратегическом уровне соотношение выглядит следующим образом: политика – экономика – право. На тактическом уровне: экономика – политика – право. На технологическом уровне: право – экономика – политика.

Центр тяжести в исследовании вопросов междисциплинарного соотношения должен быть перенесен в область выявления наиболее важных потенциально точек соприкосновения. Уже сейчас можно выделить несколько

³ Отдельный параграф 1 «Проблема инновационного творчества российских судей» выделен В.М. Розиным в главе 7 «От традиционной юридической парадигмы к новой» в работе [Розин, В.М., 2019, с. 126].

ко междисциплинарных групп для исследований: группа – энергетика, политика, право; группа – медицина, биология, право; группа – экономика, роботоправо, социология; ряд междисциплинарных блоков, в той или иной мере затрагивающих проблематику инновационной сферы в целом и, соответственно, инновационных объектов в частности.

Междисциплинарные блоки можно представить в виде: **комбинаторного блока** (проблематика комбинированных отраслей права); **управленческого блока** (проблематика категории «управление»); **методологического блока** (проблематика совмещения (замещения) методов, используемых в различных областях знаний, включая вопросы создания новых юридико-технических конструкций). В частности, в проблематике управленческого блока концепция «частноправовой субординации» входит в противоречие с методологией координации в гражданском праве. А в рамках методологического блока при легальном закреплении в законодательстве так называемых «киберфизических систем» остро встают вопросы об их возможной правосубъектности и применении к ним традиционных конструкций договорной и деликтной ответственности.

Перейдем к конкретизации тезиса, обозначенного выше в качестве «ключевого», при раскрытии которого в целях получения доказательной базы в отношении существования особых инновационных объектов и (или) механизмов и возможного выявления их междисциплинарной природы обратимся к одной из основных отраслей права – праву гражданскому и, соответственно, нормам Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ).

В качестве иллюстрации заявленного тезиса, а также в порядке демонстрации применения одного из нетрадиционных методов исследования права (телеологического) [Мальшева, Е.Ю., 2009, с. 13–58] попытаемся использовать динамику **корпоративной модели**, адаптированную российским законодательством еще в 2012 г. Сеем утверждать, что именно корпоративные отношения являются в настоящее время одним из основных видов гражданско-правовых отношений, в рамках которых и выстраивается новая система объектов и (или) механизмов (технологий) права. Исследование корпоративного сектора обусловлено в первую очередь его определяющим и унифицированным значением для всех иных отраслей права и других, смежных с правом, областей знаний, что в том числе усиливает наши позиции по выдвинутому предопределяющему тезису в отношении междисциплинарности.

Проанализируем хронологическую последовательность, в рамках которой были легализованы или модернизированы объекты (механизмы), квалифицируемые нами как инновационные. Сначала следует сопоставить изменения в первые две главы Части первой ГК РФ, реализованные Федеральным законом от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ. Прежде всего указанным Законом был расширен предмет гражданско-правового регулирования за счет введения **корпоративных отношений**, а в ст. 8 ГК РФ был введен подп. 1.1, который закрепил в качестве основания возникновения гражданских прав и обязанностей **«решения собраний»** (выделено нами. – Е.М., Т.Ф.) в случаях, предусмотренных законом». Через полгода, в мае 2013 г. Федеральным за-

коном от 7 мая 2013 г. №100-ФЗ был переименован подраздел 4 ГК РФ, который стал именоваться «Сделки. Решения собраний. Представительство», и была введена новая глава 9.1 «Решения собраний». Указанные изменения легально и однозначно объявили «решения собраний» сделками.

Через два месяца, в июле 2013 г. Федеральным законом от 2 июля 2013 г. № 142-ФЗ глава 7 ГК РФ «Ценные бумаги» была представлена абсолютно в новой «модернизированной» редакции. И только в мае 2014 г. Федеральным законом от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ основной этап первоначальной модернизации ГК РФ был завершен обновленной редакцией главы 4 «Юридические лица».

С учетом целей настоящего исследования, ограниченного рамками выявления и квалификации инновационных объектов и (или) механизмов, нас интересует прежде всего анализ модифицированных ценных бумаг и связанные с этим последствия. Под «бездокументарными ценными бумагами» закон понимает «обязательственные и иные права, которые закреплены в решении о выпуске или ином акте лица, выпустившего ценные бумаги в соответствии с требованиями закона, и осуществление и передача которых возможны только с соблюдением правил учета этих прав»⁴. «Жесткое» разделение ценных бумаг на документарные (традиционные), обозначенные в законе в качестве «документов», и бездокументарные, обозначенные в виде «прав», на наш взгляд, имеет серьезное принципиальное структурное и методологическое значение [Кирпичев, А.Е., 2019, с. 128].

Обращение в первую очередь к бездокументарным ценным бумагам при исследовании фактов инновационных изменений в праве, включая возможное выявление возникающих в правовой среде инновационных механизмов, оправдано следующими объективными данными.

1. Перечень ценных бумаг является открытым, более того, законодатель с точки зрения юридической техники применяет в п. 2 ст. 142 ГК РФ интересный тактический альтернативный прием: «...и иные ценные бумаги, названные **в таком качестве в законе или признанные таковыми** в установленном **законом порядке**» (выделено нами. – Е.М., Т.Ф.).

Полагаем, что результаты такого юридико-технического приема могут быть следующими: любой документ, любое право могут быть объявлены ценной бумагой; объявление документа или права ценной бумагой может быть в любом законе, а не только в ГК РФ и профильном законе о рынке ценных бумаг; законный порядок признания в качестве ценной бумаги допускает появление в любом законе отсылочной нормы к актам подзаконного уровня или актам индивидуального регулирования.

2. Конкретизация правового статуса бездокументарных ценных бумаг, проявившаяся в появлении пяти статей в ГК РФ (ст. 149.1; 149.2; 149.3; 149.4; 149.5), свидетельствует о легальном закреплении абсолютно иного механизма как регулирования, так и особого механизма защиты. Так, в от-

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 16 декабря 2019 г., с изм. от 12 мая 2020 г.). Ст. 142 // Информационная справочная система «Гарант».

личие от документарных ценных бумаг в бездокументарных ценных бумагах появляется фигура «правообладателя».

3. Появление особых юридико-технических конструкций, отдельные из которых имеют **междисциплинарное значение**: «учетные записи»; «счет правообладателя»; «счет приобретателя»; «учет прав по бездокументарной ценной бумаге»; «конвертация в другие ценные бумаги»; особые правила защиты прав правообладателя, в том числе право истребовать в случае конвертации другие ценные бумаги.

4. Установление особых последствий истребования бездокументарных ценных бумаг, включая **оспаривания решения** общего собрания, если неуправомоченными лицами были реализованы права на участие в управлении акционерным обществом.

5. Для реализации «корпоративного» блока предмета гражданского правового регулирования, следуя логике законодателя, должны быть либо модернизированы «старые», либо введены новые правовые средства, отвечающие запросам корпоративного сектора. Эти запросы сконцентрированы в **легитимации вопросов управления корпорацией**.

6. Основными корпорациями являются акционерные общества, имеющие дело исключительно с акциями. С учетом трансакций и интернационализации бизнеса последние возможны исключительно в бездокументарной форме.

Таким образом, была логически реализована первоначальная цикличность, выраженная в следующей схеме: расширение предмета гражданского права корпоративными отношениями; объявление решений собраний сделками с возможностью признания их недействительными; глобальная модернизация института ценных бумаг с явными последствиями для корпоративного сектора в целом (бездокументарность корпоративных ценных бумаг позволяет управлять корпорацией на расстоянии).

Приведенная выше иллюстрация свидетельствует о том, что инновационные объекты могут быть логически связаны с правовыми механизмами с заранее определенными результатами, выходящими за пределы правовой системы.

Не можем не упомянуть и междисциплинарную группу, представленную сферами медицины, биологии и права. Биообъекты, несомненно, являются одними из ключевых в инновационной деятельности, что выражено, в частности, в активном развитии генно-инженерных и биомедицинских технологий [Лапаева, В.В., 2019]. Если рассматривать понятие биообъекта с точки зрения права, то можно трактовать его довольно широко и отнести к нему все объекты, обладающие жизнеспособностью: как те, что созданы природой, так и те, что созданы человеком (животные, микроорганизмы, биоматериалы и органы человека, биотехнологии). В науке также выделяют биообъекты человека, но ввиду отсутствия единого подхода к пониманию правового статуса биообъектов развитие законодательства в области оборота человеческих биообъектов во многом не упорядочено, случайно [Аполинская, Н.В., 2009, с. 10].

В 2017 году после введения Закона «О биомедицинских клеточных продуктах» появилось новое понятие – «биомедицинский клеточный продукт» – комплекс, состоящий из 1) клеточной линии (клеточных линий) и вспомогательных веществ либо 2) клеточной линии (клеточных линий) и вспомогательных веществ в сочетании с прошедшими государственную регистрацию лекарственными препаратами для медицинского применения⁵.

В научной среде уже исследуются биомедицинские правоотношения как имущественные и личные неимущественные отношения между субъектами биомедицинской деятельности, возникающие при использовании биоматериалов человека в процессе создания биомедицинских изобретений и оказания медицинских услуг. При этом в биомедицинские правоотношения входят генно-инженерные, донорские и клеточные правоотношения, имеющие сходство по объекту, субъектному составу и, как правило, по содержанию [Татаренко, А.А., 2018].

Отдельного рассмотрения требуют инновационные категории, призванные обслуживать цифровую экономику. Полагаем, конкретизируя выдвинутый выше тезис о необходимости разделения исследований в сфере инноваций на дифференцированных уровнях стратегии, тактики и технологии, цифровую экономику следует исследовать исключительно на тактическом уровне. Если признать этот тезис верным, то приоритетная позиция цифровой экономики в предлагаемом логическом ряду (экономика – политика – право) позволит выработать в том числе и адекватную правовую систему. В контексте нашей статьи приоритеты в определении порядкового и сущностного элементов объектов и механизмов, призванных обслуживать цифровую экономику, должны быть отданы экономике, потом политике и только позже – праву. При такой корреляции не будет поводов для взаимных упреков в подмене и смешивании используемых в гражданском обороте категорий.

Следуя заявленному в настоящей работе предопределяющему тезису, при исследовании инновационных объектов и механизмов преимущественно через выявление междисциплинарных аспектов мы считаем целесообразным обратиться к фактологическим материалам, выходящим за пределы собственно права, в целях иллюстрации процесса формирования будущей междисциплинарной системы объектов.

Цифровая экономика в самом широком смысле представляет собой парадигму экономического развития с помощью цифровых технологий, систему экономических, социальных и культурных отношений, основанных на использовании информационно-коммуникационных технологий⁶.

⁵ Федеральный закон от 23 июня 2016 г. № 180-ФЗ «О биомедицинских клеточных продуктах» (ред. от 27 декабря 2019 г.) // Информационная справочная система «Гарант».

⁶ Доклад Группы Всемирного банка о мировом развитии «Цифровые дивиденды», 2016. URL: <http://documents.worldbank.org/curated/en/224721467988878739/>

Что же кроется за этими словами? О каких информационно-коммуникационных технологиях (далее – ИКТ) идет речь? И как они делают возможным цифровое управление экономикой, финансами, государственной машиной, бизнес-процессами организаций, жизнедеятельностью физических лиц? К основным цифровым технологиям в современном мире относятся: большие данные; нейротехнологии и искусственный интеллект; системы распределенного реестра; квантовые технологии; новые производственные технологии; промышленный интернет; компоненты робототехники и сенсорики; технологии беспроводной связи; технологии виртуальной и дополненной реальности.

Пока по получению социальных и экономических выгод от цифровой трансформации Российская Федерация занимает скромное 41-е место в мире⁷. Методика оценки готовности стран к цифровой экономике (Digital Economy Country Assessment), разработанная экспертами группы Всемирного банка, предполагает оценку «качества» фундамента цифровой экономики, обеспечивающего экономические и социальные преобразования, состоящего из цифровых и нецифровых факторов. К первой группе относятся: цифровая инфраструктура, цифровые платформы, цифровые технологии; в основе второй группы факторов: политика и стратегическое планирование, лидерство и институты, **законодательство**, человеческий капитал, инновации, деловая среда, доверие и безопасность.

В контексте нашего исследования определенный интерес представляет оценка готовности России в части правового регулирования цифровой экономики (рис. 1). Качество «законодательства» получило три балла из пяти возможных благодаря планомерной работе по совершенствованию законодательства в части разработки нормативных правовых актов, касающихся цифровых платежных систем, цифровой инфраструктуры и политики в сфере обеспечения информационной безопасности.

В настоящее время сформировалось три основные концепции становления цифровой экономики в России: назовем их условно «*Концепция минимум*» (концепция скептиков), «*Концепция максимум*» (концепция активных сторонников) и «*Официальная концепция*».

Скептики – приверженцы «*Концепции минимум*» – полагают, что цифровая экономика едва ли принесет пользу в качестве управляющего механизма и двинет к новым высотам производство и торговлю на фоне большого числа системных проблем, очевидных и без цифровых технологий, более того, она превратит наше общество в электронный концлагерь [Катанов, В.Ю., 2017].

pdf/102724-WDR-WDR2016Overview-RUSSIAN-WebRes-Box-394840B-OUO-9.pdf
(дата обращения: 17.04.2019)

⁷ Доклад Группы Всемирного банка «Конкуренция в цифровую эпоху: стратегические вызовы для Российской Федерации», 2018. URL: <http://documents.worldbank.org/curated/en/848071539115489168/pdf/Competing-in-the-Digital-Age-Policy-Implications-for-the-Russian-Federation-Russia-Digital-Economy-Report.pdf>



Рис. 1. Результаты оценки готовности России к цифровой экономике⁸

Сторонники «Официальной концепции» вооружены идеями Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы⁹ (далее – Стратегия) и национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации»¹⁰ (далее – Программа). В числе основных направлений плана мероприятий определено «**нормативное регулирование**».

Активные сторонники цифровой экономики – представители «Концепции максимум» полагают, что катализатором развития являются собственно цифровые платформы, которые должны быть созданы в каждой индустрии для придания идеям цифровизации практической ценности. Более подробно авторская позиция о содержании основных концепций становления цифровой экономики в России изложена в работах: [Фетисова, Т.В. и Фетисов, В.Д., 2019; Фетисова Т.В., 2019, с. 12–28].

Однако пока адепты и скептики цифровой экономики формируют свои позиции, основные тенденции и направления развития цифровизации обусловлены не только Стратегией и Программой, но и мировой и отечествен-

⁸ Доклад Группы Всемирного банка «Конкуренция в цифровую эпоху: стратегические вызовы для Российской Федерации», 2018. С. 4.

⁹ Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы : утв. Указом Президента Российской Федерации от 9 мая 2017 г. № 203 // Информационная справочная система «Гарант».

¹⁰ Паспорт национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации» : утв. президиумом Совета при Президенте Российской Федерации по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 24 декабря 2018 г. № 16 // Информационная справочная система «Гарант».

ной бизнес-практикой. К числу последних относятся активизация инвестиционной деятельности в сферах, связанных с цифровыми технологиями, изменение структуры инвестиций. На первом плане оказываются:

- *инвестиции в человеческий капитал*, в том числе имиджевый, и цифровые компетенции;

- *инвестиции в прорывные технологии* (прежде всего блокчейн). Потенциально эта технология охватывает все без исключения сферы социально-экономической деятельности и имеет множество областей применения [Tapscott, D. and Tapscott, A., 2018, pp. 115, 197], в том числе в сферах создания глобальной резервной валюты [Copeland, R., 2019] и судопроизводства; так, интернет-суды Китая принимают использование блокчейна в качестве метода обеспечения доказательств [Sung, H.-C., 2020, art. 105461];

- *инвестиции в новые платежные механизмы* (так называемые, криптовалюты, и один из наиболее успешных представителей – биткоин, которые автоматически попали в поле зрения ФАТФ и Банка Международных расчетов¹¹);

- *инвестиции в legaltech* (при этом проблемы системы онлайн разрешения споров, механизмы работы таких платформ, которые стоят на стыке нескольких национальных и международного законодательства, включая формирующиеся правила использования искусственного интеллекта, и породили оживленную дискуссию в научном сообществе [Biard, A., 2019].

Анализ, обоснование перспектив и последствий каждой из этих тенденций требуют отдельного комплексного научного исследования со своей методологией и инструментарием. Все они являются «прародительницами» инновационных объектов (механизмов), являющихся предметом рассмотрения в данной статье. Если инвестиции в человеческий капитал представляют наибольший интерес с точки зрения «цифровых граждан-потребителей», инвестиции в прорывные технологии и новые платежные механизмы (цифровые финансовые активы) – с позиции финансовых институтов и «цифрового государства», то инвестиции в legaltech привлекательны для всех без исключения субъектов общества.

Наибольший финансовый эффект специалисты видят в применении прорывных технологий на финансовом рынке. Так, к числу своих стратегических задач Банк России относит развитие технологий, поддержку финансовых инноваций, внедрение новых цифровых технологий в деятельность как мегарегулятора, так и других участников финансового рынка. Утвержденные в декабре 2017 г. Банком России «Основные направления развития финансовых технологий на период с 2018 по 2020 год» преду-

¹¹ FATF (2019), Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers. FATF, Paris, France. URL: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html ; FATF (2020), Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets. FATF, Paris, France, URL: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Virtual-Assets-Red-FlagIndicators.html> ; [Coelho, R., De Simoni, M. and Prenio, J., 2019, pp. 15–16].

смаатривают реализацию ряда мероприятий: развитие правового регулирования, создание и развитие цифровой финансовой инфраструктуры, переход на электронное взаимодействие, работу регулятивной «песочницы» Банка России и др.¹²

В настоящее время отечественный мегарегулятор уделяет особое внимание исследованию инновационных технологий, обеспечению информационной безопасности и киберустойчивости. В 2018 году на сайте Банка России опубликованы два доклада, посвященные цифровым инновациям¹³, а также аналитические обзоры в сфере финансовых технологий.

Тенденцию повышения интереса к новым платежным механизмам не сложно подтвердить. Согласно текущему списку investing.com, на 14 октября 2020 г. в мире существует более 3900 криптовалют. Первая пятерка по рыночной капитализации представлена в табл. 1.

Таблица 1

Криптовалюты – лидеры по рыночной капитализации*

Наименование / Name	Сокращенное наименование / Short name	Капитализация, млрд \$ / Capitalization, billion \$
Биткоин / Bitcoin	BTC	211,13
Эфириум / Ethereum	ETH	43,12
Tethler	USDT	15,76
Рипл / Ripl	XPR	11,38
Биткоин кэш / Bitcoin Cash	BCH	4,69

* По состоянию на 14.10.2020 [по материалам ru.investing.com]

Биткоин – наиболее успешный представитель семьи новых платежных механизмов. Факторы динамики его курса выступают следствием взаимодействия комплекса политических, правовых и управленческих финансовых решений ведущих субъектов рынка. Положительное влияние на курс оказывают законодательные инициативы, регулирующие обращение и утверждающие биткоин в качестве платежного средства, а также крупные сделки с биткоином на рынке, новости о совершенствовании технологий. К падению курса, в первую очередь, приводят заградительные меры регуляторов¹⁴.

¹² Основные направления развития финансовых технологий на период с 2018 по 2020 год // Информационная справочная система «Гарант».

¹³ Доклады Банка России для общественных консультаций «Вопросы и направления развития регуляторных и надзорных технологий (RegTech и SupTech) на финансовом рынке в России», 2018. URL: https://www.cbr.ru/Content/Document/File/50667/Consultation_Paper_181016.pdf; «Применение облачных технологий на финансовом рынке», 2018. URL: https://cbr.ru/Content/Document/File/59559/Consultation_Paper_181218.pdf

¹⁴ Авторское видение специфики биткоин-индустрии, факторов, тенденций и результатов динамики курса биткоина представлено в работах: [Fetisova, T.V., 2018; Фетисов, В.Д. и Фетисова, Т.В., 2018а; Фетисов, В.Д. и Фетисова, Т.В., 2018b].

В рамках данного исследования считаем необходимым обратить внимание на государственные (национальные) или суверенные криптовалюты. Их, как правило, нельзя добывать майнингом, центральные банки сохраняют право на эмиссию, сами государственные криптовалюты обеспечиваются нефтью, газом, золотом, другими ресурсами. Список центральных банков, разрабатывающих суверенные цифровые валюты, продолжает расти. По данным экспертной группы The Block, более чем из 60 проанализированных центральных банков 18 публично признали разработку национальной криптовалюты. Наиболее популярной платформой, используемой центральными банками, является Corda enterprise ledger R3. Из представленного списка (табл. 2) четыре страны выпустили и запустили свои собственные цифровые валюты. Остальные 14 стран (центральных банков) либо разрабатывают эти валюты, либо запускают пилотные программы.

Таблица 2

**Список центральных банков,
разрабатывающих суверенные цифровые валюты***

Central Banks	Digital Currency	Announced	Status	Blockchain
Central Bank of Tunisia	e-Dinar	2015	Launched	–
People 's Bank of China	DCEP	2016	Development	–
Central Bank of West African States – Senegal	eCFA	2016	Launched	–
Sveriges Riksbank	e-Krona	2017	Development	–
Central Bank of Venezuela	Petro	2017	Launched	NEM
Monetary Authority of Singapore	Ubin	2016	Development	Corda
Central Bank of Uruguay	e-Peso	2017	Launched	–
National Bank of Cambodia	N/A	2017	Development	Hyperledger Iroha
Bank of the Marshall Islands	Sovereign	2018	Development	SOV Trust Network
Bank of Thailand	Inthanon	2018	Development	Corda
Central Bank of the Bahamas	Sand Dollar	2018	Pilot	NZIA
Central Bank of Curaçao and Sint Maarten	–	2018	Pilot	Bitt
Central Bank of the Republic of Turkey	Turkcoin	2018	Development	–
Central Bank of Iran	PayMon	2019	Development	Phoenix Network
United Arab Emirates Central Bank	Aber	2019	Pilot	–
Saudi Arabian Monetary Authority	Aber	2019	Pilot	–
European Central Bank	EUROChain	2019	Development	Corda
Eastern Caribbean Central Bank	DXCD	2019	Pilot	Bitt

* По данным экспертной группы The Block [Zheng, St., 2019].

Помимо указанных в табл. 2 стран можно отметить реализованные проекты Узбекистана (Mangu) и Беларуси (Талер). В процессе тестирования: E-krona (Швеция), J-coin (Япония), Laksmi (Индия), «Цифровой юань» (Китай) и др. Каждая из стран преследует цель реализации собственных национальных интересов: для одних государств приоритетно привлечение средств в экономику, для других – получение доступа к перемещению валюты у чиновников и снижение уровня коррупции, для третьих – снижение оборота наличных денег.

С активизацией технологии блокчейн и новых платежных механизмов стало возможным говорить о перспективах государственного криптовалюты. С поручением к финансовым властям о создании криптовалюты Президент Российской Федерации В.В. Путин выступил еще в октябре 2017 г. Новый криптовалют, по замыслу советника Президента С.Ю. Глазьева, должен был обеспечить контроль и прозрачность государственных расходов благодаря полной прослеживаемости движения денег. Однако Министерство финансов Российской Федерации выступило против этой идеи, Центральный банк занял выжидающую позицию и рассматривает возможность создания национальной цифровой валюты (не частной) на основе технологии блокчейн. В октябре 2020 г. Центральный банк признал, что «ревизии на предмет внедрения цифровой валюты Центрального банка потребует прежде всего ГК РФ – в части включения цифрового рубля в перечень объектов гражданских прав, установления возможности осуществления платежей в цифровой валюте Центрального банка, включения цифрового рубля в общие положения о расчетах»¹⁵.

А как право реагирует на все эти тенденции? Будучи средством регулирования, успевает ли оно за бурным потоком цифровизации? Для ответа на эти вопросы рассмотрим три составные части правового поля: собственно нормативное правовое регулирование, правовую доктрину и юридическую практику, связанную с цифровыми технологиями.

Надо отметить, что блок правового регулирования цифровой экономики и финансов в 2019–2020 гг. существенно пополнился: внесены изменения в ст. 128 ГК РФ¹⁶, приняты законы о краудфандинге¹⁷; о цифровых финансовых активах и цифровой валюте¹⁸; об экспериментальных правовых ре-

¹⁵ Доклад Банка России для общественных консультаций «Цифровой рубль», 2020. С. 37. URL: https://cbr.ru/StaticHtml/File/112957/Consultation_Paper_201013.pdf

¹⁶ 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» // Информационная справочная система «Гарант».

¹⁷ Федеральный закон от 2 августа 2019 г. № 259-ФЗ (ред. от 20 июля 2020 г.) «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Информационная справочная система «Гарант».

¹⁸ Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные

жимах в сфере цифровых инноваций¹⁹; о финансовых маркетплейсах²⁰. Несмотря на то что теперь такие явления, как «цифровой финансовый актив», «цифровая валюта», официально закреплены и определены, экспертное сообщество продолжает активно дискутировать по вопросу соответствия содержания принятых законодательных актов требованиям практики.

Что касается правовой доктрины, то здесь необходимо отметить большое число работ, посвященных как глобальным изменениям права в условиях цифровизации [Хабриева, Т.Я. и Черногор, Н.Н., 2018; Санникова, Л.В. и Харитонов, Ю.С., 2018], так и частным вопросам правовой регламентации, в том числе правовому режиму криптовалют в целом [Сидоренко, Э.Л., 2018], стейблкоинов в частности [Sidorenko, E.L., 2020]. Говоря о юридической практике, нельзя не упомянуть о получающем все большее распространение движении legaltech [Veith, Ch., Bandlow, M., Harnisch, M., et al., 2016], цель которого – пересмотр традиционных взглядов на разрешение юридических вопросов путем внедрения современных информационных технологий в сфере правовых услуг. Флагманом развития legaltech в мире стали страны Азиатско-Тихоокеанского региона, итоговый отчет о состоянии инноваций в правовой сфере которых от 27 сентября 2020 г.²¹ представлен авторами на крупнейшей международной конференции «Distant & Didigital», проходившей в онлайн формате 8–9 октября 2020 г. на базе IP Академии и Skolkovo Legaltech²².

Как видим, правовая доктрина и тем более – юридическая практика, связанная с цифровыми технологиями, давно оставили позади сферу официального регулирования. На фоне выявленных тенденций и проблем право не должно снимать с себя функции регулятора общественных отношений, сдаваться перед напором цифровой реальности, а, наоборот, методом проб и ошибок должно постараться разработать действенный механизм правового регулирования. В противном случае мы получим неформальное право в действии.

акты Российской Федерации». URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202007310056>

¹⁹ Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации». URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202007310024>

²⁰ Федеральный закон от 20 июля 2020 г. № 211-ФЗ «О совершении финансовых сделок с использованием финансовой платформы». URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202007200033?index=1&rangeSize=1>; Федеральный закон от 20 июля 2020 г. № 212-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам совершения финансовых сделок с использованием финансовой платформы». URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202007200055?index=0&rangeSize=1>

²¹ State of legal innovation in the Asia-Pacific. Report Final (27 September 2020). URL: https://drive.google.com/file/d/14Gd6ZdUErG8ctFq65q_Ws8f-PQGcsdB8/view

²² Материалы конференции доступны на <https://distant.digital>

Обсуждение и заключение

Подводя итоги нашего междисциплинарного исследования, сделаем несколько **выводов**:

1. Инновационные объекты и инновационные механизмы требуют фундаментальной разработки с учетом междисциплинарного подхода.
2. Для достижения целей современного экономического оборота инновационные объекты должны быть выражены в новых форматах права.
3. Необходима иная дифференциация объектов права (деление объектов на имущественные, неимущественные и исключительные с учетом междисциплинарного подхода слишком упрощенно).
4. Приоритет исследований объектов права, отнесенных к «имущественным правам», и расширение их за счет включения в их структуру новых объектов (в частности, цифровых прав) следует признать нецелесообразным и непродуктивным.
5. Инновационные объекты требуют специального правового регулирования и инновационных правовых режимов, так как их следует рассматривать вне рамок традиционных отраслей права; необходимо придать им режим «внеотраслевых» объектов.
6. Необходимо формирование новой правовой доктрины эпохи «техно».

Список использованной литературы

- Аполинская Н.В. Биологические объекты человека в гражданском праве Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2009. 22 с.
- Волынкина М.В. Инновационное законодательство России // Законодательство. 2005. № 10. URL: <https://base.garant.ru/5204031/>
- Вундт В.М. Система философии : в 2 ч. Ч. 1 / пер. А.М. Водена. М. : Юрайт, 2018. 269 с.
- Городов О.А. Правовая инноватика: правовое регулирование инновационной деятельности. М. : Юрид. кн., 2008. 408 с.
- Ершов В.В. Право в контексте парадигмы метамодерна // Правосудие/Justice. 2019. Т. 1, № 2. С. 15–33.
- Катасонов В.Ю. Цифровые финансы. Криптовалюты и электронная экономика. Свобода или концлагерь? М. : Книжный мир, 2017. 320 с.
- Кирпичев А.Е. Методология выявления имплицитных принципов права // Правосудие/Justice. 2019. Т. 1, № 2. С. 118–132.
- Курышев Е.Ю. Направления инноваций в праве: перспективы развития // Международный научный журнал «Инновационная наука». 2015. № 12. С. 138–141. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/napravleniya-innovatsiy-v-prave-perspektivy-razvitiya/viewer>

Лапаева В.В. Право в «эпоху биотехнологий» (правовой режим преимплантационной генетической диагностики) // Российское правосудие. 2020. № 7. С. 31–43.

Малышева Е.Ю. Телеология в праве (общетеоретический и гражданско-правовой аспекты) : моногр. Н. Новгород : НФ ИБП, 2009. 187 с.

Пашкова Д.А. К вопросу о понятии «инновация» в российском праве // Вопросы экономики и права. 2017. № 6. С. 7–11. URL: https://law-journal.ru/files/pdf/201706/201706_7.pdf (дата обращения 10.05.2020)

Розин В.М. История и методология юридической науки. Юридическое мышление : учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры. М. : Юрайт, 2019. 206 с. URL: <https://urait.ru/viewer/istoriya-i-metodologiya-yuridicheskoy-nauki-yuridicheskoe-myshlenie-442013#page/18> (дата обращения: 10.05.2020).

Санникова А.В., Харитонов Ю.С. Правовая сущность новых цифровых активов // Закон. 2018. № 9. С. 86–95.

Сидоренко Э.А. Правовой статус криптовалют в Российской Федерации // Экономика. Налоги. Право. 2018. № 2. С. 129–137.

Синюков В.Н. Цифровое право и проблемы этапной трансформации российской правовой системы // Lex Russica. 2019. № 9. С. 9–17. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/tsifrovoe-pravo-i-problemy-etapnoi-transformatsii-rossii-skoi-pravovoi-sistemy>

Татаренко А.А. К вопросу о правоотношениях в сфере биомедицинских технологий // Вопросы повышения эффективности судебной защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации : сб. науч. ст. М. : РГУП, 2018. С. 220–238.

Фетисов В.Д., Фетисова Т.В. Проблемы использования биткойна и экономическая безопасность России // Национальные интересы: приоритеты и безопасность. 2018а. Т. 14, № 3. С. 452–464.

Фетисов В.Д., Фетисова Т.В. Финансовая аналитика курса биткойна: факторы, результаты и перспективы // Финансы и кредит. 2018б. Т. 24. № 12. С. 2740–2754.

Фетисова Т.В. [Гл. 1] Теоретические основы инвестиционной политики в условиях становления цифровой экономики // Инвестиционная политика в условиях цифровизации : учебник для магистров / под ред. Н.Н. Никулиной. М. : Юнити-Дана, 2019. 472 с.

Фетисова Т.В., Фетисов В.Д. Правовые аспекты цифровизации финансов в России // Экономика и управление: теория и практика. 2019. Т. 5, № 1. С. 69–78.

Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85–102.

Biard A. Online justice or new far www.est? The difficulty of regulating alternative dispute resolution on online platforms // Revue Internationale de Droit Economique. 2019. Vol. 33, issue 2. P. 165–191.

- Coelho R., De Simoni M., Prenio J. Suptech applications for anti-money laundering // *FSI Insights on Policy Implementation*. 2019. No. 18. URL: <https://www.bis.org/fsi/publ/insights18.pdf>
- Copeland R. A global stablecoin: Revolutionary reserve asset or reinventing the wheel? // *Journal of Payments Strategy and Systems*. 2019. Vol. 13, issue 4, P. 310–321.
- Fetisova T.V. Economic and legal issues of a Bitcoin actual paradigm. III Network AML/CFT Institute International Scientific and Research Conference “FinTech and RegTech” [online]. 2018. URL: <https://knepublishing.com/index.php/Kne-Social/article/view/1538/3643/>
- Veith Ch., Bandlow M., Harnisch M., Wenzler H., Hartung M., Hartung D. How legal technology will change the business of law / The Boston Consulting Group. 2016. URL: http://www.bucerus-education.de/fileadmin/content/pdf/studies_publications/Legal_Tech_Report_2016.pdf
- Sidorenko E.L. Stablecoin as a new financial instrument // *Lecture Notes in Networks and Systems*. 2020. Vol. 84. P. 630–638.
- Sung H.-C. Can online courts promote access to justice? A case study of the internet courts in China // *Computer Law and Security Review*. 2020. Vol. 39, November. Art. 105461.
- Tapscott D., Tapscott A. *Blockchain Revolution: How the technology behind Bitcoin and other cryptocurrencies is changing the world* paperback. N. Y.: Penguin Random House LLC, 2018. 432 p.
- Zheng St. At least 18 central banks are developing sovereign digital currencies // *The Block*. 2019. December 26. URL: <https://www.theblockcrypto.com/linked/51526/at-least-18-central-banks-are-developing>

References

- Apolinskaya, N.V., 2009. *Biologicheskie ob'ekty cheloveka v grazhdanskom prave Rossiyskoy Federatsii* = [Human biological objects in the civil law of the Russian Federation]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Irkutsk. (In Russ.)
- Biard, A., 2019. Online justice or new far www.est? The difficulty of regulating alternative dispute resolution on online platforms. *Revue Internationale de Droit Economique*, 33(2), pp. 165–191.
- Coelho, R., De Simoni, M. and Prenio, J., 2019. Suptech applications for anti-money laundering. *FSI Insights on Policy Implementation*, 18. Available at: <<https://www.bis.org/fsi/publ/insights18.pdf>>
- Copeland, R., 2019. A global stablecoin: Revolutionary reserve asset or reinventing the wheel? *Journal of Payments Strategy and Systems*, 13(4), pp. 310–321.
- Ershov, V.V., 2019. Law in the context of the metamodern paradigm. *Pravosudie/Justice*, 1(2), pp. 15–33. (In Russ.)

- Fetisov, V.D. and Fetisova, T.V., 2018a. Bitcoin use problems and Russia's economic security. *Natsional'nye interesy: priority i bezopasnost'* = National Interests: Priorities and Security, 14(3), pp. 452–464. (In Russ.)
- Fetisov, V.D. and Fetisova, T.V., 2018b. Financial analytics of the bitcoin rate: factors, results and prospects. *Finansy i kredit* = Finance & Credit, 24(12), pp. 2740–2754. (In Russ.)
- Fetisova, T.V. and Fetisov, V.D., 2019. Legal aspects of digitalization of finance in Russia. *Ekonomika i upravlenie: teoriya i praktika* = [Economics and Management: Theory and Practice], 5(1), pp. 69–78. (In Russ.)
- Fetisova, T.V., 2018. Economic and legal issues of a Bitcoin actual paradigm. *III Network AML/CFT Institute International Scientific and Research Conference "FinTech and RegTech"* [online]. Available at: <<https://knepublishing.com/index.php/Kne-Social/article/view/1538/3643/>>
- Fetisova, T.V., 2019. Theoretical foundations of investment policy in the context of the formation of the digital economy [Ch. 1]. In: N.N. Nikulina, ed. *Investitsionnaya politika v usloviyakh tsifrovizatsii* = [Investment policy in the context of digitalization]. Textbook for masters. Moscow: Yuniti-Dana. (In Russ.)
- Gorodov, O.A., 2008. *Pravovaya innovatika: pravovoye regulirovaniye innovatsionnoy deyatel'nosti* = [Legal innovation: legal regulation of innovation]. Moscow: Yurid. kn., 2008. (In Russ.)
- Katasonov, V.Yu., 2017. *Tsifrovye finansy. Kriptovalyuty i elektronnyaya ekonomika. Svoboda ili kontslager'?* = [Digital finance. Cryptocurrencies and the electronic economy. Freedom or concentration camp.]. Moscow: Knizhnyy mir. (In Russ.)
- Khabrieva, T.Ya. and Chernogor, N.N., 2018. Law in a digital reality. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, 1, pp. 85–102. (In Russ.)
- Kirpichev, A.E., 2019. Methodology for identifying implicit principles of law. *Pravosudie/Justice*, 1(2), pp. 118–132. (In Russ.)
- Kuryshv, E.Yu., 2015. [Directions of innovation in law: development prospects]. *Mezhdunarodnyy nauchnyy zhurnal "Innovatsionnaya nauka"* = [International Scientific Journal "Innovative Science"], 12, pp. 138–141. Available at: <<https://cyberleninka.ru/article/n/napravleniya-innovatsiy-v-prave-perspektivy-razvitiya/viewer>> [Accessed 12 May 2020]. (In Russ.)
- Lapaeva, V.V., 2020. Law in the "Age of Biotechnology" (legal regime for preimplantation genetic diagnosis). *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 7, pp. 31–43. (In Russ.)
- Malysheva, E.Yu., 2009. *Teleologiya v prave (obshcheteoreticheskiy i grazhdansko-pravovoy aspekt)* = [Teleology in law (general theoretical and civil law aspects)]. Monograph. Nizhny Novgorod: NF IBP. (In Russ.)

- Pashkova, D.A., 2017. On the issue of the concept of "innovation" in Russian law. *Voprosy ekonomiki i prava* = [Economics and Law Issues], 6, pp. 7–11. Available at: <https://law-journal.ru/files/pdf/201706/201706_7.pdf> (Accessed 5 October 2020). (In Russ.)
- Rozin, V.M. 2019. *Istoriya i metodologiya yuridicheskoy nauki. Yuridicheskoe myshlenie* = [History and methodology of legal science. Legal thinking]. Textbook for bachelor's and master's degrees. Moscow: Yurayt. Available at: <<https://urait.ru/viewer/istoriya-i-metodologiya-yuridicheskoy-nauki-yuridicheskoe-myshlenie-442013#page/18>> [Accessed 12 May 2020]. (In Russ.)
- Sannikova, L.V. and Kharitonova, Yu.S., 2018. Legal essence of new digital assets. *Zakon* = [Law], 9, pp. 86–95. (In Russ.)
- Sidorenko, E.L., 2018. [Legal status of cryptocurrencies in the Russian Federation]. *Ekonomika. Nalogi. Pravo* = [Economy. Taxes. Right], 2, pp. 129–137. (In Russ.)
- Sidorenko, E.L., 2020. Stablecoin as a New financial instrument. *Lecture Notes in Networks and Systems*, 84, pp. 630–638.
- Sinyukov, V.N., 2019. Digital law and problems of gradual transformation of the Russian legal system. *Lex Russica*, 9, pp. 9–17. Available at: <<https://cyberleninka.ru/article/n/tsifrovoye-pravo-i-problemy-etapnoi-transformatsii-rossii-skoi-pravovoi-sistemy>> [Accessed 12 May 2020]. (In Russ.)
- Sung, H.-C., 2020. Can online courts promote access to justice? A case study of the internet courts in China. *Computer Law and Security Review*, 39, art. 105461.
- Tapscott, D. and Tapscott, A., 2018. *Blockchain revolution: How the technology behind bitcoin and other cryptocurrencies is changing the world paperback*. New York: Penguin Random House LLC.
- Tatarenko, L.A., 2018. On the issue of legal relations in the field of biomedical technologies. *Voprosy povysheniya effektivnosti sudebnoy zashchity prav na rezul'taty intellektual'noy deyatel'nosti i sredstva individualizatsii* = [Issues of increasing the efficiency of judicial protection of rights to the results of intellectual activity and means of individualization]. Collection of scientific articles. Moscow: RGUP. Pp. 220–238. (In Russ.)
- Veith, Ch., Bandlow, M., Harnisch, M., Wenzler, H., Hartung, M. and Hartung, D., 2016. How legal technology will change the business of law. The Boston Consulting Group. Available at: <http://www.buceriuseducation.de/fileadmin/content/pdf/studies_publications/Legal_Tech_Report_2016.pdf>
- Volynkina, M.V., 2005. Innovative legislation of Russia. *Zakonodatel'stvo* = [Legislation], 10. Available at: <<https://base.garant.ru/5204031/>> (In Russ.)

Vundt, V.M., 2018. *Sistema filosofii* = [System of philosophy]. In 2 parts. Part 1. Translated by A.M. Voden. Moscow: Yurayt. (In Russ.)

Zheng, St., 2019. At least 18 central banks are developing sovereign digital currencies. *The Block*, December 26. Available at: <<https://www.theblockcrypto.com/linked/51526/at-least-18-central-banks-are-developing>>

Информация об авторах / Information about the authors

Малышева Елена Юрьевна, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского права Приволжского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (603022, Российская Федерация, г. Нижний Новгород, пр. Гагарина, д. 17а)

Elena Yu. Malysheva, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Head of the Civil Law Department, Volga Region Branch, Russian State University of Justice (17a Gagarin Av., Nizhny Novgorod, 603022, Russian Federation).

E-mail: e-malysheva@list.ru

Фетисова Татьяна Владимировна, кандидат экономических наук, доцент, начальник отдела по организации научной и редакционно-издательской деятельности, доцент кафедры гражданского права Приволжского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (603022, Российская Федерация, г. Нижний Новгород, пр. Гагарина, д. 17а). ORCID: 0000-0002-0413-0115

Tatyana V. Fetisova, Cand. Sci. (Economics), Associate Professor, Head of Scientific and Publishing Department, Associate Professor of the Civil Law Department, Volga Region Branch, Russian State University of Justice (17a Gagarin Av., Nizhny Novgorod, 603022, Russian Federation). ORCID: 0000-0002-0413-0115.

E-mail: fetisova.tatyana@mail.ru

Заявленный вклад авторов

Малышева Елена Юрьевна – обзор источников по проблематике исследования, сбор и систематизация данных; анализ и обобщение результатов исследования.

Фетисова Татьяна Владимировна – обзор источников по проблематике исследования, сбор и систематизация данных; анализ и обобщение результатов исследования.

История формирования института авторского права

М.М. Карелина^а, Н.В. Бузова^б

*Российский государственный университет правосудия, г. Москва,
Российская Федерация*

^а ip_laboratory@mail.ru, ^б nbuzova@yandex.ru

Аннотация

Введение. История авторского права самым тесным образом связана с преобразованиями в обществе и развитием в нем общественных отношений. Смена парадигмы в обществе приводит к изменению отношения к творческому труду и его результатам. Выявление общих исторических закономерностей позволяет не только яснее понять проблемы, возникающие в авторском праве, но и определить тенденции дальнейшего развития.

Материалы и методы. В статье проводится анализ зарубежного и российского законодательства об авторском праве в его историческом контексте, начиная от Цензурного устава 1828 г., Закона об авторском праве 1911 г. и заканчивая действующей в настоящее время Частью четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. Рассматриваются также труды известных отечественных правоведов и зарубежных мыслителей, посвященные авторскому праву и творческой деятельности автора.

Результаты исследования. Принято считать, что авторское право относится к институтам гражданского права, однако в отдельные исторические периоды во взаимоотношениях между автором и пользователями, а также обществом в целом проявляются публично-правовые аспекты. Наиболее частая смена публично-правовых и частноправовых подходов наблюдается в авторском праве России, что обусловлено политическими и экономическими изменениями, происходившими в государстве.

Обсуждение и заключение. В настоящее время общество стоит перед очередной сменой парадигмы. Появление новых технологий дало импульс не только для использования объектов авторского права, в том числе в информационно-телекоммуникационных сетях, но и трансформации взаимодействия автора, пользователя и государства в связи с извлечением положительного эффекта от использования творческих результатов. Представляется, что активное внедрение новых технологий, например искусственного интеллекта, не должно привести к доминирующему влиянию государства на авторские правоотношения и заурегулированности авторского права.

Ключевые слова: автор, авторское право, интеллектуальная собственность, исключительное право, книгопечатание, привилегия, произведение

Для цитирования: Карелина М.М., Бузова Н.В. История формирования института авторского права // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 4. С. 153–175. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.153-175

History of the Formation of the Institute of Copyright

Marina M. Karelina, Natalia V. Buzova

Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation

For correspondence: ip_laboratory@mail.ru

Abstract

Introduction. The history of copyright is closely linked to changes in society and the development of social relations in it. A paradigm shift in society leads to a change in attitudes to creative work and its results. The identification of common historical patterns allows us not only to better understand the problems arising in copyright, but also to determine the trends of further development. **Materials and Methods.** The article analyzes foreign and Russian legislation on copyright in its historical context, starting from the Censorship Statute of 1828, the Copyright Law of 1911 and ending with the Civil Code of the Russian Federation. We also consider the works of well-known Russian legal researchers and foreign thinkers devoted to copyright and creative activity of the author.

Results. Despite the fact that it is generally assumed that copyright belongs to civil law institutions, in certain historical periods, the relationship between the author and users, as well as society as a whole, has public legal aspects. The most frequent change in public-law and private-law approaches is observed in Russian copyright, which is due to political and economic changes that have taken place in the state.

Discussion and Conclusion. Currently, society is facing another paradigm shift. The emergence of new technologies has given impetus not only to the use of copyright objects, including in information and telecommunications networks, but also for the transformation of interaction between the author, the user and the state in connection with the extraction of a positive effect from the use of creative results. It seems that the active introduction of new technologies, for example, artificial intelligence, should not lead to the dominant influence of the state on copyright relations and overregulation of copyright.

Keywords: author, copyright, intellectual property, exclusive right, book-printing, privilege work

For citation: Karelina, M.M. and Buzova, N.V., 2020. History of the formation of the institute of copyright. *Pravosudie/Justice*, 2(4), pp. 153–175. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.153–175

Введение

Литературные и художественные произведения сопровождали человека с древнейших времен, и всегда были люди, основной деятельностью которых было создание результатов творчества. Изначально литературные произведения ценились крайне высоко, так как создание книги – процесс весьма сложный, и очень немногие книги издавались в значительном количестве экземпляров при жизни автора. В этой ситуации вопрос о том, чтобы распространение произведения могло представлять экономическую ценность и нуждалось в правовом регулировании, не возникал. Книги по своей ценности приравнивались к семейным драгоценностям. Например, библиотека французского короля Карла V, уделявшего особое внимание собиранию книг, составляла около 900 томов [Bertrand, O., 2018, p. 4].

Являясь институтом гражданского права, авторское право не перестает быть предметом постоянных дискуссий о его правовой природе. Характерные для классической модели континентального права отношения соб-

ственности предполагают господство над вещью, позволяют воздействовать на вещь и/или запрещать другим оказывать это воздействие. В то же время обязательственное право направлено на субъекта и состоит в праве требования от конкретного лица выполнения определенных действий [Скловский, К.И., 2000, с. 54–94]. Авторское право в этом смысле составляет особый объект исследования, так как, являясь абсолютным правом, в то же время предполагает, что третьи лица будут совершать только определенные автором действия по использованию охраняемого произведения. Произведение, не используемое третьими лицами, не представляет интереса для права, поскольку смысл правового регулирования в этой сфере состоит именно в обеспечении интересов автора творческого произведения при использовании его третьими лицами. В связи с этим особое значение приобретают анализ правоотношений, возникающих при использовании авторских произведений, и определение роли и места использования в структуре данных правоотношений в историческом контексте. Понимание современного положения и особенностей института авторского права невозможно без анализа их возникновения и формирования тех правовых механизмов, которые действуют сегодня. Очевидно, что необходимость защиты прав авторов является следствием технического прогресса, так как по мере развития средств копирования результатов творческой деятельности защита прав авторов становится все более зависимой от технологий использования произведений.

Материалы и методы

В качестве объекта исследования, результаты которого приведены в настоящей статье, рассматриваются правоотношения, связанные с созданием и использованием авторских произведений. Основным используемым методом стал исторический метод: институт авторского права рассмотрен в исторической ретроспективе. При рассмотрении авторского права в историческом контексте был также использован метод абстрагирования, позволивший основное внимание сосредоточить на значимых событиях и законодательных актах, существенным образом повлиявших на развитие института авторского права. Учитывая территориальный характер действия авторского права, представляется важным и применение сравнительного метода исследования для оценки национальных походов различных государств, относящихся к континентальной и англо-американской правовым системам, установления их основных отличий и определения общей тенденции к наметившейся конвергенции.

Результаты исследования

Традиционно считается, что зарождение авторского права как правового института связано с появлением книгопечатания в Европе в XV в. и возможностью коммерциализации литературных произведений. Такая позиция поддерживается многими российскими исследователями в области авторского права. Говоря об истории авторского права, исследователи также ссылаются на Древнюю Грецию [Матвеев, А.Г., 2016, с. 33], Древний Рим

[Братусь, Д.А., 2018] и Древнюю Индию [Веинке, В., 1979, с. 15]. Так, в Древней Греции выделяли право на защиту целостности произведения и предусматривался запрет внесения в произведения изменений без разрешения автора [Липчик, Д., 2002, с. 27]. Со ссылкой на Мари-Клода Дока [Dock, M.-C., 1974, p. 145] Делия Липчик также указывает на то, что римские авторы сами принимали решение о возможности обнаружения своих произведений [Липчик, Д., 2002, с. 27].

В России при изучении истории авторского права особое внимание, как правило, уделяется праву государств романо-германской правовой системы, основанному на традиции римского права. Однако современные исследования показывают, что предпосылки для формирования правового регулирования отношений, затрагивающих интересы авторов литературных произведений, имеют гораздо более древнюю историю. Известно, что на территории азиатского континента еще до появления Законов 12 таблиц (V в. до н. э.) как первого систематизированного источника римского права [Покровский, И.А., 1999], существовали цивилизации, в праве которых уделялось внимание тиражированию произведений. Например, «в Китае печатание наглухо вырезанными штампами» осуществлялось с XI в. [Моргунова, Е.А., 2009, с. 21], еще до изобретения печатного станка Гутенбергом, а регулирование отношений, связанных с правом на тиражирование напечатанных текстов, появилось еще во время династии Тан (618–906) и получило развитие в период империи Сун (960–1279), хотя авторского права в современном понимании в указанный период еще не существовало. Следует учитывать, что основанное на конфуцианской и легистской традиции право Китая формировалось как публичное право.

Профессор Гарвардского университета Вильям Альфорд, оценивая историю становления институтов защиты интеллектуальной собственности в Китае, указывает, что «не защита экономических прав авторов и правообладателей, а контроль идей лежит в основе изначальной китайской правовой традиции. При этом первые упоминания правового регулирования отношений между автором или переписчиком текстов относятся к III в. до н. э. и касаются права на копирование текстов и личной подписи» [Alford, W.P., 1995, p. 222]. Предоставление этих прав связано преимущественно с волей сюзерена, являвшегося исключительным источником права в Древнем Китае. Данная правовая традиция в отношении авторского права продолжалась в Китае более 2000 лет, и только в 80-х гг. прошлого века приняты акты в сфере интеллектуальной собственности, связанные с частным правом и соответствующие принципам современного правового регулирования [Alford, W.P., 1994, p. 16; Feng, N., 2005, pp. 14–15]¹.

К самым ранним из известных сохранившихся буддийских текстов, напечатанных методом ксилографии на свитке бумаги, можно отнести Дхарани Сутру (Сутра великого сострадания), найденную во время раскопок пагоды Сакьямуни в храме Булгука в Кенджу (Корея) в 1966 г., которая

¹ Также см.: URL: <https://www.britannica.com/topic/Chinese-law/Early-Westernization-to-the-Cultural-Revolution>

датируется до строительства храма в 751 г., а также Shilla Diamond Сутру (Алмазная сутра) 858 г. В тексте Алмазной сутры, которая хранится в Британском музее, содержится приписка: «С благоговением сделано для всеобщего бесплатного распространения Ван Цзе по поручению его родителей в 15-м числе 4-й луны года Сяньтун», согласно современному календарю 11 мая 868 г.²

Авторское право – институт привилегий

В отличие от азиатской модели, условно основанной на имперском типе власти в период раннего феодализма Китая XI–VII вв. до н. э., в которой интеллектуальная собственность исторически рассматривается как объект публично-правового регулирования [Feng, N., 2005, p. 10], европейский подход возник значительно позднее (XV в.) и напрямую связан с необходимостью интеграции результатов творческой деятельности в гражданский оборот в условиях технической революции.

Считается, что авторское право является детищем технического прогресса. Изобретение в середине XV в. книгопечатания совершило переворот в сфере распространения знаний. Французский король Людовик XII, известный своими реформами судебной системы и финансов, назвал изобретение книгопечатания «скорее божественным, чем человеческим». Однако возможность достаточно простого копирования литературных произведений и появление книг как товара, приносящего доход, заставили подумать о необходимости защиты экономических и иных интересов автора и издателя.

Если в азиатской модели доминирующими были личные права (например, право на указание своего имени), то европейская модель базировалась на экономической исключительности прав автора или издателя. Можно сказать, что в Европе даже система привилегий носила экономический характер. По мнению ряда исследователей, это является причиной недостаточного внимания к защите прав на интеллектуальную собственность в настоящее время в ряде азиатских стран [Alford, W.P., 1994, pp. 15–16].

Авторское право Европы изначально формировалось как институт, обеспечивающий защиту коммерческих интересов автора и издателя. При этом на первом этапе еще не произошло четкого разграничения этих интересов.

М. Лютер в 1525 г. в предисловии к «Истолкованию апостольских посланий и Евангелия от Филиппова поста до Пасхи» жаловался на то, что наборщик украл у него незавершенную рукопись и издал ее. Он призывал книгопечатников не «грабить и не красть произведения» [Антонович, А.Я., 1890, с. 335, 336]. Таким образом, М. Лютер был одной из первых жертв и стал борцом с контрафактом (нарушением авторских прав), правда, путем проповеди, а не закона.

² URL: <https://www.pnp.ru/social/kakaya-samaya-drevnyaya-pechatnaya-kniga-doshla-do-nas.html>; <https://web.archive.org/web/20131110093610/http://www.bl.uk/onlinegallery/sacredtexts/diamondsutra.html>

В XV веке Венецианская республика являлась одной из наиболее развитых на территории современной Европы, и неудивительно, что первые привилегии в книжном деле были получены именно на ее территории. Первой известной записью о пятилетней монополии является привилегия, предоставленная немецкому иммигранту из Майнца Йоханнесу. В 1469 году немецкий мастер-изобретатель Йоханнес Шпейер начал печатать книги в Венеции и получил привилегию на опубликование писем Цицерона и Плиния³.

3 января 1491 г. Венецианской республикой была выдана привилегия Петру Равенскому, магистру канонического права, которая гласила: «Явившийся к светлейшему вождю и в славные наши владения знатный юрис-консульт по имени Петр из Равены, читающий каноническое право... почтительно заявил, что в течение всей своей жизни употребил весьма много старания и труда... почему смиренно просил, дабы запрещено было другим собирать плоды его трудов и бессонных ночей. Признавая справедливость и пристойность этой просьбы... чтобы никто не осмеливался в городе Венеции и во всех подвластных нам славных владениях печатать или продавать отпечатанные экземпляры сказанного сочинения, озаглавленного Phoenix, под страхом конфискации этих экземпляров и уплаты двадцати пяти ливров за каждый из них. Тому же наказанию подлежат и те, кои станут продавать в вышеназванных славных владениях те же книги, отпечатанные в других местах, исключая только того типографа, которому вышесказанный доктор это разрешит» [Табашников, И.Г., 1878, с. 189–190]. Текст этой привилегии является наглядным примером того, какие права предоставлялись владельцу привилегии. В данном случае привилегия была предоставлена автору.

³ “A di 18 Septembrio fo scomenzà a Veniesia a stampar libri: inventor un maestro Zuane de Spira, todescho, et stampò le epistole de Tullio, et Plinio.” Cf. Carlo Castellani, *La stampa in Venezia*, p. 13 from manuscript Marc. It VII 125 (c. 133), and less exactly in Marino Sanudo, *Vite dei dogi*, in RR.II.SS., XXII, Mediolani 1733, col. 1189 D. [Si conserva nell’Archivio di Venezia un piccolo registro, scritto di mano del Sanudo, intitolato Notabilia, che contiene in gran parte estratti dal Notatorio del Collegio. ASV, Collegio, Notatorio, reg. XIX (1467–1473), fol. 55 verso]. This document has been transcribed and published in several books; among others in Rinaldo Fulin, “Documenti per servire alla storia della tipografia veneziana”, *Archivio Veneto* 23 (1882): 84–212, 390–405; Carlo Castellani, *La stampa in Venezia dalla sua origine alla morte di Aldo Manuzio Seniore, con appendice di documenti in parte inediti* (Trieste : Edizioni LINT, 1973), 69; and Horatio Fortini Brown, *The Venetian Printing Press 1469–1800: An Historical Study Based upon Documents for the Most Part Hitherto Unpublished* (London : John C. Nimmo, 1891). В дальнейшем ссылки на первоисточники текстов документов даются с сайта Primary Sources on Copyright (1450–1900), eds. L. Bently & M. Kretschmer (URL: [http:// www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org)), который является цифровым архивом первоисточников по авторскому праву от изобретения печатного станка (ок. 1450 г.) до Бернской конвенции (1886 г.), профинансированным Советом по исследованиям в области искусства и гуманитарных наук Великобритании (AHRC).

Но это скорее исключение из общего правила, так как изначально привилегии давались только на издательскую деятельность и распространение книг. Говоря современным языком, они предоставляли издателю права на использование произведения путем воспроизведения (печатаение книги) и ее распространение. Интересно и то, что в данной привилегии определены основания для привлечения к ответственности, санкции и территория действия привилегий, включая право на импорт, а также предоставлялось право передавать исключительные права, определенные привилегией, по усмотрению обладателя привилегии.

В основном привилегии давались на произведения, право печатания которых не могло быть личной привилегией автора. К таким творениям можно отнести библию и иные церковные произведения, труды античных авторов, а также книги, которые были обнародованы до изобретения книгопечатания.

Выдавать привилегии могли не только царствующие особы, но и иные лица и органы, обладающие полномочиями на определенной территории, например на территории Парижа, и т. д.⁴ Таким образом, было положено начало территориального принципа действия авторского права.

В качестве примера можно привести следующие привилегии, выданные в конце XV – начале XVI в., определившие общие тенденции первого периода формирования институтов защиты прав на литературные произведения. Герцог Миланский Людовик Сфорца в 1495 г. выдал привилегию издателям Михаилу Фернеру и Евстахии Зильберу. В 1497 году Венецианская республика выдала привилегию на сочинения Теренция, напечатанные Лазарем Соарди. В 1506 году папа Юлий II выдал привилегию римским книгопродавцам на географию Птолемея «сроком на шесть лет или пока названная книга не будет распродана, под угрозой отлучения от церкви» [Табашников, И.Г., 1878, с. 187–200]. Как уже упоминалось, привилегии не ставили своей целью защитить интересы автора, а лишь предоставляли определенному лицу исключительное срочное право на использование произведения. В ряде случаев это право предоставлялось самому автору, чаще – издателю, но это право могло предоставляться и в качестве награды за определенные заслуги людям, не занимающимся издательской деятельностью, как возможность получения дополнительного дохода. Так, в 1597 г. привилегия на сочинения Ронсара была предоставлена профессору Жану Голандиусу «в знак уважения его верности и заслуг». Это соответствовало представлениям о предоставлении в качестве высочайшей милости монополии на торговлю теми или иными товарами лицам, торговлей не занимающимся [Табашников, И.Г., 1878, с. 192; Шершеневич, Г.Ф., 1891, с. 86].

Чем больше развивалось книгопечатание, тем острее вставал вопрос о защите интересов на рынке литературных произведений. Однако ин-

⁴ Book trade regulations and incorporation of the Parisian book trade, Paris (1618), Primary Sources on Copyright (1450–1900), eds. L. Bently & M. Kretschmer, Bibliothèque nationale de France: Mss. Fr. 22061 № 6. URL: <http://www.copyrighthistory.org>

тересы автора первое время в расчет не брались, и защите подлежали только права издателей и книготорговцев. При выдаче привилегии им предоставлялось исключительное право на издание и продажу экземпляров произведения. Обладатель привилегии мог запретить любому лицу использование привилегированного произведения, сам автор в этом случае оказывался бесправным, а произведения, не попадающие под привилегию, вообще не подлежали защите. «В 1540 году Иоахим Перион перевел и напечатал свой перевод “Политики” Аристотеля, другой ученый напечатал эту книгу в 1552 г. без согласия автора с некоторыми поправками. У переводчика не было никакого средства воспрепятствовать подобному причинению убытка, кроме заявления жалобы на сделанные дополнения и оскорбление его личного авторского интереса» [Табашников, И.Г., 1878, с. 192].

Изначально привилегии носили персонифицированный характер, но развитие книгопечатания и нравы эпохи Возрождения потребовали более свободного решения проблемы предоставления прав на издательскую деятельность и формального определения, о каких именно правомочиях идет речь. Венецианская республика была наглядным примером этого процесса [Borghi, M., 2010]. Привилегии выдавались на публикации конкретных произведений или серии произведений отдельных авторов. Например, Антонио Бладо и Бернардо Гиунти в 1531 г. были выданы привилегии на публикацию произведений Макиавелли⁵. Позднее были приняты акты, касающиеся предоставления привилегий на публикацию⁶.

Очевидно, что вся история борьбы мнений вокруг понятия интеллектуальной собственности сводится в конечном итоге к определению предмета правового регулирования [May, Ch. and Sell, S., 2005, pp. 3–4; Drahos, P., 1996; May, Ch., 2000; Sell, S., 2004]. В силу специфики авторского права, его существенных отличий от других отраслей права, оперирующих материальными объектами, это первый правовой институт, который стал работать с понятием нематериального объекта. Поэтому дискуссия о том, что же такое исключительные права и интеллектуальная собственность, началась еще в XVI в. и продолжается до настоящего времени. Окончательного результата, к сожалению, пока нет [Yu, P.K., 2012, pp. 340–347].

Если посмотреть на историю развития института исключительных прав применительно к авторскому праву, то видно, что с появлением книгопечатания вопрос о том, каков правовой смысл этих правомочий, был наиболее важным и наиболее дискуссионным с момента появления привилегий.

⁵ Antonio Blado's privilege for Machiavelli's works (Italy), 1531; Bernardo Giunti's privilege for Machiavelli's works (Italy), 1531.

⁶ Venetian Decree on Author-Printer Relations (Italy), 1545; Decree Establishing the Venetian Guild of Printers and Booksellers, 1549; Statutes of the Venetian Guild of Printers and Booksellers (Italy), 1549. URL: http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/browser.php?view=country_record¶meter=Italy&country=&core=all

Привилегии появились как реакция общества на появление нового товара – копии литературного произведения (книги), который не укладывался в рамки традиционных отношений, основанных на вещном характере объектов. Однако привилегии как разовые акты не носили общерегулятивного характера и не могли решить принципиальные вопросы регулирования в сфере авторского права.

Если на начальном этапе привилегии выдавались конкретному лицу и носили индивидуальный характер, то в дальнейшем привилегии стали носить более общий характер. Они стали как бы типовыми, и их стали выдавать различным категориям книготорговцев и книгоиздателей в качестве разрешения на определенный вид деятельности, выраженного в форме особого документа.

Например, в Англии первая привилегия на публикацию произведений была предоставлена в 1518 г. Выдача привилегий была королевской прерогативой [Arlin, T. and Davis, J., 2017, p. 59]. Привилегии выдавались даже на книжных ярмарках в различных городах Европы уполномоченными органами либо должностными лицами. Подобное положение существовало до принятия первых законов, устанавливающих правовой статус авторов и издателей.

Первым законом, который может быть отнесен к законам об авторском праве, был так называемый «Статут Королевы Анны» 1710 г.⁷ В нем впервые именно автору, а не издателю и книготорговцу предоставлялось исключительное право на использование своего произведения в течение 14 лет с момента его создания. Данное правомочие могло быть продолжено еще на 14 лет, но в течение жизни автора. В дальнейшем аналогичные законы были приняты во многих европейских странах.

В 1763 году в Испании королевским постановлением были предоставлены права автору привилегии по использованию своего произведения, а в 1764 г. эта привилегия была дополнена правом наследования⁸.

Во Франции в 1777 г. в «Постановлении о принципах»⁹ было сформулировано понятие авторского права: «Привилегия есть милость, основанная на справедливости, и служит она и вознаграждением за работу, если предоставляется автору, а если книготорговцу, то обеспечивает возмещение его расходов» [Флорансон, П., 2001, с. 13].

Автор рассматривался как такой же участник коммерческого оборота, как и книготорговец, нуждающийся в правовой защите своих экономиче-

⁷ An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned. URL: <http://www.copyrighthistory.com/anne.html>

⁸ Rules for Printers and Book Merchants' Guild in Madrid, Madrid (1763), Primary Sources on Copyright (1450–1900), eds. L. Bently & M. Kretschmer. URL: www.copyrighthistory.org

⁹ French Decree of 30 August 1777, on the Duration of Privileges (1777) // Privilege and property. Essays on the History of Copyright. Ronan Deazley, Martin Kretschmer and Lionel Bently eds. Cambridge, 2010. URL: <https://books.openedition.org/obp/1078?lang=en>

ских интересов. Законы об авторском праве во Франции появились в результате революции 1789 г., так как принятие Декларации прав и свобод человека и гражданина отменило все привилегии: законы 1791 и 1793 гг. установили права автора литературного произведения на результаты его творческой деятельности.

Таким образом, вторая половина XVIII в. и начало XIX в. явились периодом, в который сформировалась основа правового регулирования в области авторского права. С этого времени можно говорить о существовании законодательства об авторском праве как о самостоятельном правовом институте. В этот период законодатели начали активно разрабатывать правовые механизмы, обеспечивающие защиту прав авторов, регулирующие правоотношения в сфере создания произведений и их использования.

Следует заметить, что законодатель в первую очередь обращал внимание на издателя, потому что именно он делал публичным и общедоступным произведение автора. Поэтому законы были ориентированы прежде всего на защиту интересов издателей. Автор выступал в качестве некоего факультативного элемента, и не всегда его интересы были достаточно эффективно защищены. Это противоречие, естественно, вызвало попытки осознать, что же должно регулировать авторское право, кто является носителем этого права и, собственно говоря, что является предметом и объектом регулирования в авторско-правовых отношениях.

В отличие от устоявшихся институтов, связанных с механизмами вещного права, имеющих традиции еще с Юстиниана, в авторском праве регулированию подлежали нематериальные объекты. Процесс осмысления этого был, с одной стороны, крайне острым и бурным, с другой стороны, разброс мнений и подходов был столь велик, что в данную дискуссию включились даже величайшие философские умы. Ученые и мыслители начинают задумываться о главенствующей роли автора как творца произведения, и постепенно подход в предоставлении привилегий меняется. Так, И. Кант в статье «О неправомерности книгопечатания» отмечал, что «автор держит речь к своему читателю, а издатель через свои экземпляры говорит от имени автора» [Kant, I., 1785], определяя именно автора в качестве носителя прав на литературное произведение. Он обращал внимание на разницу между произведением как плодом творчества автора и книгой как материальным объектом, подчеркивал, что с экземплярами издания издатель может делать все, что ему заблагорассудится, но он не может действовать иначе как в рамках полномочий, предоставленных ему автором в отношении произведения как такового. По мнению И. Канта, издательская деятельность есть управление делами другого (автора. – М.К., Н.Б.) по его полномочию. Он рассматривает отношения издателя и автора в контексте моральных прав. В этом мы впервые сталкиваемся с неким противопоставлением моральных прав и имущественных прав. Кант не акцентирует внимание на имущественных правах, но он очень четко обозначил, что экземпляр произведения и само произведение – два разных правовых объекта. У автора и издателя возникают абсолютно разные полномочия по поводу использования этих объектов. Издатель может совершать дей-

ствия с произведением только на основании уступленных автором прав. Это очень важный момент, на который следует обратить внимание при дальнейшей оценке института использования авторского права [Табашников, И.Г., 1878, с. 26–30].

Авторское право и право собственности

Однако технические преобразования отразились и на отношении к использованию творческих объектов. Произведения все в большей степени рассматриваются как товар. Система привилегий в авторском праве трансформируется в определенной степени в право собственности на нематериальные объекты, созданные авторами. Права на результаты творчества стали рассматриваться как один из видов собственности. Подобный подход был очевидно прогрессивен, так как указывал на необходимость защиты результатов творческой деятельности в рамках наиболее эффективных правовых институтов того времени.

Вместе с тем некоторые ученые, например Гегель, отделяли понятие собственности на отдельный экземпляр от собственности на общедоступный способ воспроизводить и распространять книгу. При этом в первом случае вместе с продажей экземпляра все права на него переходят покупателю, а в случае собственности на общедоступный способ права воспроизводить и распространять издание остаются за автором и служат ему источником дохода [Табашников, И.Г., 1878, с. 37]. Гегель отделял понятие экземпляра произведения как вещного объекта, подлежащего регулированию гражданским правом, от права производить и распространять (исключительное право) произведение как особого института правомочий лично автора. Вопрос о сложности и простоте копирования различных объектов авторского права крайне важен, так как по мере развития технологий фиксации творческих произведений расширяется и усложняется круг объектов, подлежащих правовой защите. Гегель не мог предвидеть развитие цифровых технологий, которые сделали возможными копирование любых объектов авторского права.

Право собственности в представлении французских мыслителей – неотъемлемое право человека, а «творение – плод мысли писателя является самой сокровенной, самой законной, самой неоспоримой и личностной из всех видов собственности» [Флорансон, П., 2001, с. 13]. Исходя из этого подхода было сформулировано понятие «интеллектуальная собственность», и сам факт его появления ознаменовал начало нового периода развития общества.

Проблема исключительных прав на объекты авторского права подробнее освещена и в работе П.Ж. Прудона «Литературные майораты (разбор проекта закона, имеющего целью установить монополию в пользу авторов, изобретателей и художников)» [Прудон, П.Ж., 1865]. В этой работе он подробнее проанализировал проблему исключительных прав автора на свое произведение в контексте разграничения понятий исключительных прав и традиционного вещного права. Прудон использовал сравнение институтов интеллектуальной собственности с зе-

мельной собственностью, доказывая, что два эти института не могут уравниваться в юридическом значении.

Говоря о невозможности применения к авторскому праву институтов вещного права, Прудон с иронией цитирует Наполеона III, который утверждал в 1884 г., «что интеллектуальная собственность такая же собственность, как земля или дом, она должна пользоваться теми же правами и не может быть нарушена иначе, как в интересах общественной пользы» [Прудон, П.Ж., 1865, с. 17]. Прудон подчеркивал, что автор произведений – такой же производитель, как и булочник, и продукт его труда также составляет его имущества, «но это имущество не есть еще капитал, а тем менее собственность» [Прудон, П.Ж., 1865, с. 27]. Характерно, что действующее законодательство подтверждает этот вывод Прудона и ГК РФ относит исключительные права к имуществу (ст. 128, ст. 132), хотя очевидно, что Прудон понимал под имуществом нечто отличное от современного толкования понятия имущества и собственности.

По его мнению, хотя произведение и можно рассматривать как собственность автора и он может сделать со своей рукописью все, что ему угодно: «...сжечь, поставить в рамку, подарить своему соседу, но будем избегать неточных выражений, собственность собственности рознь. Это слово принимается в различных значениях и переходит от одного толкования к другому... Что бы сказали вы физику, который, написавши трактат о свете и сделавшись вследствие того его собственником, стал бы утверждать, что к нему перешли все свойства света» [Прудон, П.Ж., 1865, с. 25–26]. Это высказывание не утратило своего значения до настоящего времени, поскольку право собственности на информацию является предметом постоянных научных дискуссий, и в первой редакции Федерального закона от 20 февраля 1995 г. № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации»¹⁰ прослеживалась именно эта позиция.

Далее Прудон оценивает отношения автора и общества как безмолвный договор, вследствие которого в виде вознаграждения за труд автору предоставляется на известное время исключительное право продавать написанную им книгу. Причем ученый считал, что срок авторского права должен быть ограничен тридцатью годами, так как в дальнейшем книга теряет свою актуальность [Прудон, П.Ж., 1865, с. 41–45].

Выводы Прудона о том, является ли интеллектуальная собственность разновидностью вещного права, однозначны. Он говорил, что «нет и не может быть литературной собственности, аналогичной собственности земельной, и к сфере интеллектуальной собственности неприменим принцип владения, т. к. в эту сферу не допускается эгоизм и продажность» [Прудон, П.Ж., 1865, с. 186–187]. Таким образом, Прудон четко определил свое отношение к интеллектуальной собственности как к особому объекту, не связанному с традиционным вещным правом. Однако он не смог сформулировать понятие исключительных прав, поскольку рассматривал вознаграждение автора как плату за труд в рамках традиционных трудовых

¹⁰ Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 8. Ст. 609.

отношений, что в дальнейшем нашло отражение в целом ряде работ, в том числе и советских исследователей авторского права.

Поиск оптимальных механизмов регулирования отношений, связанных с использованием нематериальных объектов, привел к длительной дискуссии в правовой науке, которая и в настоящее время не закончена. Особенно остро проблема охраны личных прав авторов стоит в странах с континентальной правовой системой, где институт права собственности традиционно привязан к вещественным объектам, а права авторов помимо имущественных прав содержат и личные неотъемлемые права (*droit moral*) – такие, как право авторства, право на неприкосновенность произведения и другие. Авторское право в системе общего права изначально ориентировано на имущественные прерогативы и связывалось с институтом собственности. Но следует учитывать, что сам институт права собственности рассматривается как исключительное право и не столь тесно связан с вещным правом, как в континентальной системе [Васильев, Е.А., 1993, с. 200].

К концу XIX – началу XX в. уже многие европейские страны приняли законодательство об авторском праве. Например, в Австрии действовал Закон об авторском праве от 26 декабря 1895 г.¹¹, Бельгии – от 22 марта 1886 г., Германии – от 19 июня 1901 г.¹², 9 января 1907 г.¹³, Дании – от 24 марта 1865 г., Италии – от 19 сентября 1882 г., Испании – от 10 января 1879 г., Норвегии – от 12 мая 1877 г., Турции – от 10 января 1888 г., Финляндии – от 15 марта 1880 г., Швеции – от 10 августа 1877 г.; в Швейцарии Федеральный закон об авторском праве был принят 23 апреля 1883 г. [Займовский, С.Г., 1914, с. 105–118].

Авторское право в государствах общего права строилось как право на копирование и не затрагивало проблемы, связанные с личностью автора. Законы об авторском праве носили чисто утилитарный характер обеспечения экономических интересов авторов произведения. С точки зрения осуществления защиты прав в суде эта система была более приспособлена к рассмотрению дел о нарушениях авторского права, так как судьи привыкли оперировать понятием право применительно к любым объектам гражданских прав, в том числе и вещным, и дискуссии о характере отношений собственности применительно к исключительным правам там не возникало.

Вместе с тем личные неимущественные права оказались сложной проблемой для стран англо-американской системы. Изначально законы об авторском праве (*copyright acts*) в этих странах не содержали норм о личных правах, и их включение стало возможным в результате длительной дискуссии, связанной с формированием международных механизмов регулирования авторского права (ст. 6 bis Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений (далее – Бернская

¹¹ В Австрии положения об авторском праве нашли отражение в постановлении от 9 ноября 1837 г. и далее – в Законе 1846 г. (см. [Schwanke, I., 2002]).

¹² Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst.

¹³ Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie.

конвенция)¹⁴. Разделы, касающиеся личных неимущественных прав, в настоящее время включены в законы об авторском праве Австралии¹⁵, Великобритании¹⁶ и США¹⁷. Все они закрепляют право признаваться автором произведения, право на имя и право на защиту от диффамации. Дополнительно указывается, что личные права не наследуются. Таким образом, под давлением международных норм и в странах англо-американской системы введены не типичные для системы «копирайт» (copyright) моральные (личные неимущественные) права, так как концепция права на копирование, реализуемая в законах стран англо-американской системы, предполагала регулирование вопросов, связанных только с имущественными правами по использованию произведения. В связи с этим субъектом копирайт может быть как физическое, так и юридическое лицо, обладающее правами на использование произведения.

Формирование института авторского права в России

Период государственного и церковного контроля. В России предпосылки к зарождению правового регулирования отношений в сфере книгопечатания появились с созданием первой типографии в 1563 г., а фактически – с утверждением царской монополии на печать, поскольку финансирование созданного для этого печатного дома Иван IV возложил на казну¹⁸.

Однако серьезного развития печатное дело в России не получило. Даже с отменой Указом от 1 марта 1771 г. монополии на содержание типографий казной и предоставлением права печатать книги иностранным типографиям и на иностранных языках существенного изменения в издательской деятельности не произошло [Гессен, С., 1987, с. 10].

Особенность регулирования отношений в сфере авторского права на территории Российской империи проявилась не в экономической необходимости включения литературных произведений в коммерческий оборот, а в осуществлении государственного и церковного контроля за их содержанием.

Появление авторского права в России фактически связывают с принятием Цензурного устава 1828 г., в котором содержалась глава, определявшая правовой статус «сочинителей и издателей книг» и указывавшая на то, что автор и переводчик имели исключительное право на использование своего произведения в течение своей жизни.

Развитие законодательства в этой области шло по пути постепенного расширения круга объектов, подлежащих охране, включая музыкальную и художественную собственность. В 1877 году положения об охране прав

¹⁴ Берн, 9 сентября 1886 г.

¹⁵ Australia. Copyright Act 1968. URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00180>

¹⁶ UK. Copyright, Designs and Patents Act 1988. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>

¹⁷ U.S. Copyright Law. URL: <https://www.copyright.gov/title17/>

¹⁸ URL: <http://lib.pushkinskijdom.ru/Default.aspx?tabid=10178>

авторов были включены в Законы гражданские (т. X ч. 1 Свода законов Российской империи).

Исключительное право на произведение в дореволюционный период. История авторского права в России, как и в любом другом государстве, прямо связана с историческими этапами ее развития и общими тенденциями российского права. Как уже упоминалось, в XIX в. права на произведения рассматриваются как товар, использование произведений, носящих нематериальный характер, беспрепятственно «пересекает» границы государств, способствуя развитию книгоиздания и распространению экземпляров произведений в других государствах без выплаты вознаграждения. Государства начинают задумываться об охране прав своих граждан за рубежом (в результате чего разрабатывается Бернская конвенция), а также стремиться к гармонизации законодательства об авторском праве, упоминая об этом в двусторонних торговых соглашениях. Стремясь расширить торговые отношения с европейскими государствами, в конце XIX – начале XX в. Россия реформирует законодательство, в том числе касающееся авторского права. Экономическая интеграция дает импульс к появлению исключительных прав в российском законодательстве, право автора – не просто монополия или возможность осуществлять цензуру за выпуском произведений, а товар, имеющий определенную стоимость.

20 марта 1911 г. был принят Закон об авторском праве на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения, введший понятие исключительных прав, что устанавливало для российских авторов режим использования произведений, близкий к международным требованиям. Принятием указанного Закона расширен круг субъектов авторского права, охраняемых авторским правом произведений; права признавались в том числе за русскими авторами, создавшими свои произведения за границей, уделялось внимание положениям издательского договора, без разрешения автора не могли быть внесены изменения, и ограничивалась свобода перевода произведений, изданных в других государствах.

Период национализации авторских прав. В соответствии с Декретом Совета Народных Комиссаров о признании научных, литературных, музыкальных и художественных произведений государственным достоянием от 26 ноября 1918 г. № 900¹⁹ (далее – Декрет) любое опубликованное или неопубликованное произведение могло быть признано государственным достоянием. Произведение, объявленное государственным достоянием, могло «размножаться» и распространяться только Наркоматом просвещения или по согласованию с ним другими советскими учреждениями (ст. 2 Декрета). Публичное исполнение драматических и музыкальных произведений, объявленных государственным достоянием, могло осуществляться также с разрешения Наркомата просвещения. Если произведение не было объявлено государственным достоянием, для его воспроизведения и распространения требовалось согласие автора (ст. 3 Декрета). Использование произведений без соответствующего разрешения вопреки положениям Декрета

¹⁹ Собрание узаконений и распоряжений правительства. 1918. № 86.

рассматривалось как нарушение государственной монополии, что влекло за собой ответственность.

Исключительное право автора в период НЭПа. Новая экономическая политика, начало которой было положено в 30-е гг. XX столетия, вновь возрождает в России частноправовые отношения и меняет подходы к авторскому праву. Согласно постановлению Центрального Исполнительного Комитета и Совета Народных Комиссаров СССР от 30 января 1925 г. об основах авторского права²⁰ (далее – Основы 1925 г.) авторское право признавалось за авторами и их правопреемниками. Автору предоставлялось исключительное право выпустить произведение в свет под своим именем, анонимно или под псевдонимом, всеми дозволенными способами воспроизводить и распространять произведение, а также извлекать имущественные выгоды из своего исключительного права (ст. 3 Основ 1925 г.). Но если согласно Основам 1925 г. авторское право, как правило, действовало в течение 25 лет со времени появления произведения в свет (ст. 6), то Основы 1928 г.²¹ предусматривали, что авторское право принадлежит автору пожизненно, а после его смерти переходит к его наследникам на пятнадцать лет (ст. 10 и 15).

Авторское право – право на вознаграждение. Идеологические изменения, которые повлекли за собой принятие в 1961 г. Программы построения коммунизма в СССР, отразились в целом на гражданском праве – не только на праве собственности (была упразднена частная собственность на средства производства), но и на правах авторов. Основы гражданского законодательства СССР и союзных республик 1961 г. (ст. 96–106), а вслед за ними и Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. изменяют подход к содержанию авторских прав. Автору принадлежало право на опубликование, воспроизведение и распространение своего произведения всеми дозволенными законом способами под своим именем, под условным именем (псевдоним) или без обозначения имени (анонимно), на неприкосновенность произведения. Но вместо исключительного права на произведение, признававшегося за авторами Основами 1925 г. и Основами 1928 г., автору принадлежало право на получение вознаграждения за использование произведения другими лицами, кроме случаев, указанных в законе (ст. 98 Основ 1961 г. и ст. 479 ГК РСФСР 1964 г.). Основы 1961 г. и ГК РСФСР 1964 г. были направлены в большей степени на урегулирование отношений, касающихся произведений, созданных в связи с выполнением автором своих трудовых обязанностей [Черничкина, Г.Н., 2018, с. 59]. С принятием указанных актов авторское право в России стало развиваться по пути отрицания монополии автора на использование своего произведения: речь шла лишь о праве распоряжения произведением в пределах, установленных законом.

²⁰ Собрание законов и распоряжений рабоче-крестьянского правительства Союза Советских Социалистических Республик. 1925. № 7. Ст. 67.

²¹ Постановление Центрального Исполнительного Комитета СССР и Совета Народных Комиссаров СССР от 16 мая 1928 г. // Собрание законов и распоряжений рабоче-крестьянского правительства Союза Советских Социалистических Республик. 1928. № 27. Ст. 246.

Следует отметить, что объем фактических правомочий автора по использованию произведения постепенно увеличивался, и ГК РСФСР 1964 г.²² (ст. 475) значительно расширил примерный перечень произведений, являющихся предметом авторского права. В число других произведений включены сценарные планы, телевизионные фильмы, радио- и телевизионные передачи, произведения декоративно-прикладного искусства, чертежи, географические, геологические и т. п. карты; граммофонные пластинки и прочие виды технической записи произведений. Вместе с тем перечень объектов авторского права, закрепленный в ч. 3 ст. 475 ГК РСФСР 1964 г., являлся примерным, поскольку вслед за перечислением отдельных видов произведений закон устанавливал, что предметом авторского права могут быть и другие произведения [Иоффе, О.С. и Толстой, Ю.К., 1965, с. 395–396].

Исключительное авторское право в период развития рыночных отношений. Очередные преобразования в политической и экономической системе государства снова выдвинули на первый план частноправовые отношения. Кардинальное изменение подхода к понятию «использование произведений» и к монополии автора было вызвано принятием в 1991 г. Основ гражданского законодательства СССР и республик (далее – Основы 1991 г.). В них предусматривалось в числе имущественных прав специальное право на использование произведения как право осуществлять или разрешать: его (произведения) воспроизведение любыми способами – в печати, путем публичного исполнения, передачи в эфир, в видео- и звукозаписи, по кабельному телевидению, с помощью спутников, иных технических средств; перевод, переработку произведения; распространение экземпляров воспроизведенного произведения; реализацию архитектурного и дизайнерского проекта и т. п. (ст. 135 Основ 1991 г.).

Монополия прав автора формулировалась таким образом: автор может передать право на использование своего произведения как на территории СССР, так и за рубежом любым гражданам и юридическим лицам, в том числе иностранным (ст. 135 Основ 1991 г.).

Закон Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5351-І «Об авторском праве и смежных правах» и присоединение к Бернской конвенции обеспечили адекватную охрану прав российских авторов и фактически завершили переход российского законодательства в современное международно-правовое пространство охраны авторских прав.

Принятие в 2006 г. Части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации создало современный, эффективный правовой механизм защиты авторских и смежных прав в рамках гражданского законодательства и расширило возможности автора или иного правообладателя активно участвовать в гражданском обороте.

²² Гражданский кодекс РСФСР // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. № 24. Ст. 406 ; 1966. № 32. Ст. 771 ; 1973. № 51. Ст. 1114 ; 1974. № 51. Ст. 1346 ; 1986. № 23. Ст. 638 ; 1987. № 9. Ст. 250 ; 1988. № 1. Ст. 1 ; 1991. № 15. Ст. 494 ; 1992. № 15. Ст. 768 ; № 29. Ст. 1689 ; № 34. Ст. 1966.

Обсуждение и заключение

Авторское право самым тесным образом связано с интеллектуальной жизнью общества и обусловлено уровнем развития как социальных, так и экономических институтов. Историческая ретроспектива показывает, что правовые решения в сфере интеллектуальной собственности реализовывались в рамках приоритетных направлений развития соответствующих правовых систем. Так, в Китае правоотношения, связанные с публикацией и тиражированием произведений, традиционно развивались в рамках публичного права, доминирующего вплоть до реформ 80-х гг. прошлого века, когда кардинально изменился подход к международной экономической интеграции. Вступление Китая во Всемирную организацию интеллектуальной собственности в 1980 г. и принятие в 1990 г. Закона об авторском праве существенным образом изменили правовую ситуацию в государстве. Правоприменение в сфере авторского права, учитывая многовековые традиции, с трудом воспринимается обществом как монопольное право, и все мы знаем о массовом производстве контрафактных экземпляров произведений в Китае.

Совершенно иная ситуация формирования и применения авторского права сложилась в Европе. Традиционно развивающаяся на базе римского права правовая система европейских государств, где признавалась важность для экономики и общественного развития института защиты прав творца, из режима частных привилегий в XIV–XV вв. достаточно быстро трансформировалась в монопольное право автора и правообладателя, что существенно повлияло на ускорение экономического прогресса в государствах средневековой Европы.

В истории авторского права России явно прослеживаются периоды преобладания то публично-правовых, то частноправовых подходов в зависимости от идеологической и экономической ситуации в государстве. В условиях усиления роли государства в контроле за экономикой в правовом регулировании, затрагивающем права и интересы авторов, доминируют публично-правовые аспекты. В периоды экономических изменений, создающих в государстве основу для предоставления большей свободы предпринимательству, превалируют частноправовые подходы и признаются исключительные права на произведения.

В настоящее время, возможно, мы стоим на пороге очередной смены формации, когда возникает желание уделять внимание не столько праву, сколько технологическим аспектам создания и использования результатов творческой деятельности в цифровой среде. Исследователи активно обсуждают цифровые права, «большие данные», возможность создания искусственным интеллектом результатов творчества и целесообразность признания за ним авторских или иных прав. Но вне зависимости от среды создания или использования произведений, аналоговой, цифровой или какой-либо иной, которая будет изобретена в последующем, представляется, что для авторского права первостепенными должны оставаться сам автор, его права и неразрывная связь с результатом его творчества.

Список использованной литературы

- Антонович А.Я. Курс государственного благоустройства (полицейского права): часть первая. Киев : Тип. В.И. Завадского, 1890. 410 с.
- Братусь Д.А. Авторское право и Древний Рим: Исторический фундамент этической концепции. М. : Статут, 2018. 288 с.
- Веинке В. Авторское право. Регламентация, основы, будущее / под ред. Б.Д. Панкина. М. : Юрид. лит., 1979. 232 с.
- Гессен С. Книгоиздатель Александр Пушкин: Литературные доходы Пушкина. М. : Книга, 1987. 147 с.
- Гражданское и торговое право капиталистических государств / отв. ред. Е.А. Васильев. М. : Междунар. отнош., 1993. 560 с.
- Займовский С.Г. Авторское право : справ. пособие для издателей, авторов, переводчиков, художников, композиторов и сценических деятелей. М. : Издание юрид. кн. магазина «Правоведение» И.К. Голубева, тип. Берты Смирновой, 1914. 125 с.
- Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый гражданский кодекс РСФСР. Л. : Изд-во АГУ, 1965. 447 с.
- Липщик Д. Авторское право и смежные права / пер. с фр. ; предисл. М. Федотова. М. : Ладомир : Изд-во ЮНЕСКО, 2002. 788 с.
- Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели : дис. д-ра юрид. наук. М., 2016. 460 с.
- Моргунова Е.А. Авторское право : учеб. пособие / отв. ред. В.П. Мозолин. М. : Норма, 2009. 288 с.
- Покровский И.А. История римского права. СПб. : Изд.-торг. дом «Летний сад», 1999. 560 с.
- Прудон П.Ж. Литературные майораты (разбор проекта закона, имеющего целью установить монополию в пользу авторов, изобретателей и художников). СПб. : Жиркевич и Зубарев, 1865. 199 с.
- Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М. : Дело, 2000. 512 с.
- Табашников И.Г. Литературная, музыкальная и художественная собственность с точки зрения науки гражданского права и по постановлениям законодательства Германии, Австрии, Франции, Англии и России. Т. 1. СПб. : Тип. М.И. Попова, 1878. 576 с.
- Флорансон П. Опыт европейского сообщества в сфере охраны авторского и смежных прав / Европейская комиссия. Париж, 2001. 254 с.
- Черничкина Г.Н. К вопросу становления в российском законодательстве понятия «интеллектуальная собственность» // Современное право. 2018. № 1. С. 57–65.
- Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань : Тип. Имп. ун-та, 1891. 313 с.

Aplin T., Davis J. *Intellectual Property : text, cases and materials*. 3d ed. Oxford University Press, 2017. 984 p.

Alford W.P. *To steal a book is an elegant offense: intellectual property law in Chinese civilization*. Stanford, Cal. : Stanford University Press, 1995. 236 p.

Alford W.P. How theory does- and does not matter: American approaches to intellectual property. *Law in East Asia Journal // Pacific Basin Law Journal*. 1994. No. 13 (1). P. 8–24.

Bertrand O. La constitution d'une bibliothèque royale: la Librairie de Charles V // *Bibliothèques d'écrivains : lecture et création, histoire et transmission* / eds. O. Belin, C. Mayaux, A. Verdure-Mary. Torino : Rosenberg & Sellier, 2018. P. 3–13. URL: <http://books.openedition.org/res/1766>. DOI: <https://doi.org/10.4000/books.res.1766>

Borghi M. A Venetian Experiment on Perpetual Copyright // *Privilege and property. Essays on the History of Copyright* / eds. R. Deazley, M. Kretschmer, L. Bentlyes. Cambridge : Open Book Publishers, 2010. P. 137–155. URL: http://eprints.bournemouth.ac.uk/20846/1/Borghi_Venetian%20Experiment.pdf

Dock M.-C. Genese et evolution de la notion de popriete literaire // *Revue Internationale du droit d'auteur*. 1974. Janvier. No. LXXIX. S. 126–205.

Drahos P. *A Philosophy of Intellectual Property*. Aldershot : Dartmouth Publishing Company, 1996. 257 p.

Feng N. *Copyright protection in Song China (960–1279)*. The University of British Columbia, 2005. 78 p.

Kant I. Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks // *Berlinische Monatsschrift*. 1785. No. 5. S. 403–417. URL: <http://flechsig.biz/V04Kant.pdf>

May Ch. *A Global Political Economy of Property Rights: The New Enclosures?* London : Routledge, 2000. 216 p.

May Ch., Sell S. *Intellectual Property Rights: A Critical History*. Boulder : Lynne Rienner Publishers. 2005. 253 p.

Yu P.K. Intellectual Property and Asian Values // *Intell. Prop. L. Rev.* 2012. Vol. 16, issue 2. P. 329–399. URL: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/399>

Privilege and property. Essays on the History of Copyright / eds. R. Deazley, M. Kretschmer, L. Bentlyes. Cambridge : Open Book Publishers, 2010. URL: <https://books.openedition.org/obp/1078?lang=en>

Schwanke I. Die Entwicklung des Urheberrechts auf dem Gebiet der heutigen Tschechischen Republik und seine Annäherung an den Schutzstandard der Europäischen Union. 2002. URL: <https://www.grin.com/document/19953>

Sell S. *Intellectual Property and Public Policy in Historical Perspective: Contestation and Settlement* // *L.A. Law Review*. 2004. Vol. 38, no. 1. URL: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol38/iss1/6>

References

- Antonovich, A.Ya., 1890. *Kurs gosudarstvennogo blagoustroistva (politseiskogo prava)* = [State improvement course (Police law)]. Part 1. Kiev: Typ. V.I. Zavodsky. (In Russ.)
- Aplin, T. and Davis, J., 2017. *Intellectual Property*. Text, cases and materials. 3d ed. Oxford University Press.
- Alford, W.P., 1995. *To steal a book is an elegant offense: intellectual property law in Chinese civilization*. Stanford, Cal.: Stanford University Press.
- Alford, W.P., 1994. How theory does- and does not matter: American approaches to intellectual property. *Law in East Asia Journal. Pacific Basin Law Journal*, 13(1), pp. 8–24.
- Bertrand, O., 2018. *La constitution d'une bibliothèque royale: la Librairie de Charles V*. In: O. Belin, C. Mayaux and A. Verdure-Mary, eds. *Bibliothèques d'écrivains*. Lecture et création, histoire et transmission. Torino: Rosenberg & Sellier. Pp. 3–13. Available at: <<http://books.openedition.org/res/1766>> [Accessed 10 July 2020]. DOI: <https://doi.org/10.4000/books.res.1766>
- Borghi, M., 2010. A Venetian Experiment on Perpetual Copyright. In: R. Deazley, M. Kretschmer and L. Bently, eds. *Privilege and Property. Essays on the History of Copyright*. Cambridge: Open Book Publishers. Pp. 137–155. Available at: <http://eprints.bournemouth.ac.uk/20846/1/Borghi_Venetian%20Experiment.pdf> [Accessed 10 July 2020].
- Bratus', D.A., 2018. *Avtorskoe pravo i Drevnii Rim: Istoricheskii fundament ehticheskoi kontseptsii* = [Copyright and Ancient Rome: Historical foundation of the ethical concept]. Moscow: Statut. (In Russ.)
- Chernichkina, G.N., 2018. [On the issue of the formation of the concept of “intellectual property” in Russian legislation]. *Sovremennoe pravo* = Modern Law, 1, pp. 57–65. (In Russ.)
- Deazley, R., Kretschmer, M. and Bently L., ed., 2010. *Privilege and property. Essays on the History of Copyright*. Cambridge : Open Book Publishers. Available at: <<https://books.openedition.org/obp/1078?lang=en>> [Accessed 10 July 2020].
- Dock, M.-C., 1974. Genese et evolution de la notion de popriete literaire. *Revue Internationale du droit d'auteur*. Janvier. LXXIX, pp. 126–205.
- Drahoš, P., 1996. *A Philosophy of Intellectual Property*. Aldershot. Dartmouth Publishing Company.
- Feng, N., 2005. *Copyright protection in Song China (960–1279)*. The University of British Columbia.
- Floranson, P., 2001. *Opyt evropeiskogo soobshchestva v sfere okhrany avtorskogo i smezhnykh prav* = [Experience of the European Community in the field of Protection of Copyright and Related Rights]. Paris. (In Russ.)

- Gessen, S., 1987. *Knigoizdatel' Aleksandr Pushkin: Literaturnye dokhody Pushkina* = [Book publisher Alexander Pushkin: Pushkin's literary income]. Moscow. (In Russ.)
- Ioffe, O.S. and Tolstoi, Yu.K., 1965. *Novyi grazhdanskii kodeks RSFSR* = [New Civil Code of the RSFSR]. Leningrad. (In Russ.)
- Kant, I., 1785. Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. *Berlinische Monatsschrift*, 5, pp. 403–417. Available at: <<http://flechsig.biz/V04Kant.pdf>> [Accessed 10 July 2020].
- Lipszic, D., 2002. *Avtorskoe pravo i smezhnye prava* = [Copyright and related rights]. Translated by French by M. Fedotov. Moscow: Lodomir; Publishing house of UNESCO. (In Russ.)
- Matveev, A.G., 2016. *Sistema avtorskikh prav v Rossii: normativnye i teoreticheskie modeli* = [Copyright system in Russia: Normative and theoretical models]. Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- May, Ch., 2000. *A Global Political Economy of Property Rights: The New Enclosures?* London: Routledge.
- May, Ch. and Sell, S., 2005. *Intellectual Property Rights: A Critical History*. Boulder: Lynne Rienner Publishers.
- Morgunova, E.A., 2009. *Avtorskoe pravo* = [Copyright]. Textbook. Ed. V.P. Mozolin. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Pokrovskii, I.A., 1999. *Istoriya rimskogo prava* = [History of Roman law]. St. Petersburg: Publishing and trading house "Litnii sad". (In Russ.)
- Proudhon, P.J., 1865. *Literaturnye maioraty (razbor proekta zakona, imeyushchego tsel'yu ustanovit' monopoliyu v pol'zu avtorov, izobretatelei i khudozhnikov)* = [Literary entitlements (analysis of a draft law aimed at establishing a monopoly in favor of authors, inventors and artists)]. St. Petersburg: Zhirkevich and Zubarev. (In Russ.)
- Schwanke, I., 2002. Die Entwicklung des Urheberrechts auf dem Gebiet der heutigen Tschechischen Republik und seine Annäherung an den Schutzstandard der Europäischen Union. Available at: <<https://www.grin.com/document/19953>> [Accessed 10 July 2020].
- Sell, S., 2004. Intellectual Property and Public Policy in Historical Perspective: Contestation and Settlement. *L.A. Law Review*, 38(1). Available at: <<https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol38/iss1/6>> [Accessed 20 July 2020].
- Sklovskii, K.I., 2000. *Sobstvennost' v grazhdanskom prave* = [Property in civil law]. Moscow: Delo. (In Russ.)
- Tabashnikov, I.G., 1878. *Literaturnaya, muzykal'naya i khudozhestvennaya sobstvennost' s tochki zreniya nauki grazhdanskogo prava i po postanovleniyam zakonodatel'stva Germanii, Avstrii, Frantsii, Anglii i Rossii* = [Literary, musical and artistic property from the point of view of the science of civil law and according to the provisions of the legislation of

Germany, Austria, France, England and Russia]. Vol. 1. St. Petersburg: M.I. Petrov's Printing House. (In Russ.)

Shershenevich, G.F., 1891. *Avtorskoe pravo na literaturnye proizvedeniya* = [Copyright for literary works]. Kazan': Imperial University Printing House. (In Russ.)

Vasil'ev, E.A., ed., 1993. *Grazhdanskoe i torgovoe pravo kapitalisticheskikh gosudarstv* = [Civil and commercial law of capitalist states]. Moscow: Mezhdunar. otnosh. (In Russ.)

Veinke, V., 1979. *Avtorskoe pravo. Reglamentatsiya, osnovy, budushchee* = [Copyright. Regulation, basics, future]. Ed. B.D. Pankin. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)

Yu, P.K., 2012. Intellectual Property and Asian Values. *Intell. Prop. L. Rev.*, 16(2), pp. 329–399. Available at: <<https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/399>> [Accessed 20 July 2020].

Zaimovskii, S.G., 1914. *Avtorskoe pravo* = [Copyright]. A reference guide for publishers, authors, translators, artists, composers and stage performers. Moscow: Publishing a I.K. Golubev's legal bookstore "Pravovedenie", B. Smirnova's Printing House. (In Russ.)

Информация об авторах / Information about the authors

Карелина Марина Максимовна, заслуженный юрист Российской Федерации, руководитель научного направления по исследованию теоретических и практических проблем судебной защиты интеллектуальной собственности Центра исследования проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69)

Marina M. Karelina, Honored Lawyer of the Russian Federation, Head of the Research Direction for the Study of Theoretical and Practical Problems of Judicial Protection of Intellectual Property, Justice Research Center, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

E-mail: ip_laboratory@mai.ru

Бузова Наталья Владимировна, кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник Центра исследований проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69)

Natalia V. Buzova, Cand. Sci. (Law), Leading Researcher, Justice Research Center, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

E-mail: nbuzova@yandex.ru

UDC 343.231

DOI: 10.37399/2686-9241.2020.4.176-196

Culture and Criminalisation: Interdependence and Mutual Influence

Natalya V. Genryh

*North Caucasian Branch, Russian State University of Justice,
Krasnodar, Russian Federation*

For correspondence: ngenrih@mail.ru

Abstract

Introduction. The relationship between criminal law and culture does not often attract the attention of domestic specialists. Few of the available studies are devoted primarily to the protection of cultural values. Much less often we find works devoted to the socio-cultural conditioning of the criminal law prohibition. However, the integral complex of issues of the relationship between the criminalisation of socially dangerous acts and culture has not yet been presented as an independent object of study, although it is an important research field of criminal-political research.

Theoretical Basis. Methods. The research is based on two basic theoretical concepts. Firstly the concept of criminalisation of socially dangerous acts as developed in criminal law science and secondly, the normative theory of culture. Research methods used were analytical, axiological, and systemic.

Results. Criminalisation, being a cultural phenomenon in itself, is closely related to other cultural phenomena and processes, which makes it possible to consider criminal law as one of the means of supporting cultural norms. Processes of criminalisation are not only directly influenced by cultural stereotypes and political culture in terms of determining the content of a criminal law prohibition. Criminalisation also has the opposite effect on culture. In particular, it can be used to supplant cultural norms that do not correspond to modern ideas about an ideal society, to preserve the norms and rules that it needs at the moment, to establish cultural norms, conceivable as promising models of social structure, to block individual cultural innovations.

Discussion and Conclusion. The study of the relationship between criminalisation and culture opens up broad prospects for discussing the quality of criminal law and normative modeling of socially approved behavior. It serves as additional evidence that crime is a social and cultural construct, that is, an act with relative danger. This is an assessment that can vary with the dynamics of cultural norms. It also proves the inadmissibility of the gross use of legal means (secondary elements of culture) for the formation and imposition of cultural standards.

Keywords: culture, political culture, criminalisation, criminal policy, criminal legal support and promotion of cultural norms

For citation: Genrikh, N.V., 2020. Culture and criminalisation: interdependence and mutual influence. *Pravosudie/Justice*, 2(4). Pp. 176–196. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.176-196

Культура и криминализация: взаимообусловленность и взаимовлияние

Н.В. Генрих

*Северо-Кавказский филиал, ФГБОУВО «Российский
государственный университет правосудия», г. Краснодар,
Российская Федерация
ngenrih@mail.ru*

Аннотация

Введение. Взаимосвязь уголовного права и культуры не так часто привлекает внимание отечественных специалистов. Немногие имеющиеся исследования посвящены по преимуществу вопросам охраны культурных ценностей, гораздо реже встречаются сочинения, посвященные социально-культурной обусловленности уголовно-правового запрета. Однако целостный комплекс вопросов взаимосвязи криминализации общественно опасных деяний и культуры пока еще не представлен самостоятельным объектом изучения, хотя являет собой важное исследовательское поле уголовно-политических исследований.

Теоретические основы. Методы. Основой исследования выступили две базовые теоретические концепции: разработанная в уголовно-правовой науке концепция криминализации общественно опасных деяний и нормативная теория культуры. Методы исследования: аналитический, аксиологический, системный.

Результаты исследования. Криминализация, будучи сама по себе культурным феноменом, тесно связана с иными культурными явлениями и процессами, что позволяет рассматривать уголовное право как одно из средств поддержки культурных норм. Процессы криминализации не только испытывают на себе прямое влияние культурных стереотипов и политической культуры в части определения содержания уголовно-правового запрета. Криминализация имеет и обратное влияние на культуру. Она, в частности, может быть использована для вытеснения культурных норм, не отвечающих современным представлениям об идеальном обществе, для сохранения норм и правил, которые ему необходимы в текущий момент, для утверждения культурных норм, мыслимых в качестве перспективных моделей общественного устройства, для блокирования отдельных культурных новаций.

Обсуждение и заключение. Исследование вопросов взаимосвязи криминализации и культуры открывает широкие перспективы для обсуждения качества уголовного закона и нормативного моделирования социально одобряемого поведения. Оно служит дополнительным доказательством того, что преступление есть социальный, культурный конструкт, то есть деяние, обладающее относительной опасностью, оценка которая может варьироваться по мере динамики культурных норм. Оно же доказывает недопустимость грубого использования правовых средств (вторичных элементов культуры) для формирования и насаждения культурных нормативов.

Ключевые слова: культура, политическая культура, криминализация, уголовная политика, уголовно-правовая поддержка и продвижение культурных норм

Для цитирования: Генрих Н.В. Культура и криминализация: взаимообусловленность и взаимовлияние // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 4. С. 176–196. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.176-196

Introduction

The criminalisation of socially dangerous acts, constituting the most important element of the content of the state's criminal policy, is influenced by many different factors. Amongst them, cultural factors occupy a special place. The relationship between culture and criminalisation is a complex and multifaceted

phenomenon that, it seems, has not yet been sufficiently studied in science. It demonstrates a certain gap in the understanding of the very content of the determinant connections, factors influencing criminalisation, directions and consequences of such influence. The noted circumstances justify the statement of the problem of understanding the mechanism of the influence of cultural factors on the criminalisation of socially dangerous acts as an independent subject of research, the analysis of which, as far as possible, will be devoted to the following.

Theoretical Basis. Methods

We believe it is necessary to make two preliminary observations of a technical and terminological nature so that what is presented below is adequately understood.

Firstly, for the purposes of this publication and in the interests of ensuring the comprehensiveness of the study of the stated topic, the term “criminalisation” will be used in its broad interpretation. That is, in the form acceptable to modern science, as a generalising one that encompasses both the criminalisation and the penalisation of acts, also as a process, and further as a result of the relevant activities of the law-making body.

Secondly, by the term “factors” we mean all the phenomena of the cultural world that directly or indirectly affect criminalisation, regardless of whether they act as causes, conditions of prerequisites or reasons for establishing a criminal law prohibition.

Such a broad approach, in our opinion, will contribute to the complexity of the analysis, allowing the creation of a holistic idea of the mechanism and directions of the influence of cultural factors on criminalisation. It will set a certain “framework” within which several areas of analysis can be identified, each of which can claim the status of a subject of independent scientific research.

Results

A) Criminalisation as a sociocultural phenomenon

To begin with, the criminalisation of acts at the level of the criminal law is in itself an unlimited cultural phenomenon. This is an unconditional achievement of human civilization, the value of which is determined by the value of law and law as such. We can refer to the well-known formula of Professor M.S. Greenberg, according to which the emergence of criminal law replaced blood feuds with “the introduction of” graphite rods “into the ‘nuclear reactor’ of unrestrained and irreconcilable collisions, giving rise to new collisions by means of chain reaction, which is incompatible with the safety of society” [Greenberg, M.S., 1992, p. 58].

The cultural significance of criminalisation manifests itself in several aspects.

First, in contrast to the first taboos reflected in customs and ancient canons of law designed to protect the natural foundations of the life of human society, criminalisation as a conscious activity has as its purpose the protection of va-

rious aspects of the functioning of society. As a result, the elevation of criminalisation to the rank of a management activity, carried out in a specific procedure and form by authorised bodies, has brought security guarantees of all the positive achievements of mankind into people's lives – from property rights to international cooperation, becoming an indispensable companion of social progress.

Secondly, criminalisation is now included in a wide arsenal of social administration tools, contributing not only to the protection of existing social values, but also to the establishment of new social values – as well as educating citizens in the spirit of their observance and respect. This allows the use of criminal rule-making processes not only for the purpose of protecting “what is”, but also for the formation of “what is needed” or “what we would like”.

Thirdly, criminalisation, being precisely a means of management, has acquired an intrinsic value as a kind of procedure for recognising acts as socially dangerous, regardless of what kind of criminalisation is in question. Compliance with the formal procedure began to act as a kind of guarantor of the legitimacy of the restrictions developed by the state. It is no coincidence that the Constitutional Court of the Russian Federation in its numerous decisions and rulings repeatedly reiterates that the federal legislator is free to establish criminal liability at its discretion (of course, with the proviso that the constitutional principles of the relationship between the individual and the state in the sphere of criminal law are observed).

Fourthly, criminalisation, traditionally is understood not only as a process, but also as a result of the establishment of a criminal law prohibition, making specific requirements for this result, for the model of the prohibited act. The prohibited act must be socially dangerous, culpably perfect, relatively widespread, not be a form of realisation by a person of his rights, nor create disproportionality and exemptions in equality.

The noted socio-cultural characteristics of criminalisation indicate that it acts as an integral, non-excludable, and in the historical perspective – an eternal companion of the development of society, an essential component of its legal and generally intangible culture. These characteristics also give rise to significant dialectical contradictions that determine the very movement of criminalisation, its place in legal processes and attitude towards criminalisation. It is appropriate here to speak of at least two such contradictions:

Firstly, criminalisation as a means of protecting established values to a certain extent opposes criminalisation as a means of promoting new social standards (criminalisation-protection against criminalisation-education), and

Secondly, criminalisation as a procedural form of establishing a prohibition may come into conflict with criminalisation as a result of the recognition of an act as criminal (criminalisation form versus criminalisation-content).

These contradictions are insurmountable (both by virtue of the fact and as well as due to how they can be recognized as dialectical). At the two poles of these contradictions, there are, respectively, two polar models of criminalisation. On the one hand, the criminalisation of acts dictated by the need to establish new social standards; on the other, the criminalisation of acts aimed at supporting exclusively established social norms. Note, however, that each

model admits, in compliance with the established procedure, the criminalisation of acts that do not have a sign of public danger in the mass consciousness. In one case, because citizens do not see the act as a deviation from the social standard in general, and in the other, because the deviation does not seem significant.

B) Political culture and criminalisation

The presented models of criminalisation and the contradictions associated with them are also correlated with the idea of criminalisation as a certain manifestation of modern parliamentary culture (not in its narrow meaning, as a culture of public debate, but in a broad context – as part of the political culture of society). Since the adoption of criminal laws is the exclusive prerogative of parliament, the processes that are associated with its formation and functioning, by definition, cannot but affect the phenomenon of criminalisation. The connection between parliamentary culture and criminalisation is also multifaceted and manifests itself in several directions.

First, parliament is called upon to reflect the opinions and views existing in society on all of the most important issues of life, including issues of criminal law. In this regard, the process of forming the parliament has an unconditional influence on criminalisation. Low electoral activity of the population, an unscrupulous election campaign, election fraud and scandals – all these reflect the lack of recognition or disregard for the socio-cultural value of the parliament, and as a consequence, reduces the level of legitimacy of its criminal law enactment...

Secondly, the content of criminalisation processes is directly determined by the composition of parliament and the alignment of political forces in it. Today parliamentary culture is moving away both from a one-party system and the associated monopoly of one view of the interpretation of society and lawmaking. From an extreme multi-party system, an entire spectrum of parties operating in the country is able to organise anarchy in parliament. As a rule, in modern democratic culture in parliament, all forces are reduced to two main poles, conditionally – liberal and conservative, the competition between which is reflected in the content of criminalisation. And only a high level of parliamentary culture can guarantee that the views of that part of the ideological and political forces that do not have parliamentary status are taken into account in criminal policy.

Thirdly, the basis of modern political culture is the independence of the branches of government, the independence and insubordination of the parliament. It takes on a special meaning when it comes to criminalisation, since the parliament cannot and should not be a “blind” registrar of legislative initiatives of other branches of government (primarily the executive) and the transformation of these ideas into law. In the conditions of Russian reality, this side of the problem requires separate and special attention, taking into account in what order, with what speed, and at what level of detail the discussion, and with what changes any criminal law initiatives on the part of the President and the Government “pass” in parliament.

Fourth, is the level of culture of the parliamentarians themselves. In this case, we are talking not only about personal, moral qualities, but also about a wide range of skills and principles that make it possible for a deputy in their work to take account of a representative body and the professional judgments of specialists in the field of criminal law and criminology. Thus they can combine the independence of their own parliamentary assessment of a particular situation with the assessment of narrow specialists-professionals, to see legal problems, ways and consequences of their solution in the system unity [Babaev, M.M. and Pudovochkin, Yu.E., 2013].

Thus, only a truly independent, legitimately formed professional parliament, effectively and instrumentally reflecting the entire spectrum of political positions of society, is a necessary political and cultural prerequisite for the proper criminalisation of socially dangerous acts.

However, the connection between political culture and criminalisation does not end there. There are at least two interrelated aspects that reflect the ideas of the separation of powers that have developed simultaneously in society. These are the cultural and political and legal features of the functioning of the branches of government on the one hand, and the level of lawmaking culture (the culture of legislative technology), on the other.

We are talking about a relatively private, but in the scale of the functioning of criminal law, an extremely important problem, namely the degree of the detailing of criminal law regulations. Here the situation is both complex and also simple, which in a simplified form it can be presented as follows. The freer and more independent the court is, the higher the level of trust exists in the judicial system. The more powers and possibilities in terms of interpretation of the criminal law the court has, the less need for the parliament to create casuistic, detailed instructions. Accordingly, on the contrary, positioning the court as a special kind of executor of the legislative will of the parliament requires the creation of clear frameworks of its activities that do not allow freedom of interpretation, with a minimum of evaluative concepts and dispositive instructions. Of course, such a formulation of the problem does not exclude noting the general requirements for the certainty of a criminal law prohibition and other related parameters of its quality. It only shows – as succinctly as possible – that the criminalisation of socially dangerous acts (at least as a result, as an external form of expressing a criminal law prohibition) is largely determined by the general parameters of the political culture of society and the current configuration of the separation of powers.

C) Culture and content of criminalisation

The foregoing reflects, for the most part, the cultural conditions for the criminalisation of socially dangerous acts. This includes the background against which this complex socio-legal process is taking place, and its preconditions. At the same time, culture intensively manifests itself at the level of determining the content of criminalisation, establishing the limits of what is permissible and unacceptable in society. Culture as a whole can be seen as a “prohibition” that restricts or displaces animal instincts from human behaviour in order to

ensure the collective existence and interaction of people. In the field of criminal law, it is worth exploring this idea in detail and talking about the culture of the prohibition itself.

Any prohibition presupposes the presence of the subject and the limits of the prohibition (which is formally expressed in the disposition), as well as its means (enshrined in the sanction). Accordingly, the influence of the cultural attitudes of society are reflected in all these elements: what is prohibited, to what extent it is prohibited and the threat of sanction for what is prohibited.

In the first case, the mechanism of connection between culture and criminalisation involves the establishment of a criminal law prohibition only in relation to those acts that are incompatible with the dominant type of culture and cultural values. The question of the types of culture – a complex cultural problem – cannot, by definition, be included in the subject of our analysis. In this connection, it seems permissible to use the developments in cultural studies to demonstrate the considered connection between culture and criminalisation. For example, citing the well-known doctrine of sociocultural dynamics, developed in the works of P.A. Sorokin [Sorokin, P.A., 2006, pp. 540–545]. His concept presents three types of culture, successively replacing each other: sensual (which is characterised by materialism, determinism, the domination of material values, and the relativism of these values), ideational (with its inherent idealism, indeterminism, domination of spiritual and absolute values), and idealistic (harmoniously combining both previous types of culture).

Accordingly, when culture moves from a sensual to an ideational form, criminalisation is accompanied by an increase in the number of prohibited acts, most of which are of an ideational nature, that is, they are actions that defile ideational (absolute, higher) values (most of these crimes are left by crimes against religion and moral principles)¹.

The transition from the ideational to the sensual form of culture gives rise to processes of the opposite nature. In “sensual” criminal codes, for the most

¹ In modern conditions, examples of such ideational crimes can be recognised as the destruction or damage of military graves, as well as monuments, steles, obelisks, other memorial structures or objects that perpetuate the memory of those killed in the defense of the Fatherland or its interests, or dedicated to the days of military glory of Russia. This is contrary to Article 243.4 of the Criminal Code of the Russian Federation. Another example is the carrying out of activities on the territory of the Russian Federation by a foreign or international non-governmental organisation, in respect of whom a decision has been made to declare its activities undesirable on the territory of the Russian Federation (Article 284.1 of the Criminal Code of the Russian Federation). The category of such acts should also include the actions for attempting to portray the Russian Federation as being criminal, that is, by means of the “dissemination of knowingly false, inaccurate or distorted information about the political, economic, social, military or international situation in Russia, and the legal status of citizens in Russia” (Bill No. 1111185-6 “On Amendments to the Criminal Code of the Russian Federation (in terms of establishing criminal liability for discrediting the Russian Federation”). URL: <http://asozd2.duma.gov.ru> (date of access 27.04.2020).

part, actions are criminalised that, from a hedonistic-utilitarian point of view, are considered dangerous for the hedonistic-utilitarian values of a given society and especially its command and control structures².

At the same time, in a comparative relationship, “ideational” criminal law tends to be much more severe and strict than “sensible” criminal law. This is because the requirements of ideational culture and its laws to human behaviour are generally higher and less free and tolerant, and the functional purpose of this type culture is to curb loose sensual inclinations and passions and instill new forms of behavior.

The dynamics of cultural values sets another vector of the influence of culture on criminalisation. It is more visible and has recently caused much more discussion of a criminal law nature. The point is that the growing importance of a particular cultural value in public opinion and official axiology forces the state to reconsider the means of legal protection of such values. Then the less harsh means are replaced by precisely the criminal law means, which provide the maximum amount of coercion possible in given specific conditions to maintain a particular value. Formally, this is most often reflected in the processes of replacing administrative sanctions with criminal ones. There is a transference of an administrative offense into the category of crimes, or designing criminal law norms with an administrative prejudice. (We can recall here situations related to the criminalisation of beatings, driving a vehicle in a state of intoxication, and violation of orders regarding the organisation of mass events.)

From a legal point of view, this possibility was officially confirmed by the Constitutional Court of the Russian Federation. They stated “The constitutional requirements of justice and humanism predetermine the need for the differentiation of legal responsibility depending on the significant circumstances affecting the choice of one or another measure of state coercion. Therefore, providing for persons who have committed an offense a specific type of legal liability, the federal legislator is obliged to correlate it with the nature of the offense, the danger to the values protected by law, the personality and degree of guilt of the offender, thereby guaranteeing the adequacy of the resulting consequences to the harm caused as a result of the offense. In cases where the measures of public law cease to correspond to social realities, this leads to a weakening of protection of constitutionally significant values or, alternatively, to excessive use of state coercion. The federal legislator has the right to ensure their alignment with the new social realities,

² The category of such crimes in modern law includes those provided for in Art. 322.2 of the Criminal Code of the Russian Federation “Fictitious registration of a citizen of the Russian Federation at the place of stay or at the place of residence in a dwelling in the Russian Federation and the fictitious registration of a foreign citizen or stateless person at the place of residence in a dwelling in the Russian Federation”, Art. 322.3 of the Criminal Code of the Russian Federation “Fictitious registration of a foreign citizen or stateless person at the place of stay in the Russian Federation” and some others.

while observing the constitutional principles of equality, justice and humanism.”³

From a cultural point of view, the processes of replacing administrative responsibility for a particular act with criminal responsibility reflect, on the one hand, the dynamics of the protected values themselves, an increase, or on the other hand, a decrease in their significance; and secondly, the dynamics of culturally determined perceptions of the acceptable amount of official coercion to maintain and protect these values.

Closely related to this reasoning is the question of the cultural limits of criminal interference in human life. In the cultural dimension, it goes back to the ideas of liberalism and statism, democracy and totalitarianism, “Western” and “Eastern” type of relationship between the individual and the state. This complex “tangle” of social and cultural attitudes and relationships leaves its mark on the processes of criminalisation.

In this respect, criminalisation can be presented as a “line of dividing line” between individual freedom and state freedom. On the one hand, it defines the limits beyond which human behavior poses a threat to the safety of other individuals, society and the state as a whole, and on the other, it sets the boundaries that prevent criminal law from being reborn into a means of total control over “otherness”. The Constitutional Court of the Russian Federation expressed itself quite definitely on this issue in a number of its decisions, making such notable statements:

- “fixing and changing the composition of offenses and measures of responsibility for their commission, the federal legislator is bound by the criteria of necessity, proportionality and proportionality of the restriction of the rights and freedoms of citizens to constitutionally significant goals arising from the Constitution of the Russian Federation”;

- “types of legal liability and related penalties must have a reasonable deterrent potential sufficient to comply with the relevant prohibitions (restrictions); otherwise, their application will not meet the purpose of state coercion, which, in the meaning of the Constitution of the Russian Federation, consists mainly in the preventive use of its inherent legal means to protect the rights and freedoms of man and citizen, other constitutionally recognised values of civil society and the rule of law”;

- “the implementation of constitutional principles in the sphere of criminal law regulation presupposes, on the one hand, the use of the means of criminal law to protect citizens, their rights, freedoms and legitimate interests from criminal encroachments, and on the other, the prevention of excessive restriction of rights and freedoms when applying criminal measures – legal coercion. Accordingly, the nature and content of the measures established by the crim-

³ Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of February 10, 2017 No. 2-P “In the case of checking the constitutionality of the provisions of Article 212.1 of the Criminal Code of the Russian Federation in connection with the complaint of citizen I.I. Dadin” // Bulletin of the Constitutional Court of the Russian Federation. 2017. No. 2.

inal law should be determined based not only on their conditionality by the goals of protecting constitutionally significant values, but also on the requirement of the adequacy of the consequences they generate (including for the person against whom these measures are applied) to the harm that was caused as a result of criminal acts.”⁴

It is a reasonable balance between the grounds and means of criminal legal protection that is called upon to ensure the parity or equality of the individual and the state in their mutual relations. This equality reflects modern democratic ideas about the relationship between the individual and the state, their mutual recognition of the value and dignity of each other, mutual responsibility to the present and future generations for the stable and sustainable development of society. It must be admitted that not a single society possesses a universal standard of “balance”, and in each of them the parameters of this “balance” are very flexible in time. Such a “balance” cannot be represented as a constant for all types of relationships between the individual and the state – in the economy, social, spiritual sphere, etc. “Balance” is a certain general ideal, a certain goal, to achieve that which the state and the individual will strive for throughout the history of their mutual existence. It is significantly influenced by mental attitudes, historical traditions, the internal political situation, the external environment, international pressure, and regulation.

In the cultural dimension, ideas about the limits of mutual restrictions of the state and the individual are close to arguments about the homeostasis of the social system. The unity and diversity of human behavior is akin to the unity and diversity of biological species. Diversity, “otherness”, deviation from the usual standards, and patterns of behaviour are just as necessary a condition for the development of society as the presence of the standards themselves, around which the largest array of human behavioural acts is located. If the unity of behaviour ensures the stability of society, then deviations from standards create opportunities for its development, including innovation. Proper criminalisation is precisely designed to ensure the optimal balance between the standard and deviation from it, between freedom and security, between traditions and innovations, a balance that is so necessary to ensure sustainable development of society.

⁴ Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of April 25, 2018 No. 17-P “In the case of checking the constitutionality of paragraph 2 of the Notes to Article 264 of the Criminal Code of the Russian Federation in connection with the request of the Ivanovo Regional Court” // Collected Legislation of the Russian Federation. 2018. No. 19. Art. 2812. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of April 20, 2006 No. 4-P “In the case of checking the constitutionality of part two of Article 10 of the Criminal Code of the Russian Federation, part two of Article 3 of the Federal Law ‘On the Enactment of the Criminal Code of the Russian Federation’, Federal Law ‘On Amendments and Additions to the Criminal Code of the Russian Federation’ and a number of provisions of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation concerning the procedure for bringing court decisions in line with the new criminal law, eliminating or mitigating responsibility for a crime, in connection with complaints from citizens A.K. Aizhanova, Yu.N. Alexandrov and others” // Collected Legislation of the Russian Federation. 2006. No. 18. Art. 2058.

Achieving such a balance also presupposes the use of the means of maintaining it adequately to modern culture. In our case, we are talking about criminal sanctions, the measures of a criminal law nature and criminal punishment.

It has long been proven and not disputed in science that criminal punishment itself is a cultural phenomenon [Bibik, O.N., 2013]. In the field of criminalisation of socially dangerous acts, this circumstance manifests itself in a very multifaceted way, notably:

- criminal punishment is today the only permissible form of legal violence, the institutionalisation of which reflects the rate of human civilisation on the reduction and elimination of violent forms of conflict resolution. (It is no coincidence, even in a situation of violation of purely private interests, when a criminal case is initiated only on the basis of the victim's complaint, that the right to punishment is possessed only and exclusively by the state as a public authority);

- criminal punishment reflects the prevailing notions in society about the sources of power and the most significant rights for a person, influencing which one can expect changes in his behaviour (the evolution of measures of a criminal law nature from corporal punishment to property and social restrictions is a confirmation);

- criminal punishment as a markedly punitive means does not fully correspond to modern ideas about the culture of criminal law in view of the fact that it does not guarantee an adequate level of achievement of the goals of correcting convicts and preventing new crimes. In connection with this the state, on the one hand, is forced to limit its use, and on the other hand, – to look for more effective and efficient means of protecting social values from socially dangerous encroachments.

The last circumstance is especially important. The «crisis of criminal punishment, (about which much has been written recently in a most convincing way), dictated, among other things, by the expansion of social ideas about freedom against the background of a humanistic reduction in the scope of the use of punishments and the severity of their types. This stimulates, if it is permissible to put it this way, the sphere of criminal law.

Its essence can be described as a transition from “criminal-repressive” law to “criminal-preventive” law, within which the greatest significance is gained not so much by the measures of classical criminal punishment as by the so-called “other measures of a criminal-legal nature”. This is focused mainly on the identity of the offender and designed not so much to punish as to prevent the commission of antisocial acts [Gurinskaya, A.L., 2019]. These processes leave their mark on the criminalisation of socially dangerous acts, largely changing both the prevailing ideas about public danger and its level sufficient for criminalisation, and about other parameters of a criminal act, including ideas about guilt and the subject of a crime.

D) Criminalisation as a factor in the formation of culture

The criminalisation of socially dangerous acts, if we consider it from the point of view of cultural processes taking place in society, is a cultural phe-

nomenon that is not only determined by itself by various cultural factors, but also by being included in the general cultural context of the development of society. It directly affects other cultural processes and phenomena. This mutual influence is predetermined by the very essence of criminalisation and culture.

With a variety of existing approaches, for the purposes of our analysis, it is fair to consider culture from the point of view of the normative-value approach as a set of rules that prescribe a certain behaviour to a person with his inherent experiences and thoughts. The sociological meaning and purpose of culture in this understanding is quite definite: it organises the life of people and has a managerial impact on society. Culture is a system of values, symbols and meanings recognised and shared by society, which is comprehended by a person in the process of socialisation and acculturation throughout his life, and which is transmitted from generation to generation. At the same time, it has already become a stable tradition of the value approach to single out institutional and non-institutional norms, correlating them with the official and unofficial culture. Institutional and official culture are values and norms and rules of behavior that are officially approved by society and its institutions and are supported by the power of social sanctions, including (and perhaps primarily) legal ones. Non-institutional norms include those rules of conduct that are not official (although they do not necessarily contradict the norms of official culture) and are largely based on the strength of public opinion, customs, mores, and habits.

Criminalisation, as the process of the official recognition of certain behavioural acts as socially dangerous, with the establishment of criminal sanctions for them, is directly included in the process of standardising human behavior. It is aimed at maintaining or correcting social norms, while invading the field of both institutional and non-institutional culture, contributing to the translation of some cultural norms and the elimination of others. Criminalisation creates a special category of cultural norms – the norms of criminal law, which in a specific way (by means of prohibition) build the permissible volatility of the standard of social behavior, defining the most extreme, and therefore absolutely inadmissible manifestations of it. Thus, we repeat the opinion of A.A. Ter-Akopova, “the criminal law reflects, as the classic of Marxism put it,” the moral physiognomy of society”, and not only by indicating the acts committed, their content, but also by the very fact of such an indication” [Ter-Akopov, A.A., 2003, p. 447].

Considering the question of the impact of criminalisation on culture, it is advisable to highlight two main aspects. They can be characterised as static and dynamic.

E) The static aspect of the impact of criminalisation on culture

In static terms, we are talking about the relationship of criminalisation with official and unofficial culture.

First of all, it must be recognised that criminalisation can support the norms and values of exclusively official culture. Unofficial culture (underground, subculture, counterculture), by definition, cannot become an object of criminal le-

gal protection. However, it is under the tireless scrutiny of official power structures so that in the process of monitoring non-institutional norms and their influence on public behaviour at the right time, with the necessary accuracy and care, select those that pose a threat to the individual, society or the state, and are banned in the process of criminalisation. The impact of criminalisation on unofficial cultures can only be either prohibitive or tacitly tolerated.

The norms and values of official culture are a different matter. They are recognised as “official” because they are supported and promoted by the public majority and its representatives in the power structures of the state. Such norms, of course, cannot be prohibited, on the contrary, they confirm their importance in the process of criminalisation, and are sanctioned, preserved and broadcast. At the same time, of course, not all norms and values of official culture are supported in the course of criminalisation. Criminalisation is included in the general process of state labelling of cultural norms with legal sanctions, which also involves the creation of administrative-legal and other legal prohibitions. In this connection, the selection of the norms of official culture specifically for criminalisation support acquires a special cultural and a criminal-political significance.

This selection of criminally protected norms of official culture, as well as the selection of norms of unofficial culture that require a ban, is a two-pronged process. This is subordinate to more general principles, rules that can be collectively referred to as standards for the criminalisation of socially dangerous acts. These standards in themselves form a certain set of cultural norms, constituting a “culture of criminalisation». They are, of course, subject to dynamics, but at each particular moment of time they form a certain set of requirements that include various political, economic, social and other aspects. The key requirement in this case is the requirement of social danger of the prohibited behavior, the study of which is one of the most important sections of criminal law science [Demidov, Yu.A., 1975; Chubarev, V.L., 1982; Maltsev, V.V., 1993; Chestnov, I.L., 2015; Babaev, M.M. and Pudovochkin, Yu.E., 2017, pp. 342–364; Ivanov, N.G., 2016].

F) The dynamic aspect of the impact of criminalisation on culture

The relationship between criminalisation and culture, viewed in a dynamic aspect, appears to be more complex and ambiguous. It reflects the involvement of criminalisation in the permanent process of cultural dynamics, which is accompanied by the emergence, assertion, withering away and elimination of cultural norms and values. This area of analysis largely reflects the managerial nature of criminalisation, specifically its ability to organize and change people's behaviour.

The dynamic impact of criminalisation on culture takes place in four main directions:

- support for the already established cultural norms;
- promoting new cultural norms;
- the displacement of old cultural standards, and;
- blocking cultural innovations.

All of them are closely interconnected, develop in parallel, and intersect, but for research purposes they may well be considered as relatively independent processes.

1. Maintaining established cultural norms is, chronologically, the very first way that criminalisation influences culture. Criminal law is formed by prescriptions, which go back to ancient times and belong to the category of the first social regulators. At the heart of their emergence is not only the need to resolve the ideological problem of good and evil, but also the natural human desire for security. The animal instinct for self-preservation in the process of a single process of anthropo-sociocultural genesis was transformed into a perceived need to ensure not only personal, but already collective security. This was exactly satisfied first in the verbal, and then in the written norms that legitimised the use of means of collective coercion against violators of this order of relations. This was assessed as being fair and safe from the standpoint of a particular society at a particular time. [Henrikh, N.V., 2011, p. 81].

The processes of maintaining the established cultural norms by means of criminal law correlate with the most ancient prohibitions – for example, do not kill, do not harm health, do not allow incest, do not violate someone else's property and other prohibitions that have formed the cultural norms themselves since primitive times. It can be considered a convincingly proven fact that the formation of such cultural norms, which form the basis of human society, proceeded with the direct participation of the factor of prohibition. It was through the prohibition that such norms were formed. It is another matter that such a prohibition itself, a taboo, from the familiar to us modern ideas about law as a product of exclusively state-organized activity, has little relation to criminalisation. Taboo and criminalisation are related, but are still different processes: taboo, as a mostly spontaneous process of establishing a ban and maintaining it by the force of public sanctions, formally precedes criminalisation as a deliberately state-controlled process of constructing criminal law norms and sanctions.

It is in this context that we can consider the judgments of V.K. Andrianova and Yu.E. Pudovochkin, "The normative and regulatory experience (which is a system of primitive customs and regulation of people's actions by means of general rules, and the establishment of prohibitions on the commission of certain actions supported by a sanction, their severity and obligation, as well as the application of punishment determined by the degree of public danger of the committed act) was, upon reaching the state stage of the development of society, significantly in demand in the process of the initial formation of positive criminal law, and the customs themselves, sanctioned by the state, served as its primary source, "building material" [Andrianov, V.K. and Pudovochkin, Yu.E., 2019, pp. 61–62].

Criminal legal norms that arose on the basis of primitive taboos, like these taboos themselves, protect and support the most fundamental, deep values of human culture, values that in axiology correlate with the idea of the absolute and eternal. The question of the content of such values, as extremely complex

and very specific, cannot be considered within the framework of the present publication. However, we can support the authoritative judgments of N.G. Ivanov that “the person himself and his inherent honour, dignity, property, health, and life are among the absolute values that have a universally significant veil”; “These values have never, in any era, been revised, unlike other value preferences, the legal regulation of which depended on the dominant views at a particular historical moment” [Ivanov, N.G., 2016, pp. 26, 33].

It should be noted that the criminalisation support for the established cultural norms that protect absolute values is not eliminated over time, despite the fact that the significance of these values in society has not been disputed for a long time. On the contrary, it acts as a necessary element of the system for protecting these values, constituting the core of the criminal law of any civilised society and acts as a harsh reminder of the objectively sad circumstance that even in the 21st century, these higher values are endangered.

2. The promotion of new cultural norms and the displacement of old ones is an eternal occurrence, both a source and a task of criminalisation. As a rule, these processes develop in parallel, but sometimes they can exist independently. They reflect the general course of cultural dynamics, supporting cultural change with the power of government and criminal punishment.

The evolution of criminal law clearly demonstrates the presence of the considered vector of the influence of criminalisation on culture throughout the history of society. At the same time, it is most clearly manifested at the turning points of culture, in the era of social and cultural revolutions.

As the historical and legal analysis shows, the mechanism of criminalising support for new cultural standards is carried out in two main ways: by establishing criminal liability for violation of new cultural norms and by establishing responsibility for observing the old norms.

So, for example, a powerful, in fact a civilisational, shift associated with the Christianisation of Russia in the tenth century, was accompanied by the establishment of responsibility. Examples of such responsibility includes:

- for adherence to the old order, “sorcery”, for those “who pray under the barn or in the grove” (Charter of St. Prince Volodymyr, who baptized the Russian land, about church courts),
- for non-observance of the new rules, in the case of “a husband fornicating from his wife”, “even if he is married to another wife, and not divorced from the side”, “if someone drinks food and feasts with the excommunicated” (Charter of Prince Yaroslav Vladimirovich) [Yushkov, S.V., ed., 1952].

In turn, the revolutionary transformations in Russia at the beginning of the twentieth century also entailed the establishment of responsibility:

- teaching minors of religious beliefs in public or private educational institutions and schools is punishable (Article 121 of the Criminal Code of the RSFSR 1922), the performance of religious rituals in public institutions and enterprises, as well as the placement of any religious images in these buildings (Art. 124 of the Criminal Code of the RSFSR 1922);
- for violation by employers of collective agreements with trade unions (Art. 133 of the Criminal Code of the RSFSR 1922), the collection of rent from

workers and civil servants above the established prohibition (Art. 135 of the Criminal Code of the RSFSR 1922).

Chapter 11 of the Criminal Code of the RSFSR 1960, “Crimes that constitute remnants of local customs”, deserves special mention in connection with the issue under consideration.

It is important to note that the promotion of new cultural norms and the displacement of old ones through criminal law prohibitions can have varying degrees of rigidity and, if it is permissible to put it this way, aggressiveness. They depend on two main factors: the degree of significance of the new cultural norm for the official authorities and the level of repressiveness of the political course being implemented in the country.

It will be interesting to recall in this regard that the values of Orthodox culture in pagan Russian society were initially supported by very mild measures, and not only from the point of view of the content of sanctions for their violation, but from the standpoint of the legal nature of these sanctions. At first, these were the norms of church statutes and normative acts of the church itself as a kind of social group or corporation. The sanctioning of new cultural standards had limited validity based on the characteristics of the entity responsible for promoting them. The state, as it were, shifted the responsibility of cultivating them to the church. Having declared Christianity to be the dominant religion, it in fact, up to a certain point, averted itself from the criminalisation of actions to violate the new rules and norms. And only much later, already in a secular, state-wide normative legal act (for the first time most fully in the Cathedral Code of Alexei Mikhailovich in 1649), did it truly criminalise the violation of cultural norms that go back to the Christian doctrine and the status of the church. Thus, it can be stated that having established a new cultural standard and recognising it as desirable and necessary for itself, the state, taking into account the fundamental cultural shift it produces, tried first to approve and promote this standard by the least punitive means, giving time to introduce it into public consciousness, and only then provided this standard with full protection by the forces of criminal law.

Such a technique, which involves the testing of new cultural norms through the practice of soft authorisation (through corporate, civil, administrative and other types of responsibility) is, to a certain extent, ideal, if not idealistic. Often, as history teaches, the promotion of new norms and values is carried out immediately through the criminalisation of the rejection of their observance. Especially if a significant cultural standard is introduced by a repressive government. In this case, even minimal deviations from it initially receive criminal legal authorisation.

In the process of cultural dynamics, new cultural norms introduced at some historical period become habitual over time, and firmly grow into the fabric of social interaction and into the public consciousness. They become “traditional”. This happened, for example, in a situation when the once traditional class division of society was replaced by the principle of equality of citizens, the rigid gender division was replaced by the idea of equality of men and women, the permissive order of movement around the country was replaced by freedom of

movement. In such cases, the continuing criminalisation of encroachments on the once new, and now traditional values performs a different function, namely the function described above to support the established socio-cultural practices and norms.

3. Blocking cultural innovations is another way that criminalisation affects culture. It focuses on those innovations that are the product of an unofficial, non-institutional culture, and which reflect the presence or lead to the formation of norms and rules that are really or potentially dangerous for the official culture.

The history and current state of criminal law demonstrates that this method of influence of criminal law on culture has been used very actively.

For example, the Criminal Code of 1903 persecuted the compilation of an essay or image containing an insult or a threat to the person of the reigning emperor, the empress or the heir to the throne (Article 104). The public reading of an essay inciting the overthrow of the social order (Article 129) is another example. The RSFSR Criminal Code of 1926 established punishment for the production, storage and distribution of counter-revolutionary literature (Article 58.17), for fabricating and disseminating information that could cause mistrust in the authorities and discredit it (Article 58.18). The RSFSR Criminal Code of 1960 maintained responsibility for voluntary sodomy (Article 121).

In modern conditions, a certain reflection of the considered tendency of the influence of criminal law on culture can be the correction of the norm on insulting the feelings of believers (Article 148 of the Criminal Code of the Russian Federation). Another is the differentiation of responsibility for heterosexual and homosexual acts against minors (Article 134 of the Criminal Code of the Russian Federation), as well as numerous unrealised matters.

These unrealised matters are included in bills submitted to the State Duma of the Russian Federation aimed at establishing criminal responsibility for justifying the genocide of the Russian people (project No. 340882-7), insulting the feelings of veterans of the Great Patriotic War (project No. 1166853-6), discrediting the Russian Federation (project No. 1111185-6), repeated consumption of narcotic drugs or psychotropic substances without a doctor's prescription (project No. 991901-6), obtaining a residence permit in the Russian Federation by concluding a fictitious marriage (project No. 419191-6), attacks on historical memory in relation to events, that took place during the Second World War (project No. 197582-5), denial, justification, approval, understatement of political repression (project No. 307263-6), demonstration of Nazi symbols (project No. 173969-5)⁵

It must be admitted that blocking cultural innovations by criminalising certain actions is a very dangerous process from a cultural point of view, since it reflects the assessment of these innovations only from the point of view of their danger to power structures and their electoral basis, and therefore is always subjective and politicised. Thus, it is always associated with the risk of suppressing dissent, a different way of life, in principle, any "otherness", the rea-

⁵ URL: <https://sozd.duma.gov.ru> (date accessed: 20.12.2019)

sonable presence of which is an unconditional and necessary condition for the development of culture as such.

The considered ways of the reverse influence of the criminalisation of acts on culture are unequal in their significance and quite clearly correlate with the dominant political regime and the type of society. From a theoretical point of view, maintaining established norms quite clearly correlates with traditional society, blocking innovations with a totalitarian regime, promoting new and eliminating old cultural norms with a society that is in a state of transformation. This division is, of course, very arbitrary, since in real life there are practically no “pure” types and modes.

As for the current situation, it must be admitted that modern society (and not only Russian), as never before in history, is going through a period of constant change. Z. Bauman, characterised this period as a “fluid modernity”. In such conditions, criminalisation is most closely associated with the processes of cultural dynamics, the transformation of norms and standards.

Considering the ever-increasing relativity of cultural values of modern society, its use for the purposes of managing society and building a cultural landscape is of particular importance. We must clearly realize that criminalisation is a very crude way of establishing cultural norms, since it is associated with the use of the most severe of the legitimate means of social violence; therefore its use must be carefully thought out and minimally applied. In modern domestic criminal law literature, the phenomenon of the pressure of criminalisation on culture has not yet been fully realized, which suggests that there is a significant gap here, which should be filled by subsequent investigations of the problem, the results of which will serve the general interests of the harmonious development of man, society and the state.

Discussion and Conclusion

The criminalisation of socially dangerous acts, being in itself a cultural phenomenon, is closely intertwined with other cultural phenomena and processes taking place in society at various levels of its material and spiritual life. It accumulates in itself, transmitted by political institutions and supported by culturally determined sanctions, the prevailing and emerging in society ideas about the boundaries of freedom of the individual and the state in their mutual relations. In this aspect, criminalisation is an integral element of the political, legal, and criminological culture of society, and therefore its content and forms can be adequately perceived and evaluated only in the general context of the country's cultural development.

This approach allows us to identify a number of very promising areas for the subsequent analysis of the socio-cultural problems of criminalisation. These are criminalisation as a response to the requests of the executive branch, criminalisation as a means of maintaining or limiting judicial discretion, criminalisation as a reflection of a compromise of political forces, criminalisation as a means of promoting new social values, criminalisation as a prerequisite for application preventive measures, criminalisation and the dominant type of culture. Each of them, we believe, deserves to be studied in detail, and in an

interdisciplinary context, in order to contribute to the further development of the entire complex of criminal law sciences and the practice of social administration in the field of criminal law.

References

- Andrianov, V.K. and Pudovochkin, Yu.E., 2019. *Zakonomernosti ugovnogo prava* = [The laws of criminal law]. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)
- Babaev, M.M. and Pudovochkin, Yu.E., 2013. Criminological thinking in the context of the intellectual support of criminal policy. *Zhurnal rossiyskogo prava* = [Journal of Russian Law], 8, pp. 55–65. (In Russ.)
- Babaev, M.M. and Pudovochkin, Yu.E., 2017. *Rossiyskaya ugovnaya politika i ugovnyy zakon: opyt kriticheskogo analiza* = [Russian criminal policy and criminal law: the experience of critical analysis]. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)
- Bibik, O.N., 2013. *Kulturnaya obuslovlennost' ugovnogo nakazaniya* = [Cultural conditioning of criminal punishment]. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)
- Chestnov, I.L., 2015. The social danger of crime in the postclassical perspective. *Obrazovaniye i nauka: voprosy teorii i praktiki* = [Education and science: theory and practice], 1, pp. 239–242. (In Russ.)
- Chubarev, V.L., 1982. *Obshchestvennaya opasnost' prestupleniya i nakazaniye. Kolichestvennyye metody izucheniya* = [Public danger of crime and punishment. Quantitative methods of study]. Ed. Yu.D. Bluvshcheyn, Moscow: MVD USSR. (In Russ.)
- Demidov, Yu.A., 1975. *Sotsialnaya tsennost' i otsenka v ugovnom prave* = [Social value and valuation in criminal law]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)
- Greenberg, M.S., 1992. [Criminal law as a cultural phenomenon]. *Izvestiya vuzov. Pravovedeniye* = [News of universities. Jurisprudence], 2, p. 57–62. (In Russ.)
- Gurinskaya, A.L., 2019. *Anglo-amerikanskaya model' preduprezhdeniya prestupnosti* = [The Anglo-American crime prevention model]. Dr. Sci. (Law) Dissertation. St. Petersburg. (In Russ.)
- Henrych, N.V., 2011. *Predmet i metod ugovno-pravovogo regulirovaniya* = [Subject and method of criminal regulation]. Dr. Sci. (Law) Dissertation. Ryazan'. (In Russ.)
- Ivanov, N.G., 2016. *Obshchestvennaya opasnost' deyaniya kak ontologicheskaya osnova kriminalizatsii* = [The social danger of action as the ontological basis of criminalization]. Moscow: Prospect. (In Russ.)
- Maltsev, V.V., 1993. *Problema otrazheniya i otsenki obshchestvenno opasnogo povedeniya v ugovnom prave* = [The problem of reflection and

assessment of socially dangerous behavior in criminal law]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Sorokin, P.A., 2006. *Sotsialnaya i kulturnaya dinamika* = [Social and cultural dynamics]. Moscow: Astrel'. (In Russ.)

Ter-Akopov, A.A., 2003. *Prestupleniye i problemy nefizicheskoy prichinosti v ugovnom prave* = [Crime and problems of non-physical causation in criminal law]. Moscow: Yurkniga. (In Russ.)

Yushkov, S.V., ed., 1952. *Pamyatniki russkogo prava. Vypusk pervyy. Pamyatniki prava Kiyevskogo gosudarstva. X–XII vv.* = [Monuments of Russian law. Volume first. Monuments of law of the Kiev state. X–XII century]. Moscow: Gosyurizdat. (In Russ.)

Список использованной литературы

Андрианов В.К., Пудовочкин Ю.Е. Закономерности уголовного права. М. : Юрлитинформ, 2019. 344 с.

Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е. Криминологическое мышление в контексте интеллектуального обеспечения уголовной политики // Журнал российского права. 2013. № 8. С. 55–65.

Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е. Российская уголовная политика и уголовный закон: опыт критического анализа. М. : Юрлитинформ, 2017. 693 с.

Бибик О.Н. Культурная обусловленность уголовного наказания. М. : Юрлитинформ, 2013. 224 с.

Генрих Н.В. Предмет и метод уголовно-правового регулирования : дис. ... д-ра юрид. наук. Рязань, 2011. 416 с.

Гринберг М.С. Уголовное право как феномен культуры // Известия вузов. Правоведение. 1992. № 2. С. 57–62.

Гурина А.А. Англо-американская модель предупреждения преступности : дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2019. 555 с.

Демидов Ю.А. Социальная ценность и оценка в уголовном праве. М. : Юрид. лит., 1975. 184 с.

Иванов Н.Г. Общественная опасность деяния как онтологическая основа криминализации. М. : Проспект, 2016. 80 с.

Мальцев В.В. Проблема отражения и оценки общественно опасного поведения в уголовном праве : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1993. 39 с.

Памятники русского права. Выпуск первый. Памятники права Киевского государства. X–XII вв. / сост. А.А. Зимин ; под ред. С.В. Юшкова. М. : Госюриздат, 1952. 288 с.

Сорокин П.А. Социальная и культурная динамика. М. : Астрель, 2006. 1176 с.

Тер-Акопов А.А. Преступление и проблемы нефизической причинности в уголовном праве. М. : Юркнига, 2003. 478 с.

Честнов И.А. Общественная опасность преступления в постклассической перспективе // Образование и наука: вопросы теории и практики. 2015. № 1. С. 239–242.

Чубарев В.А. Общественная опасность преступления и наказание. Количественные методы изучения / под ред. Ю.Д. Блувштейна. М. : ВНИИ МВД СССР, 1982. 96 с.

Информация об авторе / Information about the author

Natalya V. Genrikh, Dr. Sci. (Law), Head of the Criminal Law Department, North Caucasus Branch, Russian State University of Justice (187/1 Levanevskogo St., Krasnodar, 350002, Russian Federation)

Генрих Наталья Викторовна, доктор юридических наук, заведующий кафедрой уголовного права Северо-Кавказского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (350002, Российская Федерация, г. Краснодар, ул. Леваневского, д. 187/1).

E-mail: ngenrih@mail.ru

Пропорциональность и рациональность¹

Р. Алекси

*Кильский университет имени Христиана Альбрехта, г. Киль,
Германия*

alexey@law.uni-Kiel.de

Аннотация

В статье излагается авторская концепция пропорциональности, на основе которой Федеральный конституционный суд Федеративной Республики Германии имеет возможность принятия рациональных и аргументированных решений по пересмотру нормативных правовых актов, касающихся нарушения конституционных прав, которые автор квалифицирует как конституционные принципы. Концепции пропорциональности и рациональности выстраиваются на сформулированном в других работах автора понятийно-категориальном аппарате, который включает такие понятия, как нормы, правила, принципы, оптимизация, Закон о равновесии и другие. Закон о равновесии, по убеждению автора, является специфической формой применения принципов права. В работе широко используется аналитический подход к исследуемой проблематике, поэтому ее содержание изобилует формулами. С помощью формул автор анализирует судебные дела по различным вопросам, которые имеют отношение к нарушениям конституционных прав. Суждения и выводы автора представляют интерес для российской юридической науки и судебной практики.

Ключевые слова: пропорциональность, рациональность, оптимизация, Закон о равновесии, принципы, правила, формула веса

Благодарности. Публикация статьи осуществляется с любезного согласия автора. Редакция журнала выражает благодарность Игорю Алексеевичу Клепальченко за профессиональный перевод статьи.

Для цитирования: Алекси Р. Пропорциональность и рациональность // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 4. С. 197–215. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.197-215

¹ Перевод статьи с англ. яз.: Alexy R. Proportionality and rationality // Proportionality: New Frontiers, New Challenges / ed. V.C. Jackson, M. Tushnet. Cambridge, United Kingdom ; New York, N.Y. : Cambridge University Press, 2017. P. 13–29.

Proportionality and Rationality

Robert Alexy

Christian Albrecht University of Kiel, Kiel, Germany

For correspondence: alexy@law.uni-Kiel.de

Abstract

The article sets out the author's concept of proportionality, on the basis of which the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany is able to make rational and reasoned decisions on the revision of legislation relating to violations of constitutional rights, which the author qualifies as constitutional principles. The concepts of proportionality and rationality are built on the conceptual and categorical apparatus formulated in other works by the author, which includes such concepts as norms, rules, principles, optimization, the Law of Balancing and others. The Law of Balancing is a specific form of applying the principles of law. The paper uses a broad analytical approach to the issues under study, and therefore its content is abundant in formulas. Using the formulas, the author analyses court cases on various issues that relate to violations of constitutional rights. The author's opinions and conclusions are of interest to Russian legal science and court practice.

Keywords: proportionality, rationality, optimization, the Law of Balancing, principles, rules, Weight Formula

Acknowledgements. The article is published with the kind consent of the author. The editors of journal thank Igor A. Klepalchenko for the professional translation of this article.

For citation: Alexy, R., 2020. Proportionality and rationality. *Pravosudie/Justice*, 2(4), pp. 197–215. DOI: 10.17238/2686-9241.2020.4.197-215

I. Эмпирический и аналитический подходы

3а рамками вопросов нормативного характера стоят два подхода к пропорциональности и ее отношению к конституционным правам и конституционному пересмотру. Первый носит описательный, или эмпирический, характер, второй – аналитический. Каждый из этих подходов включает в себя другой. Невозможно описать, например, распространение идеи пропорциональности по всему миру без каких-либо предположений о структуре теста на пропорциональность. Более того, каждый анализ формальной структуры пропорциональности должен сталкиваться со случаями, вытекающими из практики конституционного пересмотра, точно так же, как любая теория физики должна выдержать испытания посредством экспериментов и новых фактов. Однако это не отрицает того, что вопросы пропорциональности могут иметь как эмпирическую, так и аналитическую направленность. Я сосредоточусь на аналитических соображениях в связи с судебными делами. Это, однако, не следует понимать как самоцель. Всеохватывающим вопросом является нормативная проблема, касающаяся того, как должна быть построена пропорциональность, если она в максимально возможной степени должна способствовать рациональности. Основой моего ответа на этот вопрос является теория принципов.

II. Теория пропорциональности и принципов

1. Правила и принципы

Теория принципов начинается с теоретико-нормативного различия между правилами и принципами [Alexy, R., 2002a, pp. 47–49]. Правила – это нормы, которые требуют чего-то определенного. Это – *определенные команды*. Форма их применения обусловлена отнесением к той или иной категории. Если правило является действительным и если условия его применения выполнены, то определенным образом необходимо, чтобы было сделано именно то, чего оно требует. Если это сделано, правило соблюдается; если это не делается, правило не соблюдается. Напротив, принципы – это *требования оптимизации*. Как таковые они требуют, чтобы что-то было реализовано «в максимально возможной степени с учетом юридических и фактических возможностей» [Alexy, R., 2002a, p. 47]. Если не принимать во внимание правила, то юридические возможности определяются, главным образом, противоположными принципами. По этой причине принципы, каждый из которых взят в отдельности, всегда содержат требование *prima facie*. Определение соответствующей степени удовлетворения одного принципа по отношению к требованиям других принципов осуществляется путем уравнивания. Таким образом, уравнивание является специфической формой применения принципов.

2. Пропорциональность

Характер принципов как требований оптимизации сразу приводит к необходимости связи между принципами и пропорциональностью. Принцип пропорциональности (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) состоит из трех подпринципов: принципов пригодности, необходимости и пропорциональности в более узком смысле. Часто к этим трем элементам добавляется четвертый – требование надлежащего назначения, которое определяет первую ступень теста на пропорциональность. Примером может служить реконструкция пропорциональности Аарона Барака [Barak, A., 2012, pp. 245–302, 529–539]. Ниже я буду утверждать, что такой первый шаг является излишним и может даже представлять опасность для рациональности теста на пропорциональность. Но для этого необходимо, во-первых, проанализировать только что упомянутые три компонента. Анализ покажет, что все три подпринципа выражают идею оптимизации. Принципы оптимизации требуют оптимизации как по отношению к тому, что фактически возможно, так и по отношению к тому, что юридически возможно. Принципы пригодности и необходимости ссылаются на оптимизацию по отношению к фактическим возможностям. Принцип пропорциональности в более узком смысле касается оптимизации по отношению к правовым возможностям.

а) Пригодность

Первый подпринцип – принцип пригодности – исключает принятие средств, которые препятствуют реализации по крайней мере одного принципа, не поддерживая какой-либо принцип или цель, ради которых он был

принят. Если средство *M*, принятое для реализации принципа *P1*, не подходит для этой цели, но препятствует реализации *P2*, то нет затрат ни на *P1*, ни на *P2*, если *M* не учитывается, но есть затраты на *P2*, если *M* принята. Таким образом, *P1* и *P2*, взятые вместе, могут быть реализованы в большей степени по сравнению с тем, что фактически возможно в случае отказа от *M*. *P1* и *P2*, если взять их вместе, т. е. как элементы одной системы, запрещают использование *M*. Это показывает, что принцип пригодности является выражением идеи оптимальности Парето. Одна позиция может быть доказана без ущерба для другой.

Примером нарушения принципа пригодности является решение Федерального конституционного суда Германии. В соответствии с этим законом не только лица, обращающиеся за общей охотничьей лицензией, должны сдавать экзамен на оружие, но и лица, обращающиеся исключительно за лицензией на охоту с соколами. Суд утверждал, что экспертиза оружия для соколиной охоты не подходит для реализации «надлежащего осуществления этой деятельности, как это задумано законодателем»². Таким образом, не существовало «значимых и четких оснований»³ для нарушения общей свободы действий соколиной охоты, гарантированной ст. 2 (1) Основного закона. По этой причине постановление было объявлено непропорциональным⁴ и, следовательно, неконституционным.

б) Необходимость

Случаи, когда законы объявляются неконституционными по причине их непригодности, встречаются редко. Обычно применяемая законодательным органом мера, во всяком случае в определенной степени, способствует достижению его целей. Этого достаточно для пригодности. По этой причине практическая значимость подпринципа пригодности довольно низкая. Совершенно иная ситуация складывается, когда речь идет о втором подпринципе принципа пропорциональности – принципе необходимости. Этот принцип требует, чтобы из двух средств реализации *P1*, которые в широком смысле одинаково подходят, был выбран тот, который менее интенсивно вмешивается в *P2*. Если существует менее интенсивное вмешательство и одинаково подходящие средства, то одну позицию можно улучшить с минимальными затратами для другой⁵. При этом условии *P1* и *P2*,

² Решения Федерального конституционного суда (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; далее: BVerfGE) 55, 159 (166).

³ BVerfGE 55, 159 (167).

⁴ BVerfGE 55, 159 (166).

⁵ При выборе менее или более интенсивно вмешивающихся средств принцип необходимости предполагает, что все другие принципы или цели нейтральны по отношению к этому выбору. Однако если существует третий принцип или цель, *P3*, на которую негативно влияет принятие средств, менее интенсивно вмешивающихся в *P2*, то решение по этому делу не может быть принято на основе соображений, касающихся оптимальности Парето. Когда затраты неизбежны, необходимо уравнивание.

взятые вместе, требуют применения менее интенсивно вмешивающихся средств. Это, опять же, случай оптимальности Парето.

Примером может служить решение Федерального конституционного суда о сладостях, особенно в виде пасхальных кроликов и фигурок Деда Мороза, которые состоят из слоеного риса. Для защиты потребителей от ошибки, чтобы они не приняли эти слоеные рисовые конфеты за шоколадные изделия, был введен запрет на изготовление слоеных рисовых конфет. Суд утверждал, что защита потребителей может быть обеспечена «эффективным, но менее жестким способом – введением обязательной маркировки»⁶. По этой причине запрет был объявлен нарушением принципа необходимости и, следовательно, непропорциональным.

в) Пропорциональность в более узком смысле

Как и в случае с принципом пригодности, принцип необходимости касается оптимизации по отношению к фактическим возможностям, которая заключается в том, чтобы избежать ненужных затрат. Затраты, однако, неизбежны при столкновении принципов. В этом случае становится необходимым уравнивание. Уравнивание является предметом третьего подпринципа принципа пропорциональности, которым является принцип пропорциональности в более узком смысле. Этот принцип показывает нам, что такое оптимизация в отношении юридических возможностей. В «Теории конституционных прав» я высказал требование оптимизации в отношении юридических возможностей с помощью правила, которое я назвал Законом о равновесии [Alexy, R., 2002a, p. 102]. Это правило гласит:

Чем выше степень неудовлетворенности одним принципом или ущерб, наносимый одним принципом, тем более должно быть важно удовлетворение другим принципом.

Закон о равновесии исключает, в частности, интенсивное вмешательство в принцип *P1*, которое оправдывается лишь низкой значимостью, придаваемой удовлетворению принципа *P2*. Такое решение не было бы оптимизацией *P1* вместе с *P2*.

д) Формула веса

Закон о равновесии подвергся критике со стороны Барака за то, что он рассматривает ограниченное право только как «степень ограничения конституционного права» [Barak, A., 2012, p. 6], т. е. «степень его ограничения» [Barak, A., 2012, p. 364], в то время как с точки зрения обоснования ограничения или вмешательства следует отметить важность принципа столкновения. Он предлагает использовать концепцию важности с обеих сторон и в то же время квалифицирует эту важность как «социальную значимость» [Barak, A., 2012, p. 349], другими словами, как не имеющую такого конституционного значения. Я не буду развивать здесь последний тезис. Первый тезис, однако, без сомнения, верен. Формулировка Закона о

⁶ BVerfGE 53, 135 (146).

равновесии была разработана с учетом стандартной ситуации, которая появляется достаточно часто [Alexu, R., 2007, pp. 15–17]. Для более глубокого, точного и полного анализа необходимо дальнейшее развитие Закона о равновесии. Эта дальнейшая разработка сводится к Формуле веса [Alexu, R., 2003, pp. 433–449, 443–448]. Формула веса определяет вес принципа P_i в конкретном случае, т. е. конкретный вес P_j , соответствующий принципу столкновения $P_j (W_p, j)$, как отношение, во-первых, произведения интенсивности взаимодействия с $P_i (I_i)$ и абстрактного веса $P_i (W_i)$, а также степени надежности предположений относительно того, что данная мера означает для нереализации $P_i (R_i)$, и, во-вторых, произведения соответствующих значений в отношении P_j теперь связанных с реализацией P_j . Выглядит это следующим образом:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Похоже, что «важность предотвращения ограничения конституционного права» [Barak, A., 2012, p. 6] Барака такая же, как и произведения I_i и W_i , в то время как его «важность правильной цели» [Barak, A., 2012, p. 6] такая же, как и произведение I_j и W_j . Если это так, то критика Барака относится к первоначальной формулировке Закона о равновесии, а не к его разработке с помощью Формулы веса⁷.

Такая формула, как Формула веса, которая выражает отношение одного продукта к другому, разумна только в том случае, если все факторы могут быть представлены числами. Это проблема градации. В другом месте [Alexu, R., 2007, pp. 20–26] я предложил дискретную, т. е. непрерывную триадическую шкалу, в которой реализованы геометрические последовательности. Эта шкала присваивает интенсивности воздействия и абстрактным весам значения «легкий» (l), «умеренный» (m) и «серьезный» (s). Эти значения выражаются числами 2^0 , 2^1 и 2^2 , т. е. 1, 2 и 4. Что касается эпистемной стороны, т. е. R_i и R_j , то можно работать со стадиями «надежный» или «определенный» (r), «правдоподобный» (p) и «не явно ложный» (e), которым должны быть присвоены числа 2^0 , 2^{-1} и 2^{-2} , т. е. 1, $\frac{1}{2}$ и $\frac{1}{4}$ [Alexu, R., 2007, p. 25]. С помощью этих триад можно охватить большинство решений конституционных судов. Там, где их недостаточно, то есть там, где приходится вводить еще более ослабленные градации, они могут быть расширены до двойных триадных шкал [Alexu, R., 2007, pp. 22–23].

⁷ Еще один элемент в восстановлении равновесия Барака – это вероятность [Barak, A., 2012, p. 362]. Возникает вопрос, следует ли отличать вероятность от надежности или определенности (R) как эпистемной модальности, или же каждая из них может быть сведена к другой. Если, как я предполагаю, они не могут быть сведены друг к другу, то можно предположить, что вероятность является исключительно частью I_i и I_j и что переменная R относится исключительно к надежности как к эпистемной модальности. Последнее придало бы смысл таким предложениям, как: «Понятно, что опасность для права составляет 20 процентов», «Правдоподобно, что опасность для права составляет 20 процентов» и «Не исключено, что опасность для права составляет 20 процентов».

Эпистемные переменные R_i и R_j относятся к эмпирическим предпосылкам, а также к нормативным предпосылкам. Это может быть выражено следующим уравнением:

$$R_i = R_i^e \cdot R_i^n$$

Это уравнение можно назвать «уравнением надежности». В случаях, когда речь идет как об эмпирической, так и о нормативной надежности, R_i и R_j должны быть заменены соответствующими произведениями, расположенными справа от уравнения надежности. Таким образом, на сцене появляется улучшенная версия Формулы веса [Alexy, R., 2014, pp. 513–515]:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Обе Формулы веса показывают, как много комбинаций могут находиться в равновесии. Если взять уточненную Формулу веса с четырьмя переменными с каждой стороны, т. е. всего с восемью переменными, то на основе двух триадических шкал мы получим 3^8 , т. е. 6561 комбинацию [Alexy, R., 2014, p. 522]. В случае элементарной Формулы веса с тремя переменными с каждой стороны мы получим, опять же на основе двух триадических шкал, 3^6 , т. е. 729 комбинаций. Важным моментом, касающимся рациональности равновесия, является то, что это разнообразие имеет упорядоченный, а не хаотичный характер. Это играет большую роль в ответе на вопрос о том, носят ли, по крайней мере, некоторые конституционные права, такие как человеческое достоинство, абсолютный характер [Alexy, R., 2016].

е) Надлежащее назначение

Не менее важным, чем эти числовые соотношения, является идентификация факторов, которые играют роль в равновесии. Ключевым требованием формальной рациональности равновесия выступает то, что, во-первых, все релевантные факторы и только релевантные факторы – а не, например, причины значений факторов – представлены переменными формулы и, во-вторых, что факторы не пересекаются друг с другом. Это требование формальной рациональности является критерием, по которому должно оцениваться предложение по обеспечению равновесия структуры, состоящей из четырех частей, т. е. предложение ввести вопрос о надлежащей цели в качестве первого шага анализа пропорциональности, предшествующего пригодности, необходимости и пропорциональности в более узком смысле. По мнению Барака, природа прав как «щитов» [Barak, A., 2012, p. 530] требует надлежащей цели в качестве «порогового требования» [Barak, A., 2012, p. 530], когда вмешательство в конституционное право основано на общественном интересе: «само по себе существование общественного интереса было бы недостаточным для обоснования ограничения конституционного права» [Barak, A.,

2012, р. 530]. В случаях «конституционных прав самого высокого уровня» [Barak, A., 2012, р. 533], для того чтобы пройти тест на соответствие целям, общественный интерес должен быть «убедительным» или «настойчивым» [Barak, A., 2012, р. 533]. Все права ниже самого высокого уровня, по словам Барака, должны быть «сгруппированы во второй уровень». Здесь требование заключается в том, что цель закона должна быть «важной» [Barak, A., 2012, р. 533].

Проблема данной конструкции заключается в том, что все эти требования уже находятся на уровне пропорциональности в более узком смысле. Принуждение, а также важные общественные интересы как причины нарушения конституционных прав могут и должны быть полностью выражены в Формуле веса путем присвоения высоких значений переменным I_j и W_j – как одной из них, так и им обеим. Это означает, что установка правильного назначения в качестве первого шага анализа пропорциональности является излишней, а это подразумевает, что она нарушает требование формальной рациональности равновесия путем введения коэффициента пересечения. Более того, Формула веса позволяет установить воздействие общественного интереса по отношению ко всем другим факторам, связанным с вопросом о том, является ли вмешательство в конституционное право пропорциональным в более узком смысле. Абстрактная классификация важности общественных интересов в начале анализа пропорциональности не может достичь такого уровня формальной рациональности. По этой причине единственный вопрос, который следует задать в самом начале, заключается в том, исключается ли конституцией цель, преследуемая законодателем. Это, однако, не касается равновесия, а лишь указывает на одно из его положений [Alexy, R., 2002a, р. 62].

Все это касается формального анализа пропорциональности и, в этом смысле, его «логики». Барак, похоже, также высказывает эвристическую точку зрения, когда говорит, что «общественный интерес должен носить особый характер, чтобы изучить природу ограничения и решить, является ли оно конституционным» [Barak, A., 2012, р. 530]. Это можно истолковать как указание на то, что для инициации теста на пропорциональность должны быть какие-то причины. В принципе мало что можно сказать против этого. Тем не менее нужно быть осторожным.

Формула веса показывает, что могут иметь место довольно легкие вмешательства ($I_i = l = 1$) в конституционные права с относительно высокими абстрактными значениями ($W_i = m = 2$) – причем оба они подкреплены лишь достаточно неопределенными эмпирическими и нормативными предпосылками ($R_i^e = e = 1/4$; $R_i^n = e = 1/4$). Возможно, что не допустить оспариваемое решение парламента было бы лишь легким вмешательством ($I_j = l = 1$) при низком общественном интересе ($W_j = l = 1$), т. е. общественный интерес, без всякого сомнения, не имел бы «особого характера» [Barak, A., 2012, р. 530]. Тем не менее если эпистемные переменные со стороны общественного интереса имеют хорошие значения ($R_j^e = r = 1$; $R_j^n = r = 1$), то конкретный вес со стороны общественного интереса будет больше (1), чем конкретный вес со стороны конституционного пра-

ва (0,125). В этой комбинации, как и во многих других, общественный интерес без какого-либо особого характера оправдывал бы вмешательство в право.

III. Равновесие и аргументация

1. Формальное и материальное измерение рациональности

До сих пор я рассматривал только формальную рациональность равновесия, выраженную, в частности, в Формуле веса. Был высказан целый ряд возражений в отношении формального характера Формулы веса. Маттиас Джестаedt, например, возражал против Формулы веса на том основании, что она «дает обещание определенной степени уверенности и точности в применении, которое она совершенно не в состоянии сдержать» [Jestaedt, M., 2012, p. 163]. «Ее заявленная или, по крайней мере, подразумеваемая точность является лишь иллюзией, методологической химерой» [Jestaedt, M., 2012, p. 165]. Ставрос Цакиракис говорит о «мифе о математической точности», который должен быть отвергнут, если речь идет о «судебном обосновании» [Tsakyrakis, S., 2009, p. 472]. Александр Сомек возражает, что модель равновесия теории принципов не выходит за рамки «аналитически обоснованной формализации морального интуитионизма» [Somek, A., 2006, p. 135]. И справедливости ради отметим четвертый взгляд – Кая Меллера, который в книге «Глобальная модель конституционных прав» начинает с сопоставления своей теории как «*субстантивного морального подхода...* с формальной теорией, такой как... теория прав как принципов или требований оптимизации Роберта Алекси» [Möller, K., 2012, pp. 1–2].

Если бы теория принципов была лишь формальной теорией, эти возражения можно было бы действительно принять во внимание. Но теория принципов – это теория, которая неразрывно соединяет формальное и содержательное измерения конституционных прав, а также соединяет оба измерения в отношении права в целом. Ральф Пошер говорит, хотя и с критическим подтекстом, что теория принципов включает в себя «теорию о понятии права, теорию судопроизводства и, наконец, различные доктринальные теории» [Poscher, R., 2012, p. 221].

Формальная теория, которая нуждается в дополнении содержательной теорией, как таковая вполне может показаться не представляющей никакой ценности. Однако это не так. Чисто формальная теория, действительно, была бы пустой. Чисто субстантивная теория имеет, однако, еще один недостаток: она не в состоянии прояснить все вопросы теории равновесия, и это является серьезным недостатком, так как структура равновесия достаточно сложна. Даже самая лучшая субстантивная теория всегда будет оставаться подверженной ошибкам из-за отсутствия концептуальной ясности, системы и аргументированной убедительности. Такое положение вещей будет равносильно серьезному ограничению рациональности.

Готтлоб Фреге в «*Концептуальной нотации*» («*Begriffsschrift*») сравнивает отношение своего «Языка формул» [Frege, G., 1972, p. 101] к «обычному

языку» [Frege, G., 1972, p. 104] с «отношением микроскопа к глазу». Последний, благодаря диапазону своей применимости и легкости, с которой он может адаптироваться к самым разнообразным обстоятельствам, имеет большое превосходство над микроскопом. Конечно, если рассматривать его как оптический инструмент, то в нем обнаруживаются многие недостатки» [Frege, G., 1972, p. 105]. Это непосредственно относится к формальному анализу пропорциональности. Обычный язык («глаз»), должен оставаться языком суда в случаях равновесия. Однако при научном анализе как при отнесении к категории, так и при равновесии необходимо использовать язык формул – микроскоп – для достижения столь же точного, глубокого и легко понимаемого представления о структуре этих двух форм правоприменения [Alexy, R., 2010].

Остается вопрос: как формальный аспект может быть связан с содержательным? Ответ заключается во внедрении Формулы веса в теорию рациональной правовой аргументации.

2. Числа, предложения по классификации и их обоснование

На первый взгляд такое встраивание, как представляется, исключается, с одной стороны, природой Формулы веса, а с другой – природой правовой аргументации или дискурсом. Основными элементами Формулы веса являются числа, основными элементами правового дискурса – аргументы. Числа вполне могут быть связаны с измерительными приборами, скажем, с термометрами, но как их можно связать с аргументами? Наряду с термометром не существует «аргументра». А ответ таков. Числа, которые должны быть представлены в переменные формулы веса, представляют собой классификации в случае переменных I_i и W_i , а также их аналогов – такие классификации, как «легкие», «умеренные» и «серьезные». Примером является вмешательство в свободу слова (P_i), которое служит для защиты права личности (P_j). Если вмешательство в свободу слова классифицируется как серьезное, т. е. если I_i получает значение 4, то цифра 4 означает не что иное, как предположение: «Это – серьезное вмешательство в свободу слова». То же самое относится и к тем случаям, когда вес права личности классифицируется как легкий. Номер 1, таким образом, означает предположение «это вмешательство в право личности через незащищенность можно считать легким». Ключевым моментом сейчас является то, что такие предположения – их можно было бы назвать «классификационными предположениями» – являются в целом такими же предположениями или утверждениями, которые нуждаются в обосновании. Вопрос в том, могут ли они быть обоснованы.

Авторы, оспаривающие рациональность равновесия, должны отрицать обоснованность классификационных предположений. Примерами таких отказов являются аргумент Юргена Хабермаса о произволе [Habermas, J., 1996, p. 259], аргумент Бернхарда Шлинка о судебных решениях [Schlink, B., 1984, p. 462], а также аргумент Пошера об интуиционизме [Poscher, R., 2012, p. 241]. Против всех этих позиций я представил аргумент, который гласит, что предположения об интенсивности интерференции и степени важности поддаются рациональному обоснованию. В ка-

честве примера можно привести решение Федерального конституционного суда Германии 1997 г. об обязанности производителей табачных изделий размещать на своих изделиях предупреждения о вреде курения для здоровья⁸. Это незначительное или легкое вмешательство в свободу заниматься своей профессией. Напротив, полный запрет на все табачные изделия будет считаться серьезным вмешательством. Между такими незначительными и серьезными случаями могут быть обнаружены и случаи умеренной интенсивности помех. Примером может служить запрет на сигаретные автоматы наряду с введением положений, ограничивающих продажу табака в отдельных магазинах. Если бы утверждение Пошера о том, что равновесие зависит только от «нашей интуиции» [Poscher, R., 2012, p. 241], было правдой, то каждый, толкующий конституцию, был бы вправе сказать, обращаясь к своей интуиции, что обязанность делать предупреждения о вреде курения для здоровья – это серьезное вмешательство, а полный запрет на курение – легкое вмешательство в свободу профессии производителя табачных изделий. Но отнестись к такому подходу серьезно будет нелегко. В любом случае было бы легко привести убедительные причины, по которым эти классификации ошибочны. Если интенсивность вмешательства, как в случае с табаком, будет установлена как незначительная, а важность защиты населения от рисков для здоровья будет столь же высокой⁹, то результат будет налицо. Причина, придающая значительный вес вмешательству, доказывает незначительное вмешательство.

3. Разногласие, дискурс и рациональность

Скептик равновесия может признать обоснованность классификации интенсивности вмешательства в рассматриваемом случае, но, тем не менее, настаивать на том, что бывают случаи, когда различные классификации могут быть одинаково хорошо обоснованы, т. е. ни одна из них не является оправданной. В качестве примера скептик мог бы сослаться на решение Федерального конституционного суда Германии 2006 г. об электронной проверке данных. Студент, имеющий марокканское гражданство, подал конституционную жалобу на постановление суда, поддержанное в вышестоящих судах, относительно электронной проверки данных. В соответствии с этим приказом отделы регистрации резидентов, центральный орган регистрации иностранцев и университеты обязаны передавать в полицию данные о мужчинах в возрасте от 18 до 40 лет, касающиеся, в частности, их вероисповедания, страны происхождения и предмета обучения. Эти данные были представлены для автоматической обработки с целью выявления потенциальных террористов-исламистов. Большинство членов первой коллегии Федерального конституционного суда квалифицировали эту меру как вмешательство «значительной важности»¹⁰, т. е. как

⁸ BVerfGE 95, 173.

⁹ BVerfGE 95, 173 (183–187).

¹⁰ BVerfGE 115, 320 (348).

серьезное вмешательство в право заявителя на самоопределение в отношении данных. Такое серьезное вмешательство было бы оправданным в случаях конкретной опасности, но не в случаях абстрактной опасности, в целом характеризующейся как «угрожающая ситуация», какой она считалась после 11 сентября 2001 г.¹¹ Однако было решено, что конкретная опасность отсутствует, поэтому конституционная жалоба была признана обоснованной. Совершенно иная классификация вытекает из особого мнения судьи Хаас, согласно которому данное вмешательство является «незначительным» и должно рассматриваться «в интересах общества»¹². С этой точки зрения конституционная жалоба не была бы оправданной.

Здесь интересны два момента. Первый заключается в том, что обе стороны представили многочисленные аргументы в пользу своих классификаций. Доводы большинства о том, что вмешательство является серьезным, превысили одиннадцать страниц¹³, а доводы судьи Хаас, оценивающие это вмешательство как легкое, заняли четыре страницы¹⁴. Это показывает, что равновесие не является только вопросом классификации. Это, по сути, вопрос аргументации. Таким образом, если возможна рациональная правовая аргументация, то возможно и рациональное равновесие.

Второй момент заключается в том, что несогласие не считается аргументом в пользу иррациональности, если «обоснованное разногласие» [Rawls, J., 1993, p. 55] можно отличить от необоснованного разногласия. Здесь интересна только нормативная или практическая аргументация. Сейчас решающим моментом является то, что существуют критерии рациональности практических аргументов и практической аргументации, или дискурса. Условия дискурсивной рациональности могут быть сформулированы с помощью системы принципов, правил и форм общепрактического дискурса [Alexy, R., 1989, pp. 188–206]. Эта система включает в себя критерии, требующие непротиворечия, ясности языка, достоверности эмпирических предпосылок и искренности, а также правила и формы, определяющие последствия, универсальность и генезис нормативных убеждений.

Скептик мог бы признать, что действительно существуют некоторые критерии рациональности практических аргументов, но не стал бы настаивать на том, что этого недостаточно для установления рациональности в таких случаях, как электронная проверка данных. Проблема была решена не дискурсивно, силой лучшего аргумента, а институционально – решением большинства. Суть ясна, но это нельзя считать исчерпывающим анализом ситуации. Обе стороны выдвигают претензию, которая апеллирует не к большинству, а к правоте, неизбежно связанной с законом [Alexy, R.,

¹¹ BVerfGE 115, 320 (364).

¹² BVerfGE 115, 320 (379).

¹³ BVerfGE 115, 320 (347–357).

¹⁴ BVerfGE 115, 320 (371–374).

2002b, pp. 35–39]. Эта претензия остается в силе даже после принятия решения авторитетным большинством. Это подразумевает возможность изменений путем дальнейшей аргументации. В этом отношении рациональность имеет идеальное измерение.

IV. Равновесие, универсальность и правовая определенность

1. Проблема ad hoc

Противник равновесия может согласиться с тем, что рациональная правовая аргументация в целом возможна в той степени, в какой это только что было описано, но, тем не менее, он будет уверен, что это не решит проблему рациональности равновесия – проблему ad hoc. Действительно, не только противники равновесия, но и преданные его сторонники могут воспринимать проблему ad hoc как серьезную проблему. Примером является Барак¹⁵. Проблема ad hoc возникает в связи с тем, что происходит равновесие в отношении дел. Это следствие применения Формулы веса, которое вытекает из того, что в элементарной форме Формулы веса две из трех переменных с каждой стороны (I_i и R_i , а также I_j и R_j) относятся к конкретным значениям или весам, т. е. к значениям или весам, которые зависят от рассматриваемого случая. В улучшенной версии Формулы веса еще больше переменных, т. е. три из четырех с каждой стороны (I_i , R_i^e , и R_i^n , а также I_j , R_j^e и R_j^n) относятся к конкретным значениям или весам. Сейчас в возражении ad hoc утверждается, что это приводит к тому, что никогда нельзя быть уверенным в результате до достижения равновесия. В этом смысле равновесие является, так сказать, бесконтрольным. Это отсутствие правил несовместимо с рациональностью. Оно нарушает одно из самых фундаментальных требований практической рациональности – требование универсальности, разработанное, например, Ричардом Мервином Харом [Hare, R.M., 1963, pp. 30–35]. Как необходимое требование практической рациональности оно включено в систему правил и форм рационального практического дискурса, которые определяют практическую рациональность [Alexy, R., 1989, p. 190]. Более того, отсутствие правил не только несовместимо с практической рациональностью в целом, но и нарушает такие основополагающие принципы права, как принцип правовой определенности и принцип равенства.

2. Закон о конкурирующих принципах

Возражение ad hoc применялось бы в том случае, если бы была верна его основная посылка – тезис о том, что равновесие неизбежно связано с отсутствием правил. Однако это не так. До сих пор я рассматривал только первый закон теории принципов, Закон равновесия, который является не чем иным, как рудиментарной формой Формулы веса. Чтобы ответить

¹⁵ [Barak, A., 2012, p. 41], where the argument is put forward against my theory of derivative constitutional rights norms that it «reflects a case-by-case (*ad hoc*) balancing approach».

на возражение *ad hoc*, необходимо обратиться ко второму закону теории принципов – Закону о конкурирующих принципах. Два понятия являются конститутивными для этого закона. Первое – это отношение приоритета. Это отношение символизируется буквой «Р». Второе – условие приоритета. Оно символизируется буквой «С». На этом основании может быть выражен результат каждого применения Формулы веса¹⁶. Стандартная форма такова:

$$(P_i PP_j)C$$

Эта формула выражает условное отношение преваляирования. Она должна быть прочитана следующим образом: «Принцип P_i превосходит принцип P_j при условии С». Решающий момент заключается в том, что это условное отношение преваляирования подразумевает правило. Именно это выражается в Законе о конкурирующих принципах, который гласит следующее:

Если принцип P_i имеет приоритет над принципом P_j в обстоятельствах С: $(P_i PP_j)C$ и если P_i приводит к юридическим последствиям Q в обстоятельствах С, то применяется действующее правило, которое имеет С в качестве своего протеза (причины) и Q в качестве своего аподоца (следствия): $C \rightarrow Q$ [Alexy, R., 2002a, p. 54].

Это наглядно иллюстрируется в двух судебных делах. Первое – решение Федерального конституционного суда Германии 1973 г. по делу Лебаха. Телеканал планировал транслировать документальный фильм «Убийство солдата в Лебахе». Речь шла о преступлении, в ходе которого были убиты четыре спящих солдата на складе боеприпасов Федеральной армии в Лебахе и было похищено оружие с целью совершения дальнейших преступлений. На момент предполагаемой трансляции человек, осужденный в качестве сообщника, должен был вскоре выйти из тюрьмы. По его мнению, трансляция программы, в которой он был назван и в которой была показана его фотография, нарушала его личное право главным образом потому, что это ставило под угрозу его ресоциализацию. Федеральный конституционный суд установил противоречие между защитой личности и свободой средств массовой информации и разрешил этот вопрос, уравнив эти два принципа в свете фактов дела. Результатом явился приоритет защиты личности над свободой освещения в средствах массовой информации при условии, что это связано с четырьмя элементами, или подусловиями: во-первых, повторное сообщение, во-вторых, о тяжком уголовном преступлении, которое, в-третьих, уже не сопровождается интересом к актуальной информа-

¹⁶ Существует три возможности:

(1) $W_{ij} > 1 \rightarrow (P_i PP_j)C$

(2) $W_{ij} < 1 \rightarrow (P_i PP_j)C$

(3) $W_{ij} = 1 \rightarrow (P_i PP_j)C \& (P_i PP_j)C$ (патовая ситуация). Эти три правила устанавливают связь между Формулой веса и Законом о конкурирующих принципах.

ции и, в-четвертых, ставит под угрозу ресоциализацию преступника¹⁷. Это условное отношение приоритета подразумевает, согласно Закону о конкурирующих принципах, следующее правило: «Повторное сообщение в средствах массовой информации, уже не обусловленное интересом к текущей информации, касающееся серьезного уголовного преступления, ставящего под угрозу ресоциализацию правонарушителя, конституционно запрещено» [Alexy, R., 2002a, p. 56]. Это весьма специфичная норма, но она имеет силу прецедента Конституционного суда¹⁸.

Вторым примером является уже упомянутый случай электронной проверки данных. Большинство членов первой коллегии Федерального конституционного суда установили, что в случаях «конкретной опасности» общественная безопасность имеет приоритет над правом на самоопределение в отношении данных, в то время как в случаях абстрактной опасности дело

¹⁷ BverfGE 35, 202 (237).

¹⁸ Я охарактеризовал эту норму как «норму производных конституционных прав» [Alexy, R., 2002a, p. 56]. В качестве нормы конституционных прав она должна находиться на уровне конституции. Она выражает окончательное ограничение *prima facie* права телеканала, установленного принципом свободы средств массовой информации [Alexy, R., 2002a, p. 60, 181]. Барак возразил, что «эта производная конституционная норма может действовать только на субконституционном уровне». Она затрагивает только реализацию конституционного права на субконституционном уровне. «На конституционном уровне она не действует» [Barak, A., 2012a, p. 40]. Не может быть никаких сомнений в том, что норма о производных конституционных правах действует на субконституционном уровне. Она устанавливает конституционность или неконституционность того, что там находится. Но может ли она сделать это без принадлежности к конституционному уровню? Барак исходит из того, что степень защиты конституционного права является вопросом пропорциональности, и я согласен с этим. Но результат анализа пропорциональности – это всегда норма в соответствии с законом о конкурирующих принципах. Эта норма существует. И это не может быть нормой на субконституционном уровне, если речь идет о том, чтобы иметь право отменять нормы на субконституционном уровне. А если она принадлежит к конституционному уровню, то и на этом уровне она будет иметь последствия. Она устанавливает окончательное отсутствие права [Alexy, R., 2002a, p. 188] на телеканале. Центральным моментом идеи Барака является то, что пропорциональность не «уменьшает объем конституционного права» [Barak, A., 2012, p. 6]. Действительно, сфера применения права как права *prima facie* не уменьшается вообще. В этом смысле производная конституционная норма не имеет «последствий для сферы охвата права» и в этом смысле «не имеет последствий на конституционном уровне» [Barak, A., 2012, p. 40]. Сфера действия конституционного права всегда остается неизменной. Но оно должно быть связано с окончательными нормами, выработанными в результате равновесия. Этого требует концепция конституции. Конституция состоит не только из неизменных прав, связанных с пропорциональностью. Практика пропорциональности придает конституции конкретное содержание в процессе развития. Для того чтобы понять это, конституционные права должны быть задуманы как права *prima facie*, а не как «определенные права», как утверждает Барак [Barak, A., 2012, p. 40].

обстоит как раз наоборот¹⁹. Решение подразумевает две нормы. Первая гласит, что в случае конкретной опасности конституционно допускается электронная проверка данных, вторая – что в случае абстрактной опасности конституционно запрещается электронная проверка данных. Это показывает, что равновесие может привести не только, как в деле Лебаха, к довольно конкретным нормам, но и к довольно абстрактным нормам.

Уровень абстрактности электронной проверки данных может быть даже превышен. Случаи, связанные с человеческим достоинством, являются примерами. По мнению Федерального конституционного суда Германии, «превращение человека в простой объект несовместимо с человеческим достоинством»²⁰. Это можно понимать как заявление о том, что в случаях, когда человек превращается в объект, принцип человеческого достоинства имеет преимущественную силу над всеми другими принципами [Alexy, R., 2016]. Трудно представить себе состояние превосходства с еще более высокой степенью абстрактности.

3. Правила и условия

Барак оценил свое основное правило равновесия [Barak, A., 2012, p. 11] – соответствующее, как я пытался показать выше, в решающих аспектах Закону о равновесии в интерпретации Формулы веса – как «слишком абстрактное» [Barak, A., 2012, p. 542]. В то же время он говорит о «специфическом правиле равновесия, [которое] находится на слишком низком уровне абстракции» [Barak, A., 2012, p. 542].

На этом фоне он предлагает идею «третьего правила равновесия» [Barak, A., 2012, p. 542], которое находится на «промежуточном уровне абстракции» [Barak, A., 2012, p. 543]. Если он утверждает при этом, что кроме основного правила равновесия существуют менее абстрактные правила, относящиеся к равновесию как к спорной процедуре, то я с этим не согласен. Существуют только два правила равновесия: Закон о равновесии, выраженный Формулой веса, и Закон о конкурирующих принципах. Их абстрактная природа является условием рациональности равновесия. Если же ссылку на более низкие уровни абстрактности можно трактовать как ссылку на различные уровни абстрактности условий предпочтения (C) – Барак иногда говорит здесь об «условиях» [Barak, A., 2012, p. 543], – я мог бы согласиться. Важным требованием рациональности равновесия является то, что нормы, создаваемые путем равновесия в соответствии с Законом о конкурирующих принципах, имеют достаточный уровень абстрактности, а также достаточный уровень конкретности. Это требование можно назвать «требованием адекватной абстрактности и конкретности». Требование адекватной абстрактности и конкретности норм, порождаемых равновесием, действительно связано с требованием абстрактности двух основополагающих норм, касающихся равновесия, но одно не может заменить другое.

¹⁹ BVerfGE 115, 320 (364).

²⁰ BVerfGE 109, 279 (312).

Список использованной литературы

- Alexy R. A Theory of Constitutional Rights / trans. J. Rivers. Oxford : Oxford University Press, 2002a. 462 p. (first publ. 1985)
- Alexy R. A Theory of Legal Argumentation (first publ. 1978) / trans. R. Adler, N. McCormick. Oxford : Clarendon Press, 1989. 323 p.
- Alexy R. Formal principles: Some replies to critics // International Journal for Constitutional Law. 2014. Vol. 12, issue 3. P. 511–524.
- Alexy R. Human Dignity and Proportionality Analysis // EJL. 2016. Vol. 16, issue 3. P. 83–96
- Alexy R. On Balancing and Subsumption // Ratio Juris. 2003. Vol. 16, issue 4. P. 433–449.
- Alexy R. The Argument from Injustice. A Reply to Positivism (first publ. 1992) / trans. S.L. Paulson, B.L. Paulson. Oxford : Clarendon Press, 2002b. 160 p.
- Alexy R. The Weight Formula // Frontiers of the Economic Analysis of Law / eds. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski. Krakow : Jagiellonian University Press, 2007. P. 9–27.
- Alexy R. Two or Three? // Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 2010. Vol. 119. P. 9–18.
- Barak A. Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge : Cambridge University Press, 2012. 611 p.
- Frege G. Conceptual Notation. A Formula Language of Pure Thought Modelled upon the Formula Language of Arithmetic (first publ. 1879) // Frege G. Conceptual Notation and Related Articles / trans. and ed. T.W. Bynum. Oxford : Clarendon Press, 1972. P. 101–203.
- Habermas J. Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (first publ. 1992) / trans. W. Rehg. Cambridge : Polity Press, 1996. 676 p.
- Hare R.M. Freedom and Reason. Oxford : Clarendon Press, 1963. 236 p.
- Jestaedt M. The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses // Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy / ed. M. Klatt. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 152–172.
- Möller K. The Global Model of Constitutional Rights. Oxford : Oxford University Press, 2012. 248 p.
- Poscher R. The Principles Theory. How Many Theories and What is their Merit? // Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy / ed. M. Klatt. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 218–247.
- Rawls J. Political Liberalism. N. Y. : Columbia University Press, 1993. 525 p.
- Schlink B. Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion // Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift. 1984. Vol. 11. P. 457–468.

Somek A. *Rechtliches Wissen*. Frankfurt : Suhrkamp, 2006. 240 p.

Tsakyrakis S. Proportionality: An assault on human rights? // *International Journal of Constitutional Law*. 2009. Vol. 7, issue 3. P. 468–493.

References

Alexy, R., 2002a. *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by J. Rivers. Oxford: Oxford University Press (first publ. 1985).

Alexy, R., 1989. *A Theory of Legal Argumentation*. Translated by R. Adler and N. MacCormick. Oxford: Clarendon Press (first publ. 1978).

Alexy, R., 2014. Formal principles: Some replies to critics. *International Journal for Constitutional Law*, 12(3), pp. 511–524.

Alexy, R., 2016. Human Dignity and Proportionality Analysis. *EJL*, 16(3), pp. 83–96.

Alexy, R., 2003. On Balancing and Subsumption. *Ratio Juris*, 16(4), pp. 433–449.

Alexy, R., 2002b. *The Argument from Injustice. A Reply to Positivism*. Translated by S.L. Paulson and B.L. Paulson. Oxford: Clarendon Press (first publ. 1992).

Alexy, R., 2007. The Weight Formula. In: J. Stelmach, B. Brożek and W. Załuski, eds. *Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Krakow: Jagiellonian University Press. Pp. 9–27.

Alexy, R., 2010. Two or Three? *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 119, pp. 9–18.

Barak, A., 2012. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.

Frege, G., 1972. Conceptual Notation. A Formula Language of Pure Thought Modelled upon the Formula Language of Arithmetic (first publ. 1879). In: Frege, G. *Conceptual Notation and Related Articles*. Translated and edited by T.W. Bynum. Oxford: Clarendon Press. Pp. 101–203.

Habermas, J., 1996. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (first publ. 1992). Translated by W. Rehg. Cambridge: Polity Press.

Hare, R.M., 1963. *Freedom and Reason*. Oxford: Clarendon Press.

Jestaedt, M., 2012. The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses. In: M. Klatt, ed. *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 152–172.

Möller, K., 2012. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Poscher, R., 2012. The Principles Theory. How Many Theories and What is their Merit? In: M. Klatt, ed. *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 218–247.

Rawls, J., 1993. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

Schlink, B., 1984. Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. *Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift*, 11, pp. 457–468.

Somek, A., 2006. *Rechtliches Wissen*. Frankfurt: Suhrkamp.

Tsakyrakis, S., 2009. Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, 7(3), pp. 468–493.

Информация об авторе / Information about the author

Алекси Роберт, профессор, доктор, почетный доктор, доктор публичного права и философии права, ведущий профессор юридического факультета Кильского университета имени Христиана Альбрехта (г. Киль, Германия)

Robert Alexy, Prof. Dr. Dr. h.c. mult., Senior Professor of the Law Department of the Christian Albrecht University of Kiel (Kiel, Germany).

E-mail: alexy@law.uni-Kiel.de



Валентин Валентинович Ершов – президент Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик Российской академии естественных наук – отметил 70-летие 14 ноября 2020 г.

Валентин Валентинович – один из национальных лидеров в области права, лидерские способности которого – результат трудолюбия, целеустремленности, ежедневного напряжения интеллекта и воли. Валентина Валентиновича Ершова отличают огромная самоотдача в любых проектах, ответственность за порученное дело, способность точно

и быстро оценить ситуацию и принять решение.

Валентин Валентинович Ершов родился и провел юношеские годы в городе Троицк Челябинской области, который начиная с XIX в. стал одним из культурных центров Южного Урала. Последующая судьба связала Валентина Валентиновича с Москвой, с активной деятельностью в судейском сообществе России. Юридическое образование Валентин Валентинович получил в МГУ имени М.В. Ломоносова, юридический факультет которого он окончил в 1979 г. Свою профессиональную карьеру, как и судьбу, связал с правосудием: в 1979 г. был избран народным судьей Железнодорожного районного народного суда г. Москвы (ныне – Коптевский районный суд), в период с 1987 по 1990 г. являлся председателем этого суда.

Судейская работа придала новые побудительные стимулы к научной исследовательской деятельности. В 1986 году под руководством профессора С.В. Боботова Валентин Валентинович защитил кандидатскую диссертацию на тему «Теоретические вопросы судебного правоприменения», в которой предмет его научного исследования составили проблемы эффективности судебного правоприменения, дальнейшее развитие и совершенствование советского законодательства, своевременного и качественного анализа судебной практики. Уже в первых научных работах Валентин Валентинович поднимает фундаментальные вопросы правового и индивидуального судебного регулирования.

В 1990 году В.В. Ершов переключается на педагогическую деятельность в Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации, где проходит путь от доцента, заведующего кафедрой, декана факультета до первого проректора. С 1995 года по 2001 г. он – президент Российской правовой академии Минюста России.

В 1992 году В.В. Ершов защитил докторскую диссертацию «Судебная власть в правовом государстве», в которой представил теоретический анализ и практические рекомендации по осуществлению судебной реформы в условиях разделения властей в обновляющейся России. Как ученый он отстаивает положения о приближении правосудия к населению и обеспечении доступа граждан к мировой юстиции, о нецелесообразности создания в судебной системе организационно самостоятельных специальных судов, что может привести к разрушению единства судебной практики. В диссертации обоснованы необходимость введения апелляции вместо кассации, укрепления принципа несменяемости судей, целесообразность участия граждан в отправлении правосудия в качестве присяжных заседателей. Жизнь показала верность данных научных выводов.

С 2001 года В.В. Ершов становится первым ректором Российской академии правосудия, в 2014 г. переименованной в Российский государственный университет правосудия, который он и возглавлял по ноябрь 2020 г. Талант и лидерские качества Валентина Валентиновича, его представления о системе непрерывной подготовки кадров для судебной системы позволили ему не только создать практически с нуля мощный вузовский комплекс, но и собрать высокопрофессиональный коллектив педагогов, ученых-соратников. В настоящее время Университет – один из флагманов отечественной юриспруденции, где обучаются более 22 тысяч студентов как в Москве, так и в 11 филиалах (Томск, Хабаровск, Челябинск, Ростов-на-Дону, Воронеж, Казань, Санкт-Петербург, Нижний Новгород, Иркутск, Краснодар, Симферополь). Ежегодно в Университете повышают квалификацию более 17 тысяч слушателей судебной системы Российской Федерации.

В.В. Ершов на протяжении всего времени – ректор-новатор. В основе его видения подготовки юридических кадров несколько принципиальных правил, от которых он не отступает и всемерно поддерживает: а) организационные формы современного юридического образования не могут ограничиваться классической моделью университета – современная концепция центра юриспруденции мирового уровня должна исходить из системности и непрерывности подготовки и включать в единую организационную систему собственную школу, колледж, подготовку юристов всех ступеней высшего образования, соответствующие предметным профилям диссертационные советы, а также переподготовку и повышение квалификации судей, работников аппаратов судов и представителей других юридических профессий; б) вуз как социальный институт должен быть «фабрикой роста», «кузницей кадров», предоставлять возможности профессионального и карьерного продвижения молодым специалистам, открывать социальные лифты для талантливых, увлеченных, заботящихся о будущем вуза и страны работников; в) во всех начинаниях ориентироваться на лучшие достижения как в науке, учебном процессе, так и в создании материально-технической базы. Заботами В.В. Ершова строятся и планируются к возведению современные здания – дворцы науки в Москве и в городах, где базируются филиалы РГУП.

В.В. Ершов обладает ценной способностью разглядеть и отметить стратегически важные направления развития Университета – такие, как научное и методическое обеспечение деятельности Верховного Суда Российской Федерации, экспертная работа в Совете судей Российской Федерации, создание Военного центра, представляющего единственное образовательное учреждение в стране со специализированной юридической подготовкой в области военной юстиции. При всей своей занятости он умеет уделять необходимое внимание *одновременно* и процессам, и их результатам, и, что самое важное, людям, их создающим. В.В. Ершов обладает потрясающим качеством уверенности в правильности того, что делает вуз. Эта уверенность Лидера передается и его коллегам.

В 2008 году В.В. Ершову присвоено звание «Заслуженный деятель науки Российской Федерации».

В настоящее время в деятельности В.В. Ершова тесно переплетаются четыре основных направления: административное, научное, педагогическое и практическое.

В течение многих лет он является председателем Высшей экзаменационной комиссии по приему квалификационного экзамена на должность судьи, плодотворно работает в Научно-консультативном совете при Верховном Суде Российской Федерации.

Сферу научных интересов В.В. Ершова составляют проблемы теории права, правотворчества, правоприменения, конституционных основ судебной власти, судоустройства и судопроизводства, международного права, гражданского права, жилищного права, трудового права. Созданная им научная школа интегративного правопонимания снискала признание и уважение не только в нашей стране, но и на постсоветском пространстве. Ряд современных ученых-юристов России также видят выход из кризиса юридической науки в формировании и реализации на практике достижений интегративного правопонимания. В контексте интегративного подхода к пониманию права В.В. Ершов рассматривает новое веяние в философии, которое получило название «метамодерн», влиянию которого на современную теорию права посвящена статья В.В. Ершова «Право в контексте парадигмы метамодерна»¹.

В центре научного поиска В.В. Ершова продолжают находиться вопросы судебного правотворчества. По его обоснованному, хорошо научно и практически аргументированному выводу суды, особенно высшего звена судебной системы, не могут и не должны заниматься правотворческой деятельностью, поскольку в противном случае будет нарушаться фундаментальный принцип правового государства – принцип разделения властей, согласно которому судебная власть не наделяется правотворческими функциями. Более подробно вопросы, связанные с анализом аргументов «за» и «против» судебного правотворчества, рассмотрены В.В. Ершовым в статье «Судебное правотворчество: pro et contra»².

¹ См.: Правосудие/Justice. 2019. Т. 1, № 2.

² Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 1. С. 7–35.

В научных изысканиях В.В. Ершов обращается к философско-правовому наследию выдающихся мыслителей прошлого, суждения которых относительно права и государства сохраняют актуальность и сегодня. Анализируя выдающийся труд «Философия права» классика немецкой философии Георга Вильгельма Фридриха Гегеля, В.В. Ершов предпринял попытку собственной интерпретации правовых категорий «право» и «неправо» с учетом основных позиций интегративного подхода к пониманию права и современных проблем судебного правоприменения. Свое видение соотношения права и неправа В.В. Ершов изложил в статье «Право и неправо с позиций Г.В. Гегеля»³.

В отечественной юридической науке продолжается дискуссия по вопросу о природе и месте в системе права и правовом регулировании принципов права. Традиционный подход к пониманию принципов права как «основополагающих идей», «основных начал», «положений» и т. д. подвергается со стороны ученого справедливой и обоснованной критике. В этом аспекте оригинальной представляется концепция принципов права, разработанная В.В. Ершовым на основе интегративного подхода к исследованию и пониманию права, изложенная им в монографии «Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений»⁴, а также в ряде публикаций в журнале «Российское правосудие». Учитывая это, обратим внимание на наиболее важные моменты позиции профессора В.В. Ершова.

Интегративная теория права, которую разрабатывает В.В. Ершов, исходит из того, что недопустимо сводить источники права и его формы исключительно к национальным правовым актам. Право, по убеждению ученого, объективно выражено в единой системе форм международного и внутригосударственного права, охватывающей основополагающие принципы международного права; международные договоры; международные обычаи; основополагающие принципы российского права; национальные правовые акты; правовые договоры и обычаи российского права. Рассматривая принципы права в качестве самостоятельных регуляторов правоотношений, В.В. Ершов делает вывод о том, что в праве в целом нет пробелов, они могут быть только прежде всего в правовых актах. Правоприменитель в случае обнаружения пробела в правовом акте для нахождения соответствующего правового регулятора, необходимого при решении конкретного дела, должен обращаться к принципам права.

В.В. Ершов подготовил и опубликовал более 270 работ. Наиболее значимые из них: «Статус суда в правовом государстве» (М., 1992); «Теоретические и практические проблемы применения трудового права» (М., 1992) (в соавт.); «Судебное правоприменение» (М., 1993); «Трудовой договор» (М., 1998, 2000) (в соавт.); «Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений» (М., 2018). В этом году вышла в свет его моно-

³ Российское правосудие. 2020. № 9. С. 5–13.

⁴ Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений : моногр. М. : РГУП, 2018. 628 с.

графия «Регулирование правоотношений»⁵. В этом фундаментальном труде представлены следующие суждения автора относительно природы и сущности принципов права: принципы права – это регуляторы правоотношений; принципы права – «дорожная карта» для правотворческих органов в процессе конкретизации ими принципов права и выработки норм права; принципы права и нормы права – различные регуляторы правоотношений; принципы права – первичный элемент системы права; принципы права могут применяться непосредственно.

Изданный В.В. Ершовым цикл работ, посвященных интегративному правопониманию, составляет базис отечественной теории права. Масштабным мышлением ученого охвачены, таким образом, основные проблемы теории права и судебной власти.

Его компетенции многоплановы: он и руководитель единственного в своем роде образовательного учреждения, где не только готовят кадры для судебной системы, но и осуществляют повышение квалификации действующие федеральные и мировые судьи; он возглавляет Высшую экзаменационную комиссию по приему квалификационного экзамена на должность судьи, к полномочиям которой относится оценка знаний, умений и навыков у претендентов на высшие судейские должности; он и ученый – основатель школы интегративного правопонимания. В 2020 году Валентин Валентинович Ершов избран президентом Российского государственного университета правосудия.

⁵ Ершов В.В. Регулирование правоотношений : моногр. М. : РГУП, 2020. 564 с.

Роберту Алекси – 75 лет



Известный всему мировому юридическому сообществу современный немецкий ученый – юрист и философ права, член редакционного совета журнала «Правосудие/Justice» Роберт Алекси родился в Германии, в городе Ольденбурге, 9 сентября 1945 г.

К летнему семестру 1968 г. он приступил к изучению юриспруденции и философии в Геттингенском университете Георга Августа. По специальности «философия» он учился в основном у Гюнтера Патцига. После первого государственного юридического экзамена в 1973 г. до 1976 г. работал над диссертацией «Теория юридической аргументации». В 1982 году за это исследование, впервые

опубликованное в 1978 г., он получил премию филолого-исторического отделения Академии наук в Геттингене. В 1976 году Р. Алекси поступил на юридическую подготовительную службу, которую окончил в 1978 г., сдав второй государственный юридический экзамен, и до 1984 г. работал ассистентом Ральфа Драйера на кафедре общей теории права в Геттингене. В 1984 году окончил юридический факультет Геттингенского университета по предметам публичного права и философии права. Тема его докторской диссертации – «Теория основных прав», он защитил ее в 1986 г. в Геттингенском университете под руководством профессора Р. Драйера. С 1986 года работал профессором, заведующим кафедрой философии права юридического факультета Кильского университета имени Христиана Альбрехта (Германия). В настоящее время профессор Роберт Алекси находится на пенсии, но продолжает научные исследования.

С 1994 по 1998 г. профессор Алекси был президентом немецкого отделения (секции) Международной ассоциации философии права и социальной философии. Он является действительным членом Академии наук в Геттингене.

С 2002 года состоит действительным членом филолого-исторического отделения Академии наук Геттингена. Профессор Алекси награжден государственными наградами Федеративной Республики Германии. В 2013 году он стал лауреатом премии г. Киль за успехи в науке. За выдающийся вклад в разработку фундаментальных проблем теории и философии права университеты ряда государств мира – Бразилия, Аргентина, Италия, Колумбия, Мексика, Перу, Португалия, Словакия, Чехия, Эстония – присвоили профессору Роберту Алекси звание почетного доктора.

Круг научных интересов профессора Роберта Алекси очень широкий. Он одинаково успешно исследует проблемы соотношения права и морали, тео-

рии юридического дискурса, прав человека, методологии юридической науки, теории справедливости, теории норм, правовой системы, принципов права и др. Многие его работы переведены на иностранные языки: английский, испанский, китайский, корейский, русский, хорватский, итальянский, португальский и переизданы. Среди них такая фундаментальная монография, как «Теория юридической аргументации» (1978), предметом которой стали основные проблемы теории принятия юридического решения. Главный вопрос, поставленный в исследовании, состоит в том, может ли юриспруденция выработать общепринятые каноны, правила, которые обеспечивают рациональный контроль за юридической деятельностью по принятию правоприменительных решений. По мнению автора, у анализирующих указанную проблему сложилось убеждение в том, что в основе принятия правоприменительного юридического решения лежат не только такие, исключительно юридические феномены, как нормативный правовой акт, преюдиция, юридическая практика и догматика, традиционная юридическая методология, но в проблематичных случаях – и «внеюридические» по существу средства, т. е. моральные оценки.

В фундаментальной работе «Теория основных прав» (1985) Р. Алекси анализирует достаточно широкий круг проблем, связанных с теорией и практикой основных прав. В частности, ученый пишет о возникновении теории и задачах основных прав. Весьма важное теоретическое и практическое значение имеет глава монографии, где представлено исследование основного права как субъективного права, что не имеет места в нашей науке. Содержание основного права автор раскрывает во взаимосвязи с правовым статусом, с правом государства на его позитивные действия по отношению к личности. В целом его труд оказал существенное влияние на развитие юридической науки в мире. Еще одно серьезное исследование «Понятие и действительность права»¹ (1992) имеет подзаголовок: ответ юридическому позитивизму. Главная проблема, на анализе которой сосредоточился автор, – это соотношение права и морали, безусловно относящаяся к категории «вечных проблем». На основе ряда примеров автор показывает, что правильный ответ на данный вопрос имеет не только теоретическое, но большое практическое значение. Можно насчитать более 200 переводов работ Роберта Алекси на иностранные языки, в том числе и на русский, что свидетельствует о серьезной значимости его творчества для развития современной юридической науки и практики.

В отечественной юридической науке авторы публикаций не обходят вниманием труды Роберта Алекси².

¹ Перевод на русский язык выполнили А. Лаптев, Ф. Кальшойер (2011).

² См., например, Тимошина Е.В., Краевский А.А., Салмин Д.Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 14. 2015. Вып. 3. С. 4–31; Тимошина Е.В. Правовое регулирование в случаях конкуренции прав человека: концепция «взвешивания» Р. Алекси // Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости : сб. тр. междунар. науч.

Одна из знаковых работ автора – статья Р. Алекси «О структуре принципов права» («Zur Struktur der Rechtsprinzipien»), которая была опубликована на немецком языке в томе 125 цикла юридических публикаций «Правила, принципы и элементы в системе права» и переведена на русский язык³.

Выбор переводчиков пал на эту публикацию не случайно. В отечественной юридической науке продолжается дискуссия о природе и месте принципов права в системе права и правовом регулировании. Традиционный подход к пониманию принципов права как «основополагающих идей», «основных начал», «положений» и т. д. подвергается со стороны ученых справедливой и обоснованной критике⁴. Однако методология определения природы принципов права Робертом Алекси существенно отличается.

Теория принципов права немецкого ученого разработана весьма детально, с большой аналитической четкостью, в полемике с известными современными философами и теоретиками права – такими, как Р. Дворкин, А. Аарньо, Ю. Хабермас, А. Печеник, М. Атиенза, Р. Манеро, К. Гюнтер, Й. Зикманн и др. Роберт Алекси на основе анализа конституций ряда государств и судебной практики разработал критерии разграничения правил и принципов. Для него, если можно так выразиться, существует мир правил, который характерен для стандартного процесса правоприменения, и мир принципов, который рассматривается с точки зрения их «веса» на основе «закона взвешивания». Важным в понимании сущности принципов права является тезис оптимизации, в соответствии с которым принципы представляют собой нормативные предписания оптимизации, которые характеризуются тем, что они могут реализовываться в различной мере в зависимости от фактических и правовых возможностей. Таким образом, тезису оптимизации имплицитно присущ принцип пропорциональности (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*).

Согласно учению Р. Алекси правила, в отличие от принципов, – это нормы, в которых точно и определено указано, кто, при каких условиях и как должен поступать. Принципы имеют свойство «весомости», или «важности», тогда как все нормы права обладают нормативной обязательностью одинаковой силы. По этой причине возникают существенные различия в случае коллизии нормы и принципа. Коллизии норм (правил) преодолева-

конф. 2–4 июня 2016 г. / отв. ред. В.В. Денисенко. Воронеж, 2016. С. 73–85 ; Енилеева А.Э. Деление норм права на правила и принципы в учении Р. Алекси // Ученые записки Крымского федерального университета имени В.И. Вернадского. Юридические науки. 2015. № 1. С. 26–33 ; и др.

³ Российское правосудие. 2017. № 3. С. 19–34. Перевод выполнен с любезного согласия автора статьи.

⁴ В связи с этим наиболее обоснованной и оригинальной представляется концепция принципов права, разработанная доктором юридических наук, профессором В.В. Ершовым на основе интегративного подхода к исследованию и пониманию права, изложенная им в ряде публикаций в журнале «Российское правосудие», а также в монографиях «Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений» (2018), «Регулирование правоотношений» (2020).

ются путем обращения к коллизионным нормам, которыми установлены правила преодоления и устранения возникающих коллизий. Другое дело, когда возникают коллизии между принципами. Здесь, согласно Р. Алекси, действуют иные правила. Правоприменительный орган разрешает коллизию между принципами на основе сформулированного Р. Алекси «Закона о равновесии», который гласит: *«Чем выше степень неисполнения или ущемления одного принципа, тем большее значение должна иметь реализация другого принципа»*. Разрешение коллизии принципов на основе «Закона о равновесии» означает, что исход процесса зависит от весомости принципа, какая ему приписывается в конкретной ситуации, исходя из существующих на данный момент фактических и правовых обстоятельств, что является гарантией от произвольного разрешения коллизии принципов. В сложившейся ситуации может быть признан приоритет одного принципа над другим. Вместе с тем разрешение коллизии принципов на основе «Закона о равновесии» не означает отмены действия одного принципа другим.

Мы указали только несколько положений, характеризующих оригинальность теории принципов Р. Алекси. Конечно, работа изобилует и другими интересными, способными открыть новые ракурсы в исследовании проблем принципов права теоретическими находками ученого. В настоящем номере журнала публикуется статья профессора Р. Алекси «Пропорциональность и рациональность», которая в виде лекции была прочитана в Гарварде и ранее вышла в свет на английском языке в издательстве университета Кембриджа. Мы благодарны профессору Р. Алекси за его согласие на перевод на русский язык и возможность публикации этого материала в журнале «Правосудие/Justice».